

Sygn. akt: KIO 1641/15

**WYROK**  
**z dnia 14 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polaqua sp. z o.o. w Wólce Kozodawskiej** oraz **Dragados S.A. w Madrycie, Hiszpania**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polaqua sp. z o.o. w Wólce Kozodawskiej** oraz **Dragados S.A. w Madrycie, Hiszpania** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polaqua sp. z o.o. w Wólce Kozodawskiej** oraz **Dragados S.A. w Madrycie, Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polaqua sp. z o.o. w Wólce Kozodawskiej** oraz **Dragados S.A. w Madrycie, Hiszpania** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddziału w Szczecinie** kwotę **4.074 zł 00 gr** (słownie: czterech tysięcy siedemdziesięciu czterech złotych zero groszy), stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Oddział w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Goleniów – Nowogard (S-3, węzeł Goleniów Północ /z węzłem/ - początek obwodnicy m. Nowogard)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 sierpnia 2014 r., nr 2014/S 157-281996.

W dniu 21 lipca 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polaqua sp. z o.o. w Wólce Kozodawskiej oraz Dragados S.A. w Madrycie, Hiszpania, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Budimex S.A. w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Budimex”.

Wobec:

- 1) czynności badania i oceny ofert,
  - 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
  - 3) zaniechania czynności odtajnienia informacji z wyjaśnienia wykonawcy Budimex przekazanych zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie kierowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
  - 4) czynności wyboru oferty wykonawcy Budimex jako najkorzystniejszej
- odwołujący wniósł w dniu 31 lipca 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez brak prawidłowej analizy i oceny czynników mających wpływ na wysokość ceny oferty przystępującego oraz poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) poprzez bezpodstawne utrzymanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez wykonawcę Budimex oraz zaniechanie udostępnienia tych wyjaśnień odwołującemu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Budimex;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w rezultacie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex, jako zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie nakazanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Budimex dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 3) wykonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący – w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - podniósł, że wybór oferty wykonawcy Budimex jako najkorzystniejszej, stanowi naruszenie ze strony zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z brzmieniem ustawy Pzp, obowiązującym do dnia 19 października 2014 roku, w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez danego wykonawcę ceny, wzywa on tego wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Przepis nie zawierał wówczas jednoznacznego wskazania jaka dysproporcja stanowi, że w danym przypadku mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Niemniej jednak ukształtował się wówczas pogląd, że wystarczająca dla przyjęcia rażąco niskiej ceny jest dysproporcja rzędu 10 %. Nie znajdują więc uzasadnienia twierdzenia wykonawcy Budimex przedstawione w piśmie z dnia 16 lipca 2015 roku, jakoby brak było podstaw do wezwania spółki do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że szacunkowa wartość zamówienia przewidziana przez zamawiającego wynosi 366.703.011,17 zł netto, co stanowi 451.044.703,74 zł brutto. Zwycięska oferta wykonawcy Budimex zawiera cenę w wysokości 343.910.460,00 zł. Jest ona niższa od przewidzianej przez zamawiającego wartości zamówienia o 24%. Druga w kolejności oferta, tj. oferta odwołującego, zawiera cenę 422.897.053,78 zł brutto, która odbiega jedynie o 7 % od szacunkowej wartości zamówienia. Odwołujący podniósł, że dysproporcje pomiędzy trzema najlepszymi ofertami złożonymi w postępowaniu opisuje sporządzona przez niego tabela.

Miejsce w rankingu ofert	Nazwa wykonawcy	Cena (brutto)	Stosunek do wartości zamówienia	Stosunek do średniej arytmetycznej	Stosunek do następnej oferty
1.	Budimex S.A.	343.910.460,00	24%	22%	tj. do wykonawcy z poz. 2 - 19%

2.	Konsorcjum firm: 1. PolAqua sp. z o.o. 2. Dragados S.A.	422.897.053,78	7%	3%	tj. do wykonawcy z poz. 3 - 6%
3.	Konsorcjum firm: 1. Bilfinger Infrastructure S.A. 2. PRD Nowogard S.A.	447.010.437,60	1%	n/d	n/d

Dodatkowo, odwołujący argumentował, że przedstawione w ofercie wykonawcy Budimex ceny jednostkowe znacząco odbiegają od cen wskazanych przez innych wykonawców ponad dwukrotnie. Przykładowo, wykonanie projektu wykonawczego Budimex oferuje za kwotę 2.500.000,00 zł, podczas gdy pozostali wykonawcy odpowiednio za 5.000.000,00 zł i 5.451.346,50 zł. Podobna dysproporcja występuje w pozycji dotyczącej mapy sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowych, gdzie Budimex jako kwotę, za którą realne jest jej wykonanie wskazuje sumę 600.000,00 zł, odwołujący 1.500.000,00 zł, a konsorcjum Bilfinger Infrastructure 1.817.115,60 zł. W ocenie odwołującego, cena za wykonanie dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej, również została znacząco zaniżona. Budimex oferuje bowiem jej wykonanie za kwotę ponad sześciokrotnie niższą od pozostałych wykonawców. Odwołujący twierdzi, że zaoferowane przez wykonawcę Budimex w powyższym zakresie oszczędności są nierealne.

Odwołujący podniósł także, że wartość zamówienia została przez zamawiającego określona po przeprowadzeniu w tym zakresie stosownych analiz i wyliczeń. Zgodnie bowiem z otrzymaną od zamawiającego informacją, planowane koszty prac projektowych oraz robót budowlanych skalkulowane zostały w oparciu o Zbiorcze Zestawienie Kosztów, zawarte w koncepcji programowej, Tom 9 - część ekonomiczna. Wszystkie kwoty obliczone zostały zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i w oparciu o bazę cenową zamawiającego. Mając powyższe na uwadze, wartość zamówienia określona została po przeprowadzeniu przez zamawiającego szczegółowych analiz. Gdyby zamawiający przewidział możliwość wykonania przedmiotu zamówienia po cenie niższej, z całą pewnością ująłby ten fakt w swoich wyliczeniach. Ewentualnie obniżenie kosztów prac, przy zaproponowaniu przez wykonawcę alternatywnych, tańszych rozwiązań, byłoby możliwe, ale nie o kwotę w wysokości prawie milion złotych. Wykonanie całego zakresu zamówienia o tak obniżoną wartość wynagrodzenia jest nierealne, co w konsekwencji spowoduje powstanie strat po stronie zamawiającego. Odwołujący, przy dokonywaniu kalkulacji swojej oferty, starał się jak najpełniej zminimalizować koszty wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań zamawiającego. W ocenie odwołującego, obniżenie ceny, którą

zapropował w swojej ofercie, uniemożliwiłoby zrealizowanie niniejszego zamówienia. W związku z powyższym, skoro pięciu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania skalkulowało swoje oferty w granicach przewidzianych przez zamawiającego, bądź wyższych, to oznacza, iż realnie nie jest możliwe jego wykonanie za kwotę o prawie milion złotych niższą. Z uwagi na utajnienie informacji stanowiących podstawę kalkulacji wykonawcy Budimex, odwołujący nie jest w stanie na chwilę obecną odnieść się do przedstawionych przez tego wykonawcę wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Nie ulega jednak wątpliwości, iż zrealizowanie całego zakresu zamówienia za kwotę wskazaną przez tego wykonawcę nie jest obiektywnie realne, ponieważ takie wykonanie oznaczałoby jego wykonanie poniżej kosztów.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał czynności odtajnienia wyjaśnień wykonawcy Budimex dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca Budimex w żaden sposób nie potwierdził spełnienia przesłanek do objęcia zastrzeganych informacji klauzulą poufności. Złożone zamawiającemu pismo z 16 lipca 2015 roku zawierało jedynie argumentację prawną (bez odniesienia się do poszczególnych okoliczności faktycznych), w tym wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwo KIO w zakresie spraw związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa. Z treści pisma nie wynika, że złożone wyjaśnienia zawierają informacje stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Budimex. Odwołujący wywiódł, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek dokonania badania czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę Budimex zostało dokonane zgodnie z przepisami prawa. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w samym wezwaniu zauważył, że „nie wyraża on zgody na utajnienie odpowiedzi wykonawcy” na zadane przez zamawiającego pytania. W związku z powyższym, Zamawiający określił, że formułowane przez niego pytania nie odnoszą się do informacji, które jego zdaniem mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Pytania zamawiającego dotyczyły między innymi:

- (i) potwierdzenia zapewnienia ciągłości dostawy kruszyw w odpowiedniej ilości dla zapewnienia ciągłości produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych oraz potwierdzenia, że zostało to uwzględnione w cenie ofertowej (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III Roboty, pyt. 8);
- (ii) potwierdzenia dysponowania laboratorium na budowie dla potrzeb zapewnienia kontroli jakości materiałów i robót dla przedmiotowego zamówienia (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III Roboty, pyt. 9);
- (iii) potwierdzenia, że wykonawca w swojej ofercie założył i uwzględnił potrzebę uzyskiwania odstępstw od warunków technicznych (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III Roboty, pyt. 24);

(iv) potwierdzenia, że wykonawca uwzględnił konieczność zapewnienia dojazdu do zbiorników retencyjnych zgodnie z punktem 1.4.1.6 PFU (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III Roboty, pyt. (30);

(v) potwierdzenia, że wykonawca w złożonej ofercie uwzględnił wszelkie koszty ewentualnych odszkodowań z tytułu zniszczeń i szkód powstałych na skutek działań Wykonawcy na działkach poza projektowanym pasem drogowym (C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III Roboty, pyt. 45).

Odwołujący podniósł, że wskazane powyżej przykładowe pytania nie dotyczą informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wywiódł, że sama kalkulacja ceny tworzona dla konkretnego postępowania nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający utajnił całość wyjaśnień wykonawcy w zakresie dotyczącym ustalenia czy oferta wykonawcy Budimex zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zwarte w SIWZ. Argumentował, że z treści wyjaśnień wykonawcy Budimex nie wynika precyzyjnie, iż zastrzeżeniu podlega w całości treść punktów IV i V. Zastrzeżenie dotyczy bowiem jedynie pewnego zakresu informacji wskazanych w tych punktach, a także dokumentów stanowiących załączniki do tych wyjaśnień. Natomiast zamawiający dokonał utajnienia w całości wyjaśnień wykonawcy Budimex w zakresie punktu IV i V oraz dokumentów stanowiących załączniki do tych wyjaśnień tj. całości wyjaśnień dotyczących ustalenia czy oferta wykonawcy Budimex zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta zawiera wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Działanie zamawiającego polegające na automatycznym utajnieniu całości wyjaśnień wykonawcy Budimex jest niezgodne z zasadą jawności wyrażoną w art. 8 ustawy Pzp oraz z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem odwołującego narusza także zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w przedmiotowej sprawie zaniechał przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia w odniesieniu do konkretnych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie tajności jest bezpodstawne zamawiający powinien odtajnić dokumenty i udostępnić pozostałym wykonawcom. Zdaniem odwołującego, jedyną wartością gospodarczą jaką osiąga wykonawca Budimex to uniemożliwienie konkurentom poznanie dokumentów wyjaśniających jego ofertę, a przez to jej ewentualne kwestionowanie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Budimex S.A. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, oferty złożone przez wszystkich wykonawców, wezwania zamawiającego z 9 lipca 2015 r. skierowane do wykonawcy Budimex co do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia wykonawcy Budimex z 16 lipca 2015 r., zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 21 lipca 2015 r., wniosek odwołującego z 21 lipca 2015 r. o przesłanie mu korespondencji, jaką zamawiający prowadził z wykonawcami, pismo zamawiającego z 23 lipca 2015 r. o odmowie udostępnienia informacji Budimex z 16 lipca 2015 r. w zakresie treści oferty (pkt IV), ceny oferty (pkt V) oraz dodatkowych wyjaśnień dotyczących przedstawionych informacji i dokumentów (pkt VI), odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 14 sierpnia 2014 r., to jest przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 18 września 2014 r., poz. 1232), co nastąpiło 19 października 2014 r., do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów, stosownie do art. 3 powołanej ustawy nowelizującej.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Budimex S.A. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia



przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie podzielono stanowiska odwołującego, jakoby wykonawca Budimex zgłosił przystąpienie do Prezesa Izby po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.* Zgodnie z art. 61 § 2 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp *oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.*

Izba ustaliła, że wykonawca Budimex w formularzu ofertowym wskazał zamawiającemu do korespondencji adres poczty elektronicznej c..s.@budimex.pl. W dalszej kolejności ustalono, że w dniu 21 lipca 2015 r. zamawiający przekazał wykonawcy Budimex na ww. adres zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający otrzymał z ww. adresu autoodpowiedź, zgodnie z którą C. S. informuje, że od 20.07.2015 r. do 03.08.2015 r. jest na wakacjach i że w pilnych sprawach należy kontaktować się z P. R. na wskazany w autoodpowiedzi adres mailowy (wydruk autoodpowiedzi okazany przez zamawiającego na posiedzeniu Izby w oryginale). Ustalono także, że pomimo takiej autoodpowiedzi, zamawiający w dniu 31 lipca 2015 r. przekazał na adres c..s.@budimex.pl dalszą korespondencję, tym razem kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia o postępowania odwoławczego. Zamawiający działając na podstawie art. 27 ustawy Pzp zażądał potwierdzenia faktu otrzymania tej korespondencji (dowód przesłania korespondencji, w dokumentacji postępowania). Potwierdzenia takiego nie uzyskał (okoliczność niesporna). W dalszej kolejności ustalono, że 4 sierpnia 2015 r. pracownik wykonawcy Budimex w trakcie rozmowy telefonicznej z przedstawicielem zamawiającego powziął informację o wniesieniu odwołania. Poprosił o przesłanie kopii odwołania wraz z wezwaniem. Kopię tę zamawiający przesłał wykonawcy Budimex w dniu 4 sierpnia 2015 r. (oświadczenia zamawiającego i zgłaszającego przystąpienie w trakcie posiedzenia Izby). Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby 5 sierpnia 2015 r. (zgłoszenie przystąpienia, w aktach sprawy).

Nie było sporne, że wykonawca Budimex zgłosił swe przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 5 sierpnia 2015 r. Jednakże odwołujący wywodził, że wykonawca Budimex otrzymał kopię odwołania w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią już w dniu 31 lipca 2015 r., zaś wykonawca Budimex utrzymywał, iż nastąpiło to dopiero w dniu 4 sierpnia 2015 r. Jak wynika z 61 § 2 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp aby stwierdzić, że oświadczenie w formie elektronicznej zostało złożone skutecznie adresatowi nie wystarczy

udowodnienie samego faktu przesłania takiej korespondencji, ale konieczne jest także udowodnienie, że adresat miał możliwość zapoznania się z jego treścią. Nie ulega również wątpliwości, że po myśl art. 6 KC oba fakty obowiązany jest wykazać nadawca, a nie adresat korespondencji. W normalnym toku działania z faktu przesłania korespondencji drogą elektroniczną, można – na zasadzie domniemania faktycznego – ustalić, że adresat mógł się z nią zapoznać. W analizowanej sprawie istotnym był fakt, że wykonawca Budimex wprawdzie podał zamawiającemu adres poczty elektronicznej, który miał służyć do przesyłania mu korespondencji tą drogą. Jednakże nie ulegało również wątpliwości, że poinformował on także zamawiającego, że w dniach od 20 lipca 2015 r. do 3 sierpnia 2015 r. korespondencję należy przysyłać pod inny, wskazany wyraźnie adres poczty elektronicznej. Powyższe powinno stanowić jednoznaczny i wystarczający sygnał dla zamawiającego, że korespondencja, która w podanym okresie wpłynie pod pierwotny adres, nie zostanie odczytana. Pomimo to, zamawiający w dniu 31 lipca 2015 r. zignorował ten fakt i przesłał kopię odwołania pod pierwotny adres. Zdaniem Izby w analizowanej sytuacji nie można mówić o tym, aby wykonawca Budimex skutecznie otrzymał kopię odwołania w dniu 31 lipca 2015 r. Biorąc powyższe pod uwagę, należało stwierdzić, że początek biegu terminu na zgłoszenie przystąpienia wyznacza dzień 4 sierpnia 2015 r., kiedy to zamawiający powtórnie przesłał wykonawcy Budimex korespondencję zawierającą kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu za ofertą wykonawcy Budimex. Odwołujący domagał się odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Goleniów – Nowogard (S-3, węzeł Goleniów Północ /z węzłem/ - początek obwodnicy m. Nowogard).

Na podstawie notatki z ustalenia wartości przedmiotu zamówienia, złożonej przez odwołującego przy odwołaniu, ustalono, że zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia (bez uwzględnienia zamówień uzupełniających) na kwotę 366.703.011,17 zł netto. Wartość tę ustalono 16 czerwca 2014 r. na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego (pkt 3 protokołu postępowania).

Na podstawie pkt 11 protokołu postępowania ustalono, że zamawiający za sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 451.044.703,74 zł brutto.

Ustalono także, że zamawiający określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujące informacje odnośnie opisu sposobu obliczenia ceny oferty.

8.1. *Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności sporządzony na formularzu załączonym w Tomie IV SIWZ.*

8.2. *Wykonawca obliczając Cenę oferty musi uwzględnić Opis Sposobu Obliczania Ceny zawarty w Tomie IV SIWZ - Wykaz Płatności.*

8.3. *Wykonawca obliczając Cenę oferty musi uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Wykazu Płatności (...).*

8.4. *Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.*

8.5. *W Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki zgodnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego, oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy.*

8.6. *Wykonawca powinien wyliczyć cenę oferty brutto, tj. wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości przewidzianej ustawowo.*

8.7. *Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia.*

8.8. *Ceny ryczałtowe, określone przez Wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia za wyjątkiem sytuacji opisanych w Warunkach Szczególnych Kontraktu.*

Ustalono także, że w tomie IV SIWZ (Wykaz Płatności) w preambule zamawiający m.in. następujące postanowienia:

*Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych, zawartych w niniejszym Wykazie Płatności.*

*Kwoty (wartości) za wykonane, kompletne elementy zryczałtowane składające się na Cenę Oferty, Wykonawca wylicza samodzielnie na podstawie jego własnej kalkulacji i wpisuje w odpowiednim wierszu w Wykazie Płatności w kolumnie z nagłówkiem „Wartość”.*

*Wartości tych elementów będą wartościami globalnymi dla Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług opisanych w tych pozycjach, uwzględniającymi wszystkie koszty, opłaty i wydatki określone w trzecim akapicie niniejszych zasad obliczenia ceny oferty, przy zachowaniu następujących zasad:*

*a) Wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdy element zryczałtowany wyszczególniony w Wykazie Płatności i dla każdego elementu musi podać adekwatną jego wartość, przy czym kwota za Wymagania Ogólne zawarta w części I Wykazu Płatności, nie może być większa niż 6 % sumy „Ogółem netto” i będzie równomiernie podzielona na wszystkie miesiące w Czasie na Ukończenie wskazanym w Ofercie Wykonawcy, a kwota za opracowanie Dokumentów Wykonawcy, zawarta w części II Wykazu Płatności, nie może być większa niż 5 % sumy „Ogółem netto”,(...)*

Na podstawie pkt 12 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) wykonawcy Budimex z ceną 343.910.460,00 zł brutto,
- 2) odwołującego z ceną 422.897.053,78 zł brutto,
- 3) konsorcjum Bilfunger Infrastructure z ceną 447.010.437,60 zł brutto,
- 4) wykonawcy Energopol Szczecin S.A. z ceną 454.200.119,70 zł brutto,
- 5) konsorcjum Strabag z ceną 469.153.186,65 zł brutto,
- 6) wykonawcy Impresa Pizzarotti & C.S. p. A z ceną brutto 476.615.545,51 zł brutto.

Następnie ustalono, że wykonawca Budimex złożył wraz z ofertą wypełniony Wykaz Płatności (s. 4 oferty). W wykazie tym wycenił on swe koszty ogólne na kwotę 16.500.000 zł netto, koszty dokumentacji wykonawcy na 13.500.000 zł netto (w tym m.in. projekt wykonawczy za kwotę 2.500.000 zł netto, mapę sytuacyjno-wysokościową do celów projektowych za kwotę 600.000 zł netto, dokumentację geodezyjną i kartograficzną za kwotę 150.000 zł netto) oraz koszty robót za kwotę 249.602.000 zł netto. Razem cena oferty netto wynosi 279.602.000 zł, co po doliczeniu podatku VAT daje kwotę cenę 343.910.460,00 zł brutto.

Ustalono także, że zamawiający, pismem z dnia 9 lipca 2015 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Budimex do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Budimex złożył wyjaśnienia z dnia 16 lipca 2015 r. wraz z załącznikami. Wykonawca Budimex, zastrzegł złożone zamawiającemu informacje przedstawione w tym piśmie w części:

- pkt IV w zakresie wskazanych tam cen jednostkowych, założeń i metod kalkulacji, załączonych kosztorysów, ofert podwykonawców i dostawców, wskazanych tam źródeł dostawy materiałów, przyjętego sposobu organizacji, koncepcji niwelety, harmonogramu, decyzji w sprawie dokumentacji geologicznej wraz z aktem notarialnym oraz umów ramowych,
- pkt V w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w zakresie złożonych tam wyjaśnień oraz cen jednostkowych, założeń i metod kalkulacji, załączonych kosztorysów, wskazanych tam źródeł dostawy materiałów, przyjętego sposobu organizacji, koncepcji niwelety, harmonogramu, decyzji w sprawie dokumentacji geologicznej wraz z aktem notarialnym oraz umów ramowych,
- załączonych do pisma dokumentów, które stanowią uzupełnienie lub potwierdzenie założeń przyjętych do kalkulacji ceny ofertowej opisanych w pkt IV i V, tj. dokumentów oznaczonych jako załączniki od 1 do 6

jako tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503, ze zm. - dalej jako: „uznk”).

Wykonawca Budimex przedstawił uzasadnienie czynności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Na podstawie pisma – rozstrzygnięcia zamawiającego z 21 lipca 2015 r. - ustalono także, że zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Budimex. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta odwołującego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba oddaliła odwołanie, gdyż analiza materiału dowodowego jaki zgromadzono w sprawie nie pozwalała uznać jakoby zamawiający dopuścił się takich naruszeń ustawy Pzp które miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Za chybione uznano zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Budimex z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny oraz dotyczące nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący oparł na kilku okolicznościach faktycznych. Po pierwsze, odwołujący wywiódł w odwołaniu, jakoby na tle art. 90 ustawy Pzp (w brzmieniu sprzed 19 października 2014 r.) miał się ukształtować w orzecznictwie Izby pogląd, zgodnie z którym wystarczająca dla przyjęcia rażąco niskiej ceny jest dysproporcja rzędu 10 % między ceną oferty a średnią arytmetyczną cen. Argumentował, że oferta wykonawcy Budimex zawiera cenę w wysokości 343.910.460,00 zł brutto. Wskazywał, że jest ona niższa od wartości zamówienia o 24% zaś od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu - o 22%. Odnosząc się do przywołanego stanowiska odwołującego należy podnieść, że nie jest znany Izbie pogląd, jakoby rzekomo miał się ukształtować na tle art. 90 ustawy Pzp, aby wystarczająca dla przyjęcia rażąco niskiej ceny miała być dysproporcja takiego rzędu. Odwołujący przywołał w odwołaniu jedno i to z odosobnionych orzeczeń Izby, w którym wyrażono jedynie pogląd, że tego typu rozbieżność między ceną ofertową a średnią arytmetyczną wszystkich cen może uzasadniać konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ustawy Pzp. Powyższe nie jest jednak żadną miarą równoważne z wyrażeniem poglądu, jakoby rozbieżność tego rodzaju miała świadczyć o cenie rażąco niskiej. Dostrzec należy, że stanowisko odwołującego pozostawało w sprzeczności z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE, który jednoznacznie stwierdził, że w świetle prawa unijnego niedopuszczalne jest automatyczne odrzucanie ofert jako zawierających rażąco niskie ceny na podstawie kryteriów arytmetycznych. *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień.* (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Przyjęcie stanowiska odwołującego skutkowałoby niedozwolonym, automatycznym odrzuceniem oferty wykonawcy Budimex według kryterium arytmetycznego.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że ceny jednostkowe przedstawione w ofercie wykonawcy Budimex znacząco odbiegają od cen wskazanych przez innych wykonawców ponad dwukrotnie. Przykładowo, wykonanie projektu wykonawczego Budimex oferuje za kwotę 2.500.000,00 zł, podczas gdy pozostali wykonawcy odpowiednio za

5.000.000,00 zł i 5.451.346,50 zł. Podobna dysproporcja występuje w pozycji dotyczącej mapy sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowych, gdzie Budimex jako kwotę, za którą realnie jest jej wykonanie wskazuje sumę 600.000,00 zł, odwołujący 1.500.000,00 zł, a konsorcjum Bilfinger Infrastructure S.A., 1.817.115,60 zł. W ocenie Odwołującego, cena za wykonanie dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej, również została znacząco zaniżona. Budimex oferuje bowiem jej wykonanie za kwotę ponad sześciokrotnie niższą od pozostałych wykonawców.

Zdaniem Izby argumentację przedstawioną przez odwołującego należało uznać za chybioną z kilku powodów. Po pierwsze, jak wynikało z preambuły do tomu IV SIWZ (wykaz płatności), wynagrodzenie oferowane zamawiającemu miało mieć charakter ryczałtowy. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym wysokość oferowanych zamawiającemu cen jednostkowych generalnie posiada znaczenie drugorzędne. Z charakteru i istoty tego rodzaju wynagrodzenia wynika bowiem, że niedobory w niektórych pozycjach mogą być pokrywane przez nadwyżki z innych. Przy takim wynagrodzeniu to, co dzieje się niejako „wewnątrz oferowanej ceny” jest bez znaczenia.

Po wtóre, jak wynikało również z preambuły do tomu IV SIWZ, zamawiający zdecydował się na wprowadzenie limitu, zgodnie z którym kwota za opracowanie dokumentów wykonawcy, oferowana w części II wykazu płatności, nie mogła być większa niż 5 % sumy „ogółem netto”. Zarówno odwołujący jak i przystępujący wykorzystali kwoty tych limitów. Zatem ewentualne niedobory w tych pozycjach mogły być wynikiem zastosowania się wykonawcy do postanowień SIWZ.

Po trzecie, wartość projektu wykonawczego oferowanego przez wykonawcę Budimex za cenę 2,5 mln zł, wbrew temu co wskazywał odwołujący, nie była wartością ponad dwukrotnie niższą od cen jednostkowych wszystkich innych wykonawców. Dostrzeżenia wymagało, że wykonawca Energopol Szczecin zaoferował opracowanie projektu wykonawczego za kwotę 1.528.771,00 zł, zaś wykonawca Strabag - za kwotę 330.000 zł (poz. II.2 wykazów płatności złożonych przez obu wykonawców). Analogiczna sytuacja dotyczyła także wysokości cen jednostkowych zaoferowanych przez Budimex za wykonanie map sytuacyjno-wysokościowych dla celów projektowych. Również w przypadku tej ceny jednostkowej, cena zaproponowana przez Budimex na poziomie 600.000,00 zł nie była ponad dwukrotnie niższa od cen ofert „pozostałych” wykonawców. Dostrzeżenia wymagało, że wykonawca Energopol Szczecin ten element prac wycenił na kwotę 199.405 zł, zaś wykonawca Impresa Pizzarotti – na kwotę 191.808,70 zł (pozycje II.4 wykazów płatności złożonych przez obu wykonawców).

Po czwarte, uszła uwadze odwołującego globalna cena za dokumenty wykonawcy (pkt II wykazu płatności). Biorąc pod uwagę cenę za wszystkie opracowania (projekt budowlany, projekt wykonawczy, raport o oddziaływaniu na środowisko, mapa sytuacyjno-

wysokościowa, dokumentacja geodezyjno-kartograficzna, dokumenty geologiczne, praw autorskie) oferta wykonawcy Budimex na poziomie 13.500.000 zł nie była nawet najtańsza. Najtańszą ofertę w tym zakresie złożył bowiem wykonawca Energopol Szczecin na poziomie 6.646.832,00 zł. Ponadto różnica w cenie ofertowej za wszystkie ww. dokumenty pomiędzy wykonawcą Budimex a odwołującym wyniosła jedynie 2.600.000 zł (13.500.000 zł wobec 16.100.000 zł). W niektórych zaś pozycjach, o których odwołujący nie wspomniał, cena oferty Budimex okazała się wyższa od ceny oferty odwołującego (np. za projekt budowlany Budimex zażądał kwoty 8.150.000 zł, zaś odwołujący jedynie 6.000.000 zł).

Po piąte, uszło uwadze odwołującego, że łączny koszt kwestionowanych przez niego prac z działu II wykazu płatności Budimex wynosił mniej niż ok. 1,17 % całej ceny ofertowej wykonawcy Budimex (łącznie 3.250.000 zł wobec 279.602.000 zł). Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia, ewentualne niedobory w pozycjach kwestionowanych przez odwołującego mogły być pokryte przez nadwyżki z innych pozycji.

Po szóste, wykonawca Budimex, w pkt IV. B 1 - 3 swego pisma z 16 lipca 2015 r. wyjaśnił, czym kierował się przy kalkulacji pozycji kwestionowanych przez odwołującego. Wskazał na jakich zasobach w tym zakresie będzie polegał, uzasadnił jakie badania założył i dlaczego, opisał także jakie rodzaju koszty skalkulował w tych pozycjach. Dostrzeżenia wymagało, że wykonawca Budimex pomimo, iż nie był wzywany do przedstawienia szczegółowego uzasadnienia dla kalkulacji akurat tych trzech pozycji, to jednak wyjaśnił w sposób dostateczny sposób kalkulacji prac w tym zakresie .

Dostrzeżenia wymagało, że były to wszystkie okoliczności faktyczne jakie odwołujący przywołał w odwołaniu w uzasadnieniu postawionego przez siebie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że odwołujący, wbrew temu co argumentował na rozprawie, nie zakwestionował prawidłowości wyceny pozostałych elementów wykazu płatności przedstawionego przez wykonawcę Budimex, a w szczególności wyceny robót budowlanych.

Nie prowadziła do wniosku o zakwestionowaniu jakiejkolwiek z pozostałych pozycji wykazu płatności analiza fragmentów z pkt 17, 20, 22 odwołania, które odwołujący wskazał na rozprawie. Zdaniem Izby we fragmentach pkt 20 i 22 odwołania odwołujący zakwestionował wyłącznie prawidłowość kalkulacji wykonawcy Budimex za prace związane z przygotowaniem dokumentacji. Izba stwierdziła, że z punktem 20 odwołania bezpośrednio łączył się punkt 21. Świadczył o tym fakt, że odwołujący na wstępie pkt 21 użył sformułowania „mając powyższe na uwadze”. Wobec powyższego należało założyć, że wywód z pkt 21 jest bezpośrednią kontynuacją wywodu z pkt 20 odwołania. Zaś w pkt 21 odwołania odwołujący wyraźnie argumentował, że „ewentualnie obniżenie kosztów prac, przy zaproponowaniu przez wykonawcę alternatywnych, tańszych rozwiązań, byłoby możliwe, ale nie o kwotę w wysokości prawie milion złotych”. Wskazana przez odwołującego kwota



„prawie miliona złotych” przesądzała o tym, że odwołujący kwestionował w pkt 20 i 21 prawidłowość wyceny prac związanych z opracowaniem dokumentów wykonawcy, a nie prawidłowość wyceny robót budowlanych. Jeżeliby odwołujący rzeczywiście miał na myśli prawidłowość kalkulacji robót budowlanych, wspominałby nie o różnicy rzędu miliona złotych, ale rzędu kilkudziesięciu milionów złotych. Tego rodzaju wielkość różniła bowiem wycenę robót budowlanych dokonaną przez wykonawcę Budimex i odwołującego. Do analogicznych wniosków prowadziła lektura powołanego przez odwołującego pkt 22 odwołania i bezpośrednio po nim następującego pkt 23. Natomiast w pkt 17 odwołania odwołujący dokonał jedynie zestawienia wartości oferty odwołującego z wartością szacunkową zamówienia i średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert. Odwołujący przywołał w ten sposób jedynie pewien fakt, co nie było jednak równoznaczne z zakwestionowaniem prawidłowości kalkulacji jakiegoś elementu wykazu płatności w ofercie wykonawcy Budimex, a w szczególności realności oferowanej ceny za roboty budowlane. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Za zarzuty uznaje się oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Jak słusznie uzasadniał Sąd Okręgowy w Gliwicach *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* (wyrok z 29 czerwca 2009 r., X Ga 110/09). Zdaniem Izby, odwołujący dopiero w trakcie rozprawy sformułował zarzuty dotyczące rzetelności kalkulacji przez wykonawcę Budimex niektórych elementów z pkt III wykazu płatności odnoszących się do robót budowlanych. Biorąc powyższe pod uwagę Izba obowiązana była pominąć przy wyrokowaniu te zarzuty. W konsekwencji Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność braku możliwości poczynienia przez wykonawcę Budimex oszczędności, które umożliwiłyby mu zaoferowanie takiej a nie innej globalnej ceny ofertowej. Jak wynikało z tezy dowodowej dowód miał służyć ustaleniu braku możliwości uzyskania takich oszczędności jakie proponuje w swojej ofercie Budimex przy zachowaniu warunków jakie narzuca PFU, a zatem miał odnosić się do rzetelności kalkulacji wszystkich elementów wykazu płatności. Dotyczyłby zatem również tych faktów, co do których Izba nie mogła orzekać z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Zatem wniosek dowodowy musiał zostać oddalony. Z analogicznych powodów podlegał oddaleniu wniosek

odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentu odnoszącego się do obliczania jednego z elementów robót tj. mas bitumicznych.

Za generalnie chybiony uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji z wyjaśnień wykonawcy Budimex przekazanych zamawiającemu w wykonaniu wezwania kierowanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż informacje przedstawione w wyjaśnieniach stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Budimex.

Na wstępie przypomnienia wymagało, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane*. Z kolei jak wynika z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *informacje mające charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności*.

Nie można było zgodzić się z odwołującym, jakoby wykonawca Budimex nie przedstawił uzasadnienia dlaczego zastrzega informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa i jakoby jego pismo zawierało jedynie argumentację prawną bez odniesienia się do poszczególnych okoliczności faktycznych. Rzeczywiście przystępujący przedstawił poglądy doktryny jak i orzecznictwa, jednakże w pkt III pisma z 16 lipca 2015 r. przedstawił także uzasadnienie faktyczne zastrzeżenia. Należało przyznać rację wykonawcy Budimex, że posiadają dla niego wartość gospodarczą informacje odnośnie proponowanego zamawiającemu określonego rozwiązania optymalizującego, co było kluczowe dla konkurowania pomiędzy wykonawcami w kontrakcie jakim jest kontrakt typu „projektuj (optymalizuj) i wybuduj”. Zdaniem Izby, wartość gospodarczą przedstawiały również szczegółowe informacje odnośnie zasad rozliczeń i finansowania przedmiotu zamówienia oraz zakresu praw i obowiązków podmiotów, które będą wspólnie z wykonawcą te zadania realizować. Wreszcie wartość gospodarczą posiadają także szczegółowe informacje co do doboru podwykonawców i dostawców, a co za tym idzie strategii pozyskiwania materiałów

oraz sposobu realizacji robót, jeżeli stanowi przemyślaną i sprawdzoną, właściwą wyłącznie wykonawcy, strategię kalkulacji.

Izba stwierdziła także, że wykonawca Budimex wyjaśnił, iż przedstawione zamawiającemu informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i że podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca wskazał jakie stosuje ograniczenia odnośnie przepływu danych zawierających tajemnicę, powołując się na wprowadzenie stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczanie hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. Powołał się również na to, że jego pracownicy dodatkowo zostali zobowiązani stosownymi umowami do zachowania tychże informacji w tajemnicy.

Biorąc powyższe pod uwagę uznano, że zamawiający generalnie prawidłowo ocenił skuteczność zastrzeżenia. Nie podlegały odtajnieniu w żadnym zakresie załączniki do wyjaśnień przystępującego a także zasadnicza część opisowa wyjaśnień zawarta w pkt IV i V pisma z 16 lipca 2015 r. Wzięto pod uwagę, że zasadnicza część wyjaśnień wykonawcy Budimex miała charakter nad wyraz szczegółowy, nawiązywała także do złożonych dowodów i nie ograniczała się jedynie do ogólnego potwierdzenia wykonania danego elementu prac zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Zgodzić się należało z odwołującym jedynie w tym, że istotnie wartości gospodarczej nie posiadały te nieliczne fragmenty wyjaśnień wykonawcy Budimex, w których jedynie deklaratorywnie i w sposób ogólny potwierdzał on, że określone rozwiązania organizacyjne czy projektowe i związane z nimi koszty uwzględnił w swojej ofercie. Biorąc pod uwagę poziom ogólności tego typu oświadczeń nie wypełniały one definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i winny być udostępnione innym wykonawcom, w tym odwołującemu.

Izba stwierdziła jednakże, że naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1-3 i ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odtajnienia tych nielicznych fragmentów wyjaśnień nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący, pomimo iż nie znał wyjaśnień przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, który Izba – w granicach odwołania – rozpoznała i uznała za niezasadny. Zatem nawet nakazanie zamawiającemu odtajnienia niewielkiego fragmentu wyjaśnień wykonawcy Budimex w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w których odnosił się jedynie do ogólnego potwierdzenia skalkulowania niektórych elementów, nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny służy

bowiem stwierdzeniu, czy oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku, zaś ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, co ze wskazanych względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

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

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak sentencji.

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

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis

§ 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę w wysokości 474,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

**Przewodniczący:** .....