

Sygn. akt: KIO 1947/15

**WYROK**

**z dnia 18 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2015 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset 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 (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**

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Nowogard - Płoty (koniec obwodnicy m. Nowogard - koniec obwodnicy m. Płoty) realizowana w ramach zadania pn.: „Budowa drogi S6 Szczecin - Koszalin wraz z obwodnicą Koszalina i Sianowa (S6/S11)”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 sierpnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2014/S 157-282030.

W dniu 4 września 2015 r. wykonawca Budimex S.A. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A.,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A.,
- zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. wszystkich załączników do wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak również ponownego wezwania Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. do wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i odpowiedzi ww. wykonawcy udzielonej na to wezwanie i niezasadne utajnienie tych dokumentów w całości,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z uwagi na niepodlegającą poprawie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) i rażąco niski charakter ceny zaoferowanej przez ww. wykonawcę,

- art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. wobec tego, że z samej treści wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wynika, że cena ofertowa jest rażąco niska; Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo że wykonawca ten nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na okoliczność, iż pismem z dnia 15 lipca 2015 r. zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia zostały złożone przez ww. wykonawcę pismem z dnia 22 lipca 2015 r., przy czym wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść dokumentów załączonych do wyjaśnień, tj. - jak wynika listy załączników - rozbiecie cenowe poz. I Wymagania ogólne, poz. II Dokumenty Wykonawcy oraz poz. III Roboty, ofertę na prace projektowe, opracowania projektowe, oferty dostawców i podwykonawców, wykaz obiektów mostowych, dane dotyczące laboratorium wykonawcy, wstępny harmonogram prac projektowych i robót, wykaz kontenerów. Odwołujący zauważył, iż jak wynika z protokołu postępowania, zamawiający uznał złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. w dniu 22 lipca 2015 r. wyjaśnienia za niewystarczające i skierował do tego wykonawcy dodatkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień (dokument wskazany jako załącznik nr 16 tiret pierwszy do protokołu). Treść tego wezwania, jak i odpowiedź złożona przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. zamawiający także uznał w całości za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Z takim stanowiskiem zamawiającego odwołujący się nie zgodził. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, jak zauważył odwołujący, określona informacja

stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00).

Odwołujący zaznaczył, iż skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę w toku ubiegania się o zamówienie publiczne danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stąd też oczywiste jest, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05).

W ocenie odwołującego, w przedmiotowej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez zamawiającego przeprowadzone, skoro zamawiający w sposób bezkrytyczny uznał, że całość dodatkowych wyjaśnień złożonych przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zaznaczył, że nie jest możliwe przyjęcie automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak zauważył odwołujący, dokument nie musi, a czasami wręcz nie może podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. Ponadto, przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. Co istotne, zdaniem odwołującego, w niniejszej sprawie sam wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. zdaje się stać na podobnym stanowisku, skoro postanowił nie traktować jako tajemnicy przedsiębiorstwa części opisowej swoich wyjaśnień z dnia 22 lipca 2015 r. Tym bardziej więc zdziwienie odwołującego budzi postawa zamawiającego, który postanowił zastrzec w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść dodatkowego wezwania skierowanego do ww. wykonawcy oraz całość wyjaśnień udzielonych przez tego wykonawcę w odpowiedzi na to wezwanie.

Odwołujący podkreślił, że nie mając wiedzy odnośnie treści dodatkowych wyjaśnień Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nie jest w stanie stwierdzić czy i ewentualnie w jakim zakresie informacje zawarte w dodatkowych wyjaśnieniach ww. wykonawcy mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak wskazał, że w sytuacji,

gdy treść tych wyjaśnień ma zbliżony poziom szczegółowości do treści wyjaśnień z dnia 22 lipca 2015 r., zasadny wydaje się wniosek, że dodatkowe wyjaśnienia winny być odtajnione w całości.

Odwołujący zwrócił uwagę, że już w treści wyjaśnień Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z dnia 22 lipca 2015 r. wykonawca poprzestał na stwierdzeniu, że informacje zastrzegane przez niego nie są powszechnie znane, a wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich w poufności. Co przy tym istotne, w ocenie odwołującego, wykonawca ten w zasadzie nie wskazał, o jakich krokach mowa, a jedynym działaniem powołanym przez niego jest zawieranie stosownych klauzul poufności w umowach zawieranych z kontrahentami. Zdaniem odwołującego, działanie to służy ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa kontrahenta, a ponadto, nawet gdyby przyjąć, że służy także ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., to jest adekwatne jedynie w stosunku do niektórych informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wyraził przekonanie, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nie wskazała, jakie kroki podejmuje celem zachowania w poufności pozostałych danych i dokumentów objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Nadto, mając na względzie orzecznictwo Izby, odwołujący stwierdził, że także działania, na które powołuje się Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., są niewystarczające. Odwołujący zwrócił uwagę na wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1535/14, w którym Izba oceniając możliwość objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nazw podmiotów, z którymi wykonawca nawiązał współpracę, a które na etapie realizacji umowy miały wystąpić w charakterze podwykonawcy, wskazała: „W ocenie Izby Przystępujący nie udowodnił, że obawa przed „podkupieniem” podmiotów, z którymi nawiązał współpracę, jest uzasadniona. Nie wykazał przede wszystkim, że zabezpieczył się przed możliwością wystąpienia takiej sytuacji. Skoro bowiem współpraca z określonymi podmiotami i wyłączność tej współpracy ma dla Przystępującego wartość gospodarczą, to ta wartość powinna być chroniona, np. odpowiednimi postanowieniami umów, zawartych przez Przystępującego z podmiotami, z którymi nawiązał współpracę. Tymczasem, z twierdzeń Przystępującego oraz przedstawionych przez niego dokumentów wynika, że z podmiotami, z którymi współpracuje Przystępujący, zawarł wyłącznie umowy o zachowaniu poufności. Jeżeli Przystępujący zawarł tylko umowy o poufności, to nawet jeżeli fakt współpracy nie zostanie ujawniony, to fakt współpracy, mający dla Przystępującego wartość gospodarczą, pozostaje bez ochrony (...) ustawa Pzp przewiduje jako formę współpracy z wykonawcą podwykonawstwo oraz korzystanie przy realizacji zamówienia z potencjału podmiotu trzeciego. Okolicznością

naturalną jest współpraca podmiotów przy realizacji zamówienia. To, że wykonawca będzie realizował zamówienie przy udziale podwykonawców czy podmiotów trzecich, jest naturalnym, przewidzianym przez ustawę zjawiskiem. Nie to jest to okoliczność nadzwyczajna. Sam fakt udziału podmiotów trzecich przy wykonywaniu zamówienia sam w sobie nie oznacza, że wykonawca korzystający z takich podmiotów ma szczególną pozycję konkurencyjną wobec pozostałych wykonawców. Nie jest więc niczym nadzwyczajnym i nie świadczy o przewadze konkurencyjnej sam fakt współpracy Przystępującego z określonymi podmiotami na rynku, które posiadają doświadczenie”.

Odwołujący wskazał, że w przekonaniu Izby, doniosłym jest również to, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (zob. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2784/14). W niniejszym postępowaniu, jak zauważył odwołujący, trudno walor stałości przyznać ofertom podwykonawców, jeśli sam wykonawca wskazuje, że treść tych ofert nie jest wiążąca i liczy na ich renegecje (uzyskanie dodatkowych rabatów).

Jak zauważył odwołujący, Izba m. in. w wyroku z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2184/14, 2185/14 wskazała także: „(...) to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tych informacji. Zdaniem Izby, w zdecydowanej większości, treść tych wyjaśnień takich informacji nie zawiera (...)”. Odwołujący zaznaczył, że sytuacja ta jest analogiczna do tej, z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że część informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. mogłaby obiektywnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, niemniej wobec nie wykazania przez tego wykonawcę w sposób dostateczny, że tak jest w przedmiotowej sprawie, informacje te nie mogą podlegać ochronie.

Dodatkowo, odwołujący wskazał, że w cytowanym powyżej wyroku Izba trafnie spostrzegła, iż możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach ustawy Pzp. Izba zwróciła przy tym uwagę, że możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy Pzp. spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał, oraz na zamawiającym w przypadku, gdy

nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których jawność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony przedsiębiorstwa.

Ponadto, jak zauważył odwołujący, Izba wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet wtedy, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty. Oczywiście, w ocenie odwołującego, pozostaje, że uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, a z taką sytuacją, zdaniem odwołującego, mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Jak zaznaczył odwołujący, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. zastrzegła bowiem jako przyjmowane przez siebie w ofercie rozwiązania technologiczne, projektowe, które mogą stanowić *know-how* wykonawcy, ale także informacje na temat, co dokładnie oferuje, np. liczbę pręseł założonych do wykonania obiektów mostowych, liczbę obiektów inżynierskich.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z treścią SIWZ odwołujący podniósł następujące argumenty.

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia pkt 1.4.1.1. akapit 6, pkt 1.5.1.2. akapit 2, pkt 2.1.11.4. akapit 1, pkt 2.1.11.2. akapit 1 lit. a), pkt 1.5.1.2. akapit 12 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU”) wniosując z nich, iż:

- zamawiający postawił wymóg wykonania dokumentacji projektowej stanowiącej przedmiot zamówienia w sposób zgodny z zapisami uzyskanej przez niego decyzji środowiskowej, zaś ewentualne zmiany rozwiązań projektowych wynikających z PFU mogą być dokonywane tylko w takim zakresie, w jakim ich akceptacja przez właściwe organy może być dokonana w ramach procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Wniosek ten koresponduje z terminem, jaki zamawiający założył w SIWZ na realizację tzw. pierwszego kamienia milowego (złożenie wniosku o uzyskanie decyzji ZRID), którego realizacja uzależniona jest od posiadania ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Termin ten wynosi mianowicie 10 miesięcy, w sytuacji zaś, gdyby wykonawca miał uzyskiwać decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach, termin ten, jak pokazuje doświadczenie, wynosić powinien co najmniej 18 miesięcy;

- zmiana uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub możliwość uzyskania dodatkowych decyzji dopuszczalna jest tylko, gdy na etapie projektowania wystąpi „konieczność wyjścia z rozwiązaniami projektowymi poza granice określone w DŚU”, przy czym sytuacja ta nie będzie co do zasady rodziła po stronie wykonawcy prawa do żądania

od zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia czy czasu na ukończenie. „Konieczność”, o której mowa, należy przy tym rozumieć w taki sposób, że bez wyjścia z rozwiązaniami projektowymi poza granice określone w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w ogóle nie będzie możliwe lub będzie znacznie utrudnione zrealizowanie przedsięwzięcia. Zmiana decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub uzyskanie nowej, dodatkowej decyzji jest więc traktowana przez zamawiającego jako pewna ostateczność;

- długość i szerokość drogowych obiektów inżynierskich wynikająca z konieczności dostosowania rozwiązań projektowych do wymogów decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, jak i inne parametry obiektów wynikające z tej decyzji uznać należy za minimalne.

Odwołujący podkreślił, że wniosek ten koresponduje m. in. z postanowieniami decyzji Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z dnia 1 marca 2011 r., znak DOOŚ-idk.4200.13.2011.4, którymi nakazano: „W celu przekroczenia szerokich dolin rzek zaprojektować długie estakady oraz poszerzone mosty. Pozwoli to na utrzymanie walorów przyrodniczo - krajobrazowych dolin i ich funkcji jako korytarzy ekologicznych, zwłaszcza dla dużych ssaków, a także zapewni również drożność korytarzy migracyjnych nietoperzy.”.

Odnosząc powyższe do treści oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., której treść wynika z wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w dniu 22 lipca 2015 r. odwołujący wskazał, co następuje:

a) Obiekt M-41

Odwołujący zwrócił uwagę, iż jak wynika z odpowiedzi Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. na pytanie nr 40, wykonawca ten założył wykonanie obiektu M-41 jako konstrukcji ciągłej o rozpiętości teoretycznych przęsła 8x61m spełniającej rzekomo wymagania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Odpowiedź ta wskazuje jednak, iż wykonawca założył w ofercie skrócenie obiektu mostowego M41 względem założeń wynikających z PFU (zgodnie z zapisami PFU - vide tabela 1.1. str. 16 PFU - most ten miał mieć długość 619m i szerokość 13,75m, co daje powierzchnię całkowitą 8511 m<sup>2</sup>). Skrócenie wskazanego mostu do długości założonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. powoduje z kolei, że, wbrew deklaracjom wykonawcy, nie zostaną dochowane wymagania minimalne decyzji środowiskowej.

Powyższe powoduje, zdaniem odwołującego, że rozwiązanie to jest niezgodne z przywołanymi postanowieniami SIWZ, a w szczególności z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach, a nadto, nawet gdyby dopuścić taką możliwość, to wprowadzenie tej zmiany wymagałoby nie tylko przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, ale zmiany decyzji środowiskowej, przy czym zmiana ta nie

jest konieczna (jest podyktowana wyłącznie interesem wykonawcy), a co za tym idzie, jest to zmiana niedopuszczalna postanowieniami SIWZ.

Odwołujący zauważył, że rozwiązanie to jest także sprzeczne z założeniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dot. konieczności budowy długich estakad i poszerzonych mostów celem zachowania warunków środowiskowych, a co za tym idzie, co najmniej za wątpliwe uznać należy, czy taka zmiana decyzji środowiskowej w ogóle została by zaakceptowana przez organy administracji.

b) Estakada E28

Jak wskazał odwołujący, zgodnie z postanowieniami PFU, w ramach zamówienia należy wykonać estakadę E28 nad linią kolejową 420 Worowo - Wysoka (64+720). Odpowiadając na pytanie nr 4 Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. stwierdziła, że założyła zmianę obiektu E28 na 2 obiekty: WD28 i WK28 (przełożenie drogi i kolei nad S6), a także że dla takiego zakresu założyła uzyskanie zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Stanowisko to ww. wykonawca powtórzył w odpowiedzi na pytanie nr 17 do części B.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawca nie był uprawniony do przyjęcia w ofercie założenia o podziale obiektu E28 na dwa mniejsze obiekty połączone nasypem, bowiem rozwiązanie założone w PFU było zgodne z wymaganiami decyzji środowiskowej, innymi wymaganiami SIWZ, w tym uzgodnieniami z PKP oraz obowiązującym prawem, a co za tym idzie, nie istnieje obiektywna konieczność dokonania zmiany rozwiązań projektowych w tym zakresie i wyjścia tymi rozwiązaniami poza granice decyzji środowiskowej. Tymczasem, jak wskazano powyżej, pkt 1.5.1.2. akapit 12 (str. 42) PFU dopuszcza zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowania tylko, gdy „na etapie opracowywania Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego zajdzie konieczność wyjścia z rozwiązaniami projektowymi poza granice określone w DŚU”. Odwołujący stwierdził, że skoro Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nie mogła w sposób dowolny zakładać zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, to złożenie oferty przewidujące takie dowolne zmiany, pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający formułując postanowienia PFU jasno sprecyzował wymagania przetargowe - na etapie składania oferty wszyscy potencjalni wykonawcy powinni zakładać rozwiązania zgodne z wymaganiami określonymi w DŚU tak, aby wszyscy wykonawcy złożyli tożsame oferty. Jak zaznaczył odwołujący, zmiana DUS dopuszczona jest jedynie warunkowo i to na etapie projektowania, czyli po zamknięciu procedury przetargowej, jeśli (z uwagi na nieprzewidziane okoliczności) zajdzie taka konieczność. Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, oferta Przedsiębiorstwa Robót

Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. powinna być traktowana jako oferta wariantowa, nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu. Powyższe, jak wskazał odwołujący, nabiera szczególnego znaczenia w świetle wyjaśnień ceny złożonych przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., w których wykonawca ten wielokrotnie akcentował okoliczność, że dzięki zastosowaniu „optymalnych” rozwiązań projektowych nie wziętych pod uwagę przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, udało się mu zaoferować tak korzystną cenę ofertową. Powyższe pokazuje bowiem, że tak korzystna cena zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nie jest wynikiem tego, że konkurenci „nie dostrzegli” tak optymalnych rozwiązań projektowych, jak ww. wykonawca, ale że rozwiązania takie dostrzegali, lecz odrzucali je jako niezgodne z SIWZ.

Odwołujący wyraził zdziwienie postępowaniem zamawiającego wskazując, że w analogicznym stanie faktycznym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Kłodzka w ciągu dk 33 wraz złącznikiem dk 46” (nr ref. GDDKiA O/WR I-2/294/PO/R/I-4/2013), pismem z dnia 15 grudnia 2014 r. dokonał odrzucenia oferty jednego z wykonawców argumentując, że „(...) przedmiot zamówienia oferowany przez Wykonawcę nie spełnia wymogów Programu Funkcjonalno-Użytkowego pkt.1.4.1.1. «Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania» zgodnie, z którym decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach WOOŚ.4210.67.2011.AMA.56 z dnia 30 grudnia 2013 r. oraz raport o oddziaływaniu na środowisko tworzony na etapie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach jest dla Wykonawcy dokumentem wiążącym, (...) co powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Jak zauważył odwołujący, w przedmiotowej sprawie ten sam zamawiający nie widzi przeszkód w zaoferowaniu przez wykonawcę rozwiązań projektowych zakładających zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w zakresie, w jakim nie zostało to przewidziane postanowieniami PFU, tj. w sytuacji, gdy wyjście rozwiązaniami projektowymi poza granice posiadanej przez zamawiającego decyzji środowiskowej nie jest konieczne, a może zagrozić terminom realizacji przedmiotu zamówienia.

Jak podkreślił odwołujący, wiążąca wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dotyczy całego realizowanego projektu, a więc i odcinków, których realizacja nastąpi przez wykonawców wybranych w toku prowadzonych równolegle, ale odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia. Zmiana decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na przedmiotowym odcinku będzie miała wpływ na realizację pozostałych odcinków drogi ekspresowej S6 (o łącznej długości 118 km

i wartości ponad 2 miliardy zł netto), nadto konieczność dokonania zmiany wspomnianej decyzji wpłynie nie tylko na termin realizacji niniejszego zamówienia (uzyskanie zmiany/nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w terminie gwarantującym dochowanie terminu realizacji I kamienia milowego jest zdaniem odwołującego obiektywnie niemożliwe), ale i na terminy realizacji robót składających się na pozostałe odcinki.

c) System zasilania stacji meteo

Odwołujący zwrócił uwagę, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. założyła realizację hybrydowego systemu zasilania stacji meteo, gdy tymczasem zastosowanie takiego zasilania było dopuszczone postanowieniami SIWZ (pkt 2.1.7.4 PFU) tylko w sytuacji, gdy niemożliwe jest zastosowanie zasilania tradycyjnego.

Jak stwierdził odwołujący, z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, bowiem stacja meteo powinna być zlokalizowana w rejonie km 67+100 do 67+500 ze względu na miejsce lokalizacji obiektu mostowego M-41 nad rzeką Rega. Zgodnie z PFU pkt. 2.1.14.4.6, najbliższa sugerowana lokalizacja urządzeń systemu zarządzania ruchem powinna być zlokalizowana w okolicach kilometra 67+370, czyli w odległości maksymalnie 200m od planowanej stacji meteo (zasilanie z przyłącza na w. Płoty Północ). Odległość 200m nie stanowi bariery technicznej ani finansowej do zasilenia stacji meteo kablem niskiego napięcia o odpowiednio dobranym przekroju. Z uwagi na powyższe, jak wskazał odwołujący, założenie zasilania stacji meteo zestawem hybrydowym jest niezgodne z PFU. Ponadto, rozwiązanie polegające na stawianiu słupa z turbiną wiatrową i panelami fotowoltaicznymi na obiekcie mostowym będzie droższe i bardziej kłopotliwe w eksploatacji.

Ponadto, jak zauważył odwołujący, zgodnie z PFU pkt. 2.1.14.4.6, kamery monitoringu wizyjnego pasa drogowego mają być zlokalizowane nie rzadziej niż co 2 km. Zatem założenie zasilania stacji meteo w innych miejscach zestawem hybrydowym jest również niezgodne z PFU, gdyż maksymalna odległość stacji meteo od punktu zasilania kamery może wynosić 1km.

W zakresie zarzutu zaferowania przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym ceny dumpingowej, oraz złożenia przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. wyjaśnień wskazujących, że zaferowana przez tego wykonawcę cena ma charakter rażąco niskiej odwołujący podniósł, iż wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. w dniu 22 lipca 2015 r. częściowym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ma pełnej wiedzy odnośnie tego, w jaki sposób została przygotowana przez ww. wykonawcę odpowiedź na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Niemniej, mając na uwadze praktykę, z jaką odwołujący spotyka się w toku

postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, odwołujący wskazał, że wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe, na co wskazuje choćby treść jawnego dokumentu, który zawiera, poza szerokimi cytatami z orzecznictwa, szereg ogólnych zapewnień, że w ofercie zostały wycenione wszelkie podane przez zamawiającego roboty i ryzyko oraz deklaracje dotyczące tego, że obniżenie ceny ofertowej przez tego wykonawcę było możliwe z uwagi na jego pozycję rynkową, w tym długoletnie doświadczenie.

Odnosząc się do wskazanych w wyjaśnieniach szczególnych okoliczności, właściwych tylko wykonawcy - pozycja na rynku i wieloletnie doświadczenie – odwołujący podniósł, że okoliczności te nie są okolicznościami właściwymi tylko Przedsiębiorstwu Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. Jak zauważył odwołujący, okoliczności te można odnieść do odwołującego, jak i pozostałych oferentów - wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia. Nadto, jak wskazał odwołujący, w zasadzie wszyscy ci wykonawcy należą do międzynarodowych koncernów, które wykonują roboty budowlane na całym świecie, a co za tym idzie, korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp. Co więcej, biorąc pod uwagę sytuację rynkową odwołującego (skalę działalności, ilość realizowanych i uzyskanych kontraktów, poziom generowanego zysku itd.), sytuacja odwołującego powinna być oceniana jako lepsza, a więc kierując się logiką Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., powinna pozwolić odwołującemu wycenić przedmiot zamówienia niżej niż ww. wykonawca. Sytuacja jest tymczasem odwrotna.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że cena oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. stanowi jedynie 61% budżetu zamawiającego przeznaczonego na realizację przedmiotowego zamówienia. Tak istotna różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez ww. wykonawcę a wartością szacunkową zamówienia powinna, w ocenie odwołującego, stanowić wskazanie, że taka cena może być rażąco niska.

O tym, że zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. cena jest rażąco niska, świadczy, w opinii odwołującego, niedoszacowanie kosztów realizacji robót budowlanych, która to okoliczność znajduje potwierdzenie w treści wyjaśnień złożonych przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. Odnosząc się do przytoczonego w wyjaśnieniach Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. argumentu, iż przyjęto do wyceny ceny przyszłych kontrahentów pomniejszone o około 5-10% odwołujący stwierdził, że pomimo wieloletniej działalności na rynku, prawidłowości, o której mówi ww. wykonawca w swoich wyjaśnieniach, nie zauważył. Przeciwnie, zdaniem odwołującego, podwykonawcy starają się wycenić swoje oferty „wstępne” jak najrzetelniej,

by z kolei działający w oparciu o nie wykonawca ubiegający się o zamówienie mógł jak najrzetelniej wycenić cenę ofertową. Niedoszacowanie kosztów zamówienia przez wykonawcę nie jest bowiem sytuacją korzystną dla podwykonawców. Dążenie podwykonawców do maksymalnie rzetelnego wycenienia swoich ofert jest widoczne także w kontraktach „zaprojektuj i wybuduj”, oferty te muszą bowiem zakładać zmianę zakresu robót „in plus”.

Jak zauważył odwołujący, zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia po cenach uwzględniających przyszłe i niepewne rabaty, których wysokość Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. skalkulowała na podstawie swoich dotychczasowych doświadczeń na etapie przygotowywania oferty, prowadzi do niedoszacowania ceny ofertowej, a także stanowi ofertę sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wykonawca ten nie ma bowiem gwarancji, że przy realizacji przedmiotowego zamówienia upusty w ogóle uzyska, bądź uzyska je w zakładanej przez siebie wysokości, zaś poziom zaoferowanej ceny sugeruje, że wykonawca nie ma wystarczającej rezerwy kosztowej na taki właśnie wypadek.

Zdaniem odwołującego, zaoferowana przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. cena stanowi cenę dumpingową i narusza z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem ww. wykonawca kalkuluje cenę ofertową w oparciu o potencjalny rabat w określonej z góry wysokości 5-10% (a nie rabat, który już ma zagwarantowany np. w umowie ramowej). Powyższe powoduje, że w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ww. wykonawca zaoferował sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Dodatkowo, odwołujący zauważył, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. wskazując w swoich wyjaśnieniach na rzekome rabaty podwykonawców i dostawców jednocześnie potwierdza odpowiedzią na inne pytanie, że oferty podwykonawców w dużym zakresie będzie pozyskiwała dopiero po uzyskaniu zamówienia. Odwołujący postawił pytanie, w oparciu o jakie oferty podwykonawców Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. w rzeczywistości zbudowała swoją cenę ofertową? Odwołujący podkreślił, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nie deklarowała, w jakim stopniu będzie korzystała z podwykonawców, jednak jest to firma typowo mostowa, sama nie wykonuje robót drogowych, a już na pewno nie w skali budowy dróg ekspresowych czy autostrad, stąd oczywiste jest, że w tym zakresie musi opierać się na podwykonawcach. Niedoszacowanie kosztów wykonania robót drogowych, byłoby okolicznością, która mogłaby zaważyć na niedoszacowaniu całej ceny ofertowej.

O niedoszacowaniu kosztów wykonania przedmiotu zamówienia świadczą, zdaniem odwołującego, przyjęte przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., a wskazane w pkt II założenia projektowe. Odwołujący stwierdził, że jeśli oferta Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nie zostanie odrzucona z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, to należałoby postawić pytanie, czy cena ofertowa ww. wykonawcy uwzględnia wycenę ryzyka związanego z nie wyrażeniem przez zamawiającego zgody na wprowadzenie wspomnianych zmian projektowych, z nieuzyskaniem stosownej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (i związanej z tym koniecznością realizacji robót wg pierwotnych założeń) lub uzyskania jej z opóźnieniem. W ocenie odwołującego, wycena takiego ryzyka, z uwagi na poziom przyjętej ceny, nie została ujęta w ofercie Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A.

Jak zauważył odwołujący, nie znając szczegółowych wyjaśnień Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., odwołujący może jedynie zakładać, że niedoszacowanie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia dot. poz. III Wykazu płatności - Robót, przy czym obejmuje ono wszystkie podstawowe branże - roboty drogowe, mostowe, przygotowawcze.

Powyższe, w opinii odwołującego, dowodzi, że oferta Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. jest niedoszacowana i oparta na błędnych założeniach, w związku z czym cena zaoferowana przez ww. wykonawcę ma charakter rażąco niski i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wyraził przekonanie, że tak niska cena nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi na wykonanie zamówienia bez strat finansowych.

Kolejno Odwołujący zarzuca, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. powinna wykazać, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwiła należytą realizację zamówienia, czego wykonawca nie uczynił. Odwołujący zaznaczył, że wyjaśnienia służą uzyskaniu dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność zaoferowanej ceny. Wykonawcy mają więc obowiązek udzielić wyjaśnień w wyższym stopniu szczegółowości niż informacje objęte ofertą. Wykonawcy mogą to uczynić, odpowiadając w wyczerpujący sposób na pytania zamawiającego bądź w inny wybrany przez siebie sposób.

Zdaniem odwołującego, nie istnieją po stronie Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nadzwyczajne okoliczności, które są dostępne odwołującemu, a które pozwoliłyby wykonawcy tak drastycznie obniżyć cenę w stosunku do ceny odwołującego i wartości szacunkowej zamówienia. W opinii odwołującego, w wyjaśnieniach Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nie podano konkretnych przykładów istnienia pod stronie ww. wykonawcy obiektywnie właściwych i wyjątkowych tylko

dla tego wykonawcy czynników wpływających na obniżenie ceny. Jeśli bowiem cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny. Odwołujący wskazał również na pogląd wyrażony w orzecznictwie, zgodnie z którym w przypadku, gdy wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne tylko temu wykonawcy, uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp w ogóle nie zostały złożone.

Odwołujący zaznaczył, że celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawców kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę, zgodnie z SIWZ, że uwzględnił wszystkie wymagania SIWZ w cenie ofertowej. Tym samym, wykonawcy nie mogą oprzeć swojego twierdzenia, iż wyjaśnienia wykazały realność zaoferowanych cen, na tym, iż wykonawcy odpowiedzieli twierdząco na wszystkie zawarte w wezwaniach zamawiającego pytania o uwzględnienie w ofercie danego elementu zamówienia.

Jak wskazał odwołujący, w orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia składane na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą poprzestać na przedstawieniu ogólnych zapewnień, że w ofercie wyceniono wszystkie roboty i ryzyko, oraz na podaniu własnej kalkulacji i powołaniu się na oferty podwykonawców. Każdą wartość można rozbić na pozycje cząstkowe, co nie jest równoznaczne z wykazaniem rynkowego charakteru ceny. Odwołujący zwrócił uwagę, że dopiero połączenie rozbicia analizowanej ceny z dowodami, których w tym przypadku zamawiający wyraźnie zażądał, wskazującymi na realność przyjętych cen cząstkowych (np. przyjętych kosztów materiałów, robocizny, sprzętu), może wskazywać na to, że cena poddawana analizie została ustalona w sposób prawidłowy. Podobnie, przedstawienie oferty podwykonawcy na wykonanie pewnych robót, bez analizy, czy cena podana przez podwykonawcę jest realna, nie świadczy o tym, że wykonawca za podaną cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

Zdaniem odwołującego, wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. sprowadzają się do ogólników, brak jest w nich informacji o możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Wbrew przepisom ustawy Pzp Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. składając wyjaśnienia ceny, nie wskazała, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, w jakim stopniu dzięki wskazanym w wyjaśnieniach czynnikom (o ile takie w ogóle wskazano) cena została obniżona. Tym samym, w ocenie odwołującego, wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. poczytać można jedynie za zapewnienie co do zgodności oferty z treścią SIWZ, nie zaś za

wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że z wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wiążą się określone konsekwencje prawne - powstanie domniemania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Domniemanie to ma charakter wzruszalny - może zostać obalone przez wyjaśnienia wykonawców. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. Odwołujący stwierdził, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. treścią swych wyjaśnień domniemania tego nie obalił.

W ocenie odwołującego, w przedmiotowej sprawie zamawiający zaniechał faktycznego badania wyjaśnień wykonawcy poprzestając jedynie na formalnym ich przyjęciu, tymczasem w przypadku wyboru oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia zostały zastrzeżone, to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że wyjaśnienia obaliły domniemanie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zaznaczył również, że w wyniku zastrzeżenia przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. zasadniczej części wyjaśnień dotyczących ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący został pozbawiony możliwości przedstawiania dowodów, a nawet zgłoszenia okoliczności faktycznych, odnoszących się do poszczególnych elementów tych wyjaśnień.

Uzasadniając zarzut zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. w sposób świadomy nie uwzględniła w ofercie wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności przyjmując niezasadne założenie o możliwości uzyskania po zawarciu umowy z zamawiającym dodatkowych rabatów od podwykonawców i dostawców, czy nie uwzględniając kosztów związanych z wykonaniem robót budowlanych w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ i decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Zdaniem odwołującego, należy przyjąć w przedmiotowej sprawie, że działanie Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. miało charakter świadomy i było nakierowane na wyeliminowanie z postępowania innych wykonawców.

Odwołujący zauważył, że zaoferowanie przez wykonawcę tak niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, iż prowadzi ona do zaoferowania towaru poniżej kosztów jego wytworzenia, wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi zaś osobną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A.,
- odtajnienie całości wyjaśnień złożonych przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz dodatkowego wezwania do złożenia tych wyjaśnień,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. oraz w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

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

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba ustaliła, iż wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 779 577 646,61 zł, co stanowi równowartość 184 519 786,65 euro, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 259 859 215,54 zł, co stanowi równowartość 61 506 594,55 euro (pkt 2 Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bilfinger Infrastructure S.A. i PRD Nowogard S.A. – 512 840 415,21 zł,
- Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. – 390 246 867,54 zł,
- Budimex S.A. – 447 326 400,00 zł,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PolAqua Sp. z o.o. i Dragados S.A. – 547 996 417,95 zł,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Salini Polska Sp. z o.o., Salini Impregilo S.p.A. i Todini Costruzioni Generali S.p.A. – 457 117 764,19 zł,
- Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. – 516 600 000,00 zł,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. i Strabag Sp. z o.o. – 489 613 146,87 zł,
- Energopol-Szczecin S.A. – 494 999 877,75 zł,
- Impresa Pizzarotti&C.S.p.A. via A.M. – 539 990 554,58 zł.

W dniu 15 lipca 2015 r. zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyjaśnień Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. udzieliła pismem z dnia 22 lipca 2015 r. zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki do ww. pisma w postaci rozbitcia cenowego poz. I Wymagania Ogólne, rozbitcia cenowego poz. II Dokumenty Wykonawcy, rozbitcia cenowego poz. III Roboty, oferty na prace projektowe, opracowań projektowych wraz z oświadczeniem projektantów, ofert dostawców i podwykonawców, wykazu obiektów mostowych, danych dotyczących laboratorium wykonawcy, wstępnego harmonogramu prac projektowych, wstępnego harmonogramu robót oraz wykazu kontenerów.

W dniu 7 sierpnia 2015 r. zamawiający ponownie zwrócił się do Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odpowiedzi na ww. wyjaśnienia Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. udzieliła pismem z dnia 14 sierpnia 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z dnia 22 lipca 2015 r. i 14 sierpnia 2015 r., wezwanie wystosowane przez zamawiającego do Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. w dniu 7 sierpnia 2015 r., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Rozpoznając zarzut zaniechania dokonania skuteczności zastrzeżenia przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. załączników do wyjaśnień z dnia 22 lipca 2015 r., wezwania zamawiającego z dnia 7 sierpnia 2015 r. skierowanego do ww. wykonawcy, oraz pisma Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z dnia 14 sierpnia 2015 r. wraz z załącznikami Izba miała na uwadze dyspozycję art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z którą 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 one być udostępniane. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że waloru tajemnicy przedsiębiorstwa nie posiadają wyjaśnienia Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z dnia 14 sierpnia 2015 r. Jak wynika z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest, aby informacje te zastrzec nie później, niż w terminie ich składania zamawiającemu. Przepis ten odnosi się co prawda do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak z uwagi na okoliczność,

iż zastrzegane informacje mogą znajdować się także w innych dokumentach, jak np. w wyjaśnieniach wykonawcy, zasadę tę należy stosować do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu. Izba stwierdziła, że na stronie 8 wyjaśnień Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z dnia 14 sierpnia 2015 r. wykonawca ten złożył oświadczenie, iż zgodnie z wolą zamawiającego nie utajnia treści przedmiotowego pisma zawierającego wyjaśnienia i odpowiedzi na wezwanie. Jako tajemnicę przedsiębiorstwa Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. zastrzegła wszystkie załączniki do przedmiotowego pisma. Wobec takiego oświadczenia, treść pisma Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z dnia 14 sierpnia 2015 r. powinna zostać ujawniona. Wykonawca nie wykazał bowiem woli, aby informacje zawarte w treści pisma z dnia 14 sierpnia 2015 r. pozostały tajemnicą dla pewnych kół odbiorców. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 r., „informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie „tajemnicy”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznana, ale nie będzie tajemnicą” (sygn. akt I CKN 304/00).

Jednocześnie za skutecznie zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa należy uznać treść załączników do wyjaśnień Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z dnia 22 lipca 2015 r. i 14 sierpnia 2015 r. stanowiących o sposobie kalkulacji ceny, przyjętych rozwiązaniach technicznych, informacje o kontrahentach przedsiębiorcy oraz wynegocjowany z nimi poziom cen. Dane te niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym. Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. wyjaśniła również, jakie kroki podjęła w celu nie ujawnienia treści przedmiotowych załączników. Izba wyraża opinię, iż dane te podlegają ochronie i nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez wykonawcę, udostępnione do wiadomości publicznej. Wobec powyższego, za skutecznie zastrzeżone Izba uznała również wystosowane do Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. wezwanie do wyjaśnień z dnia 7 sierpnia 2015 r., jako że odnosi się ono do treści załączników do pisma Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z dnia 22 lipca 2015 r.

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W tym przedmiocie w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż wbrew twierdzeniom Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A., treść złożonych przez wykonawcę w toku badania i oceny oferty wyjaśnień może prowadzić do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ. Składane przez wykonawcę wyjaśnienia co do treści oferty, również w formule zamówienia „zaprojektuj i wybuduj”, stanowiące m.in. oświadczenia wykonawcy o sposobie realizacji przedmiotu zamówienia, są wiążące dla wykonawcy.

Izba uznała jednak, że odwołujący nie wykazał, iż wskazana przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. w wyjaśnieniach z dnia 22 lipca 2015 r. długość mostu M41, tj. 488 m nie pozwoli na zapewnienie przejścia dla zwierząt o szerokości wskazanej w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, tj. minimum 100 m i będzie prowadziła do zmiany tej decyzji. Izba zważyła, że założenia wynikające z Programu Funkcjonalno-Użytkowego dotyczące długości obiektu zawierały jedynie dane orientacyjne, co potwierdza m.in. informacja zawarta pod tytułem Tabeli nr 1.1. zamieszczonej w pkt 1.4.1.4. Programu Funkcjonalno-Użytkowego, jak też odpowiedź zamawiającego z dnia 15 czerwca 2015 r. na pytanie nr 329. Ponadto, przedstawiona przez odwołującego argumentacja odnosiła się do przyjętego przez odwołującego położenia mostu, które nie zostało w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach precyzyjnie określone, podobnie jak długość mostu. Z uwagi na zakres przedmiotu zamówienia, oraz formułę „zaprojektuj i wybuduj”, w której będzie realizowane przedmiotowe zamówienie, odwołujący nie ma pewności co do dokładnego usytuowania mostu w terenie, jak też kąta, pod którym będzie on przebiegał w stosunku do rzeki, a elementy te mają istotne znaczenie dla spełnienia wymogu dotyczącego szerokości przejścia dla zwierząt. Brak jest też ewidentnej sprzeczności z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach w zakresie postanowienia o konieczności budowy długich estakad i poszerzonych mostów celem zachowania warunków środowiskowych. Z uwagi na powyższe, potwierdzenia zasadności twierdzeń odwołującego nie mogą stanowić złożone przez odwołującego na rozprawie rysunki przedstawiające usytuowanie obiektu w stosunku do rzeki. Jako stanowisko strony została przyjęta przez Izbę opinia prywatna sporządzona przez prof. dr hab. A. W. J. na zlecenie odwołującego. Dowodu na zasadność twierdzeń odwołującego nie może stanowić wyciąg z „Poradnika projektowania przejść dla zwierząt i działań ograniczających śmiertelność fauny przy drogach”, jako że dokument ten nie został wskazany w SIWZ jako element dokumentacji wiążący dla wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Z uwagi na powyższe, zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał również, że podział obiektu E28 na dwa jest niezgodny z decyzją środowiskową. Izba zważyła, że, jak już wskazano powyżej, przedmiotowe

zamówienie realizowane będzie w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, w którym przedmiot zamówienia obejmuje też wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej. Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, iż decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach nie określa w przedmiocie obiektu E28 żadnych szczególnych warunków. Niewątpliwie, analiza rozwiązania przyjętego przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. pod kątem dotrzymania standardów jakości środowiska będzie przeprowadzona na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Istnieje również możliwość, jak stwierdził zamawiający, uzyskania na dany element dodatkowej decyzji środowiskowej. Oświadczenie złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. w wyjaśnieniach, iż zakłada uzyskanie w tym zakresie zmiany decyzji środowiskowej w kontekście powyższych ustaleń nie wywołuje skutku w postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Z uwagi na powyższe, za bezzasadne Izba uznała również twierdzenia odwołującego o „wariantowości” oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A.

Nie potwierdził się również zarzut niezgodności treści oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z treścią SIWZ w zakresie systemu zasilania stacji meteo. Izba stwierdziła, że przyjęta przez odwołującego w prowadzonej przez odwołującego argumentacji lokalizacja stacji meteorologicznej nie jest jedyną możliwą. Z uwagi na wskazany w Programie Funkcjonalno-Użytkowym zakres odcinka, na jakim stacja może być zlokalizowana (pkt 2.1.14.4.4. Programu Funkcjonalno-Użytkowego), a także na brak danych co do warunków panujących w miejscu, w którym Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. takową stację zlokalizuje, przyjęcie, że zastosowanie zasilania tradycyjnego w takim miejscu będzie możliwe jest niezasadne na tym etapie.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z uwagi na rażąco niski charakter zaoferowanej ceny. Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z wypracowaną w orzecznictwie definicją rażąco niskiej ceny za takową uznaje się cenę nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą realizację zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a zatem cenę nierynkową. Zasadność ewentualnego odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny powinna być analizowana indywidualnie w każdym przypadku. Każdorazowo poddana badaniu cena powinna być odnoszona do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na rynku.

Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nie dają podstawy do stwierdzenia braku rzetelności obliczenia ceny przez tego wykonawcę. Izba uznała, iż takie elementy, jak przyjęcie konkretnych wskazanych w wyjaśnieniach rozwiązań projektowych, posiadany zakład prefabrykacji belek i licencja na produkcję belek, korzystne oferty uzyskane od podwykonawców i dostawców,

mają zasadniczy wpływ na optymalizację kosztów. Izba uwzględniła również wskazywaną przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. okoliczność, iż przedmiotowe zamówienie prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, w jego skład wchodzi zatem usługi intelektualne, których koszt, jak wskazuje doświadczenie życiowe, może się znacząco różnić. Izba zważyła również, iż wyjaśnienia Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. zostały poparte stosownymi dowodami w postaci m.in. kalkulacji cenowych, ofert podwykonawców i dostawców, opracowań projektowych. Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego, przyjęcie przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. założenia o ostatecznym obniżeniu przez podwykonawców i dostawców zaoferowanych cen o 5-10% jest działaniem racjonalnym, co potwierdzają załączniki do pisma wykonawcy z dnia 14 sierpnia 2015 r. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że różnice między cenami ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za naturalny rezultat konkurencji pomiędzy wykonawcami. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z uwagi na okoliczność, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wskazano powyżej, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. potwierdziła dowodami możliwość pozyskania dodatkowych rabatów od swoich podwykonawców i dostawców. Ponadto, nie zostało w przedmiotowej sprawie wykazane, iż Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. nie uwzględniła kosztów związanych z wykonaniem robót budowlanych w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ i decyzji środowiskowej. Wobec oparcia przedmiotowego zarzutu na ww. argumentach i braku ich potwierdzenia, zarzut ten podlega oddaleniu.

Z uwagi na powyższe, nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Uwzględnienie zarzutu dotyczącego bezzasadnego utajnienia treści pisma Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. z dnia 14 sierpnia 2015 r., wobec oddalenia pozostałych zarzutów, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, stąd uwzględnienie zarzutu w tym zakresie nie skutkuje uwzględnieniem odwołania.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) 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. Nr 41, poz. 238). Za uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego Izba uznała koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Izba nie uwzględniła wniosku Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ” S.A. o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przewidzianych przepisami prawa. Rozporządzenie w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ściśle określa okoliczności, w których możliwe jest zasądzenie określonych kosztów na rzecz wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego (§ 5 ust. 3 pkt 2). Okoliczności te nie zaistniały w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

**Przewodniczący:** .....