

**WYROK**

**z dnia 5 października 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 i 28 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2016 r. przez Odwołującego – wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, Vistal Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, działając w imieniu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa obwodnicy Dąbrowy Tarnowskiej w ciągu drogi krajowej nr 73”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2015 r. pod nr 2015/S 192-346623.

W dniu 31 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, Vistal Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni (dalej „Konsorcjum”).

W dniu 9 września 2016 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) odwołanie wobec ww. czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 Pzp w z w. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, w tym wyjaśnień dodatkowych, i niezasadne utajnienie tych dokumentów w całości, a w konsekwencji niezasadne utajnienie w całości wezwań Zamawiającego do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz protokołów z oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny i treści ofert,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum mimo tego, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska; przy tym-Zamawiający wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej,

merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, mimo że Konsorcjum nie obaliło domniemania, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska,

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum mimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum mimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”),
5. art. 7 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w tym:
  - a. odtajnienie całości lub w odpowiedniej części wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp,
  - b. ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum oraz w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący podał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Oferta Odwołującego została skalsyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest budowa obwodnicy Dąbrowy Tarnowskiej w ciągu drogi krajowej nr 73. W zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia wchodzi:

1. budowa jednojezdniowej drogi dwupasowej klasy GP o długości około 6,9 km,
2. wykonanie nawierzchni przystosowanej do nośności 115 kN/oś,
3. budowa skrzyżowań skanalizowanych z dodatkowymi pasami ruchu dla relacji skrzyżnych,
4. budowa obiektów inżynierskich (w tym: wiaduktów, mostu, przepustów, murów oporowych),

5. wykonanie systemu odwodnieniowego drogi (w tym: kanalizacja deszczowa, rowy, przepusty),
6. budowa dróg dojazdowych (obsługujących przyległe tereny), zjazdów,
7. budowa zatok postojowych do kontroli pojazdów),
8. wykonanie urządzeń ochrony środowiska (w tym: ekrany, urządzenia podczyszczające wody, przejścia dla zwierząt),
9. budowa lub przebudowa chodników,
10. oznakowanie i organizacja ruchu z zastosowaniem urządzeń bezpieczeństwa ruchu,
11. przebudowa lub zabezpieczenie urządzeń obcych kolidujących z budową drogi,
12. opracowanie dokumentacji powykonawczej,
13. uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

#### **I. Zarzuty dotyczące utajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum**

Pismem z dnia 12 maja 2016 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia, w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty oraz jej elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w celu ustalenia, czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta ta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

Pismem z dnia 27 maja 2016 r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia zastrzegając je niemal w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający, pismem z dnia 9 sierpnia 2016 r., wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dodatkowych, które otrzymał dnia 22 sierpnia 2016 r. Zarówno pismo Zamawiającego wzywające do złożenia wyjaśnień uzupełniających, jak i udzielona na nie odpowiedź zostały w znacznej części utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie treść pierwotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum (tylko 1 str.) i przywołane przez tego wykonawcę wyroki KIO w zakresie dotyczącym cen jednostkowych (str. 19 i nast.), a także uzupełniające wezwanie do złożenia wyjaśnień (fragment ogólny, ok. pół str.) i odpowiedź na nie, zawierającą jedynie lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum (ok. pół str.). Pozostała treść korespondencji między Zamawiającym a Konsorcjum została utajniona, a więc Zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do zasady za skuteczne.

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 Znk. Stąd też oczywiste jest, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki.

W niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, że badanie takie zostało przez Zamawiającego przeprowadzone, skoro Zamawiający w sposób w zasadzie bezkrytyczny uznał, że całość wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum jest lakoniczne i ogólnikowe, zawiera w zasadzie jedynie informację, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Znk wraz z przywołaniem przykładowego katalogu informacji oraz powołaniem się na wdrożenie przez jednego z konsorcjantów Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji. W związku z tym nie sposób uznać, że Konsorcjum należycie wykazało, że zastrzegane przez nie informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego w sytuacji, gdy wykonawca nie przedstawi stosownych dowodów na to, że dane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, informacje te nie mogą być wyłączone z udostępnienia wykonawcom biorącym udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tak może być w niniejszej sprawie, tj. Konsorcjum, składając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, mogło poprzestać na ogólnikowym zapewnieniu, że podejmuje odpowiednie kroki ku temu, by zachować w poufności informacje przekazywane, jednak okoliczności tej nie wykazało stosownymi dowodami.

Nadto, jeśli w istocie same wyjaśnienia są ogólnikowe, to trudno przyjąć by miały one – i to w całości – walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak bowiem wynika z art. 11 ust. 4 Znk 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.

Zamawiający, w świetle powyżej poczynionych uwag, winien zweryfikować, czy Konsorcjum wykazało spełnienie względem danej informacji każdego z ww. wymagań. Odwołujący wysnuł przypuszczenie, że taka sytuacja nie miała miejsca, bowiem Konsorcjum za pewną oczywistość uznaje okoliczność, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w przepisach Znk, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Wobec braku dowodu, że informacje zastrzegane przez Konsorcjum mają wartość gospodarczą lub techniczną czy organizacyjną, w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie możemy mówić

o ziszczeniu się pierwszej z wyżej wymienionych przesłanek, których spełnienie jest niezbędne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie powinien traktować wyjaśnień wykonawcy jako jednolitego dokumentu, lecz winien ocenić, które z informacji w nich zawarte mogą być ewentualnie uznane za tajemnice przedsiębiorstwa. Jeżeli więc nie wszystkie zastrzegane przez Konsorcjum informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien rozważyć konieczność udostępnienia Odwołującemu chociaż części wskazanych dokumentów. Wynika to również z treści wyjaśnień Konsorcjum, które wskazało, że zastrzeżenie nie obejmuje informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji zawartych w ofercie.

Należy przy tym stanowczo podkreślić, że nie jest możliwe przyjęcie automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że każde wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 Pzp zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Sam fakt, że zastrzegana informacja zawiera nazwę kontrahenta wykonawcy, wysokość cen i kosztów składających się na oferowane wynagrodzenie, z góry nie oznacza, że posiada ona wartość gospodarczą, a przez to walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Także pozostałe przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być przez wykonawcę wykazane, w tym w szczególności wykazać należy, że podjęto się odpowiednie kroki ku temu, by dana informacja pozostała poufna. Konsorcjum wspomina wprawdzie w swoich wyjaśnieniach o Systemie Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji, niemniej nie wydaje się, by w ślad za deklaracją o wprowadzeniu tego systemu wykonawca przedstawił dowody wskazujące na czym dokładnie system ten polega, które pozwoliłyby ocenić Zamawiającemu, czy wykonawca zabezpiecza tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił również, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach Pzp. Możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, ponieważ zasada jawności postępowania jest zasada nadrzędna i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia.

## **II. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum KPRD z powodu rażąco niskiej ceny**

Odwołujący przytoczył przepis art. 90 ust. 3 Pzp i stwierdził, że nabiera on szczególnego znaczenia w kontekście znowelizowanego art 90 ust. 2 Pzp, który przerzucił ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny z zamawiającego na wykonawcę.

Niekwestionowanym pozostaje w tym kontekście utrwalony pogląd, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust 3 Pzp.

Odwołujący oświadczył, że nie ma wprawdzie wiedzy odnośnie treści złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień, niemniej cena jego oferty Konsorcjum wyniosła 79.734.244,79 zł brutto, co w porównaniu z szacowaną przez Zamawiającego wartością zamówienia netto w wysokości 93.854.442,19 zł, stanowi 84,96% zatem odbiega od tej wartości o około 15%. Ponadto, z porównania do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (102.585.267,32 zł) wynika, że cena oferty Konsorcjum jest niższa o 22,28%. Okoliczności te dały Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, że cena ta jest rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Tymczasem w kontekście sytuacji ekonomicznej lidera Konsorcjum nie sposób obiektywnie przyjąć, żeby wykonawca ten był w stanie zaoferować zgodnie z prawem cenę ofertową na poziomie niższym o ponad 20% od cen rynkowych, ustalonych jako średnia arytmetyczna ofert złożonych w Postępowaniu. Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. (dalej: „KPRD”), zgodnie z postanowieniem Sądu Rejonowego w Kielcach z dnia 27 lipca 2016 r., sygn. akt GRs 1/16, jest objęte postępowaniem sanacyjnym, co świadczy o złej sytuacji ekonomicznej tego podmiotu. Taka okoliczność winna wzbudzić wątpliwości co do realności ceny, co powinno mieć również przełożenie na szczególnie pogłębioną analizę dostarczonych wyjaśnień ceny, ponieważ najważniejszym powodem badania przez zamawiających, czy cena nie jest rażąco niska, jest weryfikacja, czy dany wykonawca daje rękojmię rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia. W wielu punktach oferty cena Konsorcjum nie daje możliwości wykonania określonych czynności zgodnie z treścią SIWZ. Odniesienie się do poszczególnych składników ceny ofertowej jest o tyle istotne, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, a w takim przypadku bierze się pod uwagę nie tylko wystąpienie rażąco niskiej ceny całości oferty, ale także jej elementów.

Ponadto, należy mieć również na uwadze, że w przypadku Konsorcjum nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko jemu, które pozwalają wycenić przedmiot zamówienia na aż tak niskim poziomie. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia. Nadto, w znakomitej większości wykonawcy ci 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. Warto także odnotować, że członek Konsorcjum jest w trakcie procedury sanacyjnej – restrukturyzacyjnej, która to okoliczność wskazuje raczej na trudności finansowe wykonawcy, zazwyczaj będące efektem nienależytej wyceny realizowanych zamówień.

Wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma wiedzy odnośnie tego, w jaki sposób została przygotowana przez tego wykonawcę odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Niemniej, mając na uwadze praktykę, z jaką Odwołujący spotyka się w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe, w szczególności wobec ewidentnego zaniżenia przez Konsorcjum wielu istotnych cen jednostkowych objętych kosztorysem ofertowym. Zasadność postawionych zarzutów uzasadniają przede wszystkim poniższe uchybienia Konsorcjum:

A. Kosztorys ofertowy B.1. Roboty drogowe; Rozdział: Rozbiórka elementów dróg, ogrodzeń i przepustów – Poz. 23-42

- wartość robót wg Konsorcjum: 91 236,50 zł,
- średnia wartość robót wg pozostałych oferentów: 174.490,13 zł,

co przy łącznej ilości gruzu do usunięcia (dane z OPZ) równej 3.991,62 m<sup>3</sup> daje cenę jednostkową:

- wg Konsorcjum – 22,85 zł/m<sup>3</sup>,
- wg średniej – 43,71 zł/m<sup>3</sup>

Cena stanowiąca 52,28% ceny innych wykonawców nie ma charakteru rynkowego. W opinii Odwołującego, Konsorcjum uwzględniła w swojej cenie zaledwie rozbiórkę i załadunek gruzu, nie uwzględniając pozostałych wymaganych przez SST D.01.02.04 kosztów transportu i utylizacji odpadów. Tylko minimalny, rynkowy koszt transportu na odległość do 10 km wynosi około 12,00 zł/m<sup>3</sup> do tego należy jeszcze doliczyć koszt utylizacji odpadu, który zależy od lokalnych warunków (dostępności wysypiska itp.).

Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum nie wyceniło wszystkich kosztów wykonania robót zgodnie z SST.

B. Kosztorys ofertowy B.1. Roboty drogowe, Poz. 20 – Nadmiar humusu na odkład

Cena jednostkowa Konsorcjum KPRD – 6,00 zł/m<sup>3</sup>

W opinii Odwołującego Konsorcjum nie uwzględniło (zgodnie z SST D.01.02.02) kosztów odwiezienia poza teren budowy nadmiaru humusu. Uwzględniła ono zaledwie



zdjęcie i załadunek humusu, nie uwzględniając pozostałych wymaganych przez SST D.01.02.02 kosztów – kosztów transportu i zagospodarowania poza placem budowy. Tylko minimalny, rynkowy koszt transportu na odległość do 10 km wynosi około 12,00 zł/m<sup>3</sup>. Do tego należy jeszcze doliczyć koszt zagospodarowania, który zależy od lokalnych warunków (dostępności miejsc odkładu itp.). Pozycję tą należy rozpatrywać łącznie z poz. 19; 80-82 oraz 165.

Z bilansu robót wynika, że do zdjęcia przewiduje się 83.250,0 m<sup>3</sup>. Zamawiający określił, że na placu budowy pozostanie nadmiar humusu w ilości 39.918,00 m<sup>3</sup>, który zgodnie z SST D.01.02.02 należy wywieźć z placu budowy. Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum nie wyceniło wszystkich kosztów wykonania robót zgodnie z SST. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie robót objętych tą pozycją za zaoferowaną cenę.

C. Kosztorys ofertowy B.1. Roboty drogowe; Rozdział: Przepusty i rowy kryte z rur polietylenowych HDPE spiralnie karbowanych – poz. 52-57

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum nie uwzględniło w swojej wycenie wszystkich niezbędnych prac wymaganych przez SST oraz technologię robót. Ceny zaproponowane sugerują, że Konsorcjum wzięło pod uwagę jedynie koszt materiału – rur oraz koszt ich skręcenia, nie uwzględniając takich robót jak: wykonanie wykopu wraz z odwiezieniem gruntu na odkład, czy wykonanie fundamentu oraz zasyпки przepustu z kruszywa naturalnego.

Przykładowo, dla poz. 52 szacunkowy, rynkowy koszt wykonania rowu krytego składa się z:

- wykonania wykopów  $6,00 \text{ zł/m}^3 \times 2,10 \text{ m}^3 = 12,60 \text{ zł/mb}$ ,
- zakupu materiału kruszywowego dla potrzeb wykonania fundamentu oraz zasyпки  $27,51 \text{ zł/m}^3 \times 1,90 \text{ m}^3 = 52,27 \text{ zł/mb}$ ,
- wbudowania kruszywa  $6,00 \text{ zł/m}^3 \times 1,90 \text{ m}^3 = 11,40 \text{ zł/mb}$ ,
- kosztu zakupu materiału – rura HDPE dn. 50 - 134,80 zł/mb,
- kosztu skręcenia wraz z materiałami montażowymi — 40,00 zł/mb.

Łączny koszt to minimum 251,07 zł/mb.

Zaproponowana przez Konsorcjum cena dla poz. 52 wynosi 180,00 zł/mb i w opinii Odwołującego jest zaniżona w stosunku do minimalnych kosztów wykonania o 28,30%.

Niedobór kwotowy w pozostałych pozycjach tego działu kształtuje się na podobnym poziomie. Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum nie wyceniła wszystkich kosztów

wykonania robót zgodnie z SST i w ocenie Odwołującego cena oferty została zaniżona oraz nie jest możliwe wykonanie robót objętych tą pozycją za zaoferowaną cenę.

D. Kosztorys ofertowy B.1. Roboty drogowe, Poz. 66 – Podbudowa z mieszanki związanej cementem gr. 35 cm

Cena jednostkowa Konsorcjum KPRD: 35,00 zł/m<sup>2</sup>,

Poz. 66 powinna zawierać koszt pozyskania materiału, którego cena rynkowa wynosi 96,00 zł/m<sup>3</sup>, co daje koszt 33,60 zł/m<sup>2</sup>. Stanowi to 96 % ceny ofertowej Konsorcjum. Pozostałe 1,40 zł/m<sup>2</sup> nie pokryje niezbędnych kosztów transportu mieszanki, jej wbudowania i pielęgnacji. Prace te na rynku wyceniane są na poziomie minimalnym 5,50 zł/m<sup>2</sup>. Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum zastosowała cenę poniżej rynkowych kosztów wykonania, zaniżając w ten sposób wartość oferty.

E. Kosztorys ofertowy B.1. Roboty drogowe – Roboty bitumiczne, Poz. 67-69 Podbudowa z betonu asfaltowego, Poz.71-76 oraz 78 – Nawierzchnia z betonu asfaltowego oraz SMA

Należy wziąć pod uwagę całokształt robót związanych z wykonaniem warstw bitumicznych. Wartość prac wg Konsorcjum to 5 659 306,50 zł., co stanowi zaledwie 71,42% wartości wg średnich cen pozostałych oferentów. Wartość tychże prac kształtuje się na poziomie 7 924 000,00 zł. Wartość prac uzależniona jest wprost od kosztu materiałów, różnorodnych elementów składowych zależnych od rodzaju warstwy. Poniższa tabela prezentuje uśrednione, rynkowe rozbieżności na podstawowe składowe koszty wykonania tony nawierzchni z mieszanki bitumicznej:

		Warstwy z BA	Warstwy z WMS	Warstwa SMA
Wsad kruszywowy	zł/t	55,00	35,00	65,00
Asfalt z dodatkami	zł/t	62,00	78,00	136,00
Koszt produkcji	zł/t	40,00	40,00	40,00
Transport gotowej masy	zł/t	10,00	10,00	10,00
Koszt układania mieszanki	zł/t	18,00	18,00	18,00
<b>Razem średni koszt tony</b>	<b>zł/t</b>	<b>185,00</b>	<b>181,00</b>	<b>269,00</b>
Ilość ton wg. dokumentacji technicznej		7.058,63	30.371,20	4.142,43
		<b>1.305.846,55</b>	<b>5.497.187,20</b>	<b>1.114.313,67</b>
<b>Łączna wartość prac bitumicznych</b>	<b>zł</b>	<b>7.919.347,42</b>		

Zakładając, że średnia ilość asfaltu w 1 tonie mieszanki od 4,5% do 7%

Oferta Konsorcjum w tym zakresie została zaniżona o 2 258 040,92 zł, co stanowi 28,52%. W ocenie Odwołującego cena oferty została zaniżona oraz nie jest możliwe wykonanie robót za zaoferowaną cenę.

#### F. Roboty mostowe – Montaż desek gzymsowych

Cena jednostkowa Konsorcjum we wszystkich kosztorysach. (C.1 – C.8): 195,00 zł/m<sup>2</sup>, co daje łączną wartość prac na poziomie 123.435,00 zł.

Należy wskazać, że pozycja ta powinna zawierać koszt pozyskania materiału, którego średnia cena rynkowa wynosi 160,00 zł/szt., co daje koszt 228,57 zł/m<sup>2</sup> (1 szt. to 0,7 m<sup>2</sup>). Jest to już koszt o 17,22 % większy od ceny jednostkowej Konsorcjum, która powinna zawierać również pozostałe składowe takie jak montaż, którego koszt kształtuje się na poziomie 90,00 zł/mb, co daje 128,57 zł/m<sup>2</sup>. Łącznie montaż desek gzymsowych powinien oscylować na poziomie 357,14 zł/m<sup>2</sup>, a nie jak zaoferowało Konsorcjum – 195,00 zł/m<sup>2</sup>. Zdaniem Odwołującego nie uwzględniono kosztów – zgodnie z SST M.13.03.04 – m.in. zamontowania prefabrykatów; uszczelnienia spoin; wykonania badań. Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum zastosowało cenę poniżej kosztów samych materiałów, poza tym nie ujęła wszystkich kosztów montażu desek gzymsowych. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie robót objętych tą pozycją za zaoferowaną cenę.

#### G. Pozycje dotyczące nawierzchni na obiektach M.15.03.01 – Warstwa wiążąca z asfaltu twardolanego

Cena Konsorcjum – 115,00 zł/m<sup>2</sup>, co łącznie daje kwotę 608.810,00 zł.

Należy wskazać, że odpowiednio dla robót ujętych w SST M.15.03.01 głównymi wykonawcami tego typu robót jest firma Tarcopol i Interasfal, którzy jako specjaliści wycenili wykonanie prac na 120,00 zł/m<sup>2</sup>. Należy traktować to jako cenę rynkową za tego typu prace. Zaznaczyć należy, że zgodnie z dokumentacją techniczną i SST nawierzchnię należało wykonać w dwóch warstwach po 3 cm. Zaoferowana cena 115,00 zł/m<sup>2</sup> nie jest ceną rynkową i odbiega od niej o 4,17% zaniżając wartość oferty o 26.470,00 zł.

#### H. Pozycje dotyczące nawierzchni na obiektach, M. 15.03.11 – Warstwa ścierna z mieszanki mineralno-asfaltowej SMA

Cena jednostkowa podana przez Konsorcjum – 18,00 zł/m<sup>2</sup>, co daje łącznie 78.084,00 zł i jest zaniżone o 10,78% w stosunku do cen rynkowych.

Wartość prac uzależniona jest wprost od kosztu materiałów, różnorodnych elementów składowych zależnych od rodzaju warstwy.

	Ścianka tracona GU 16N			
	ZRI Chrobok	PPI Chrobok	Alpol	Gollwitzer
	pln/m <sup>2</sup>	pln/m <sup>2</sup>	pln/m <sup>2</sup>	pln/m <sup>2</sup>
Budowa obwodnicy miasta Suwałki	415,00	495,00		
Budowa Ex S17 Garwolin-Knurów		450,00		465,00
Budowa obwodnicy Góry Kalwarii	465,00		464,00	

Zakładając, że średnia ilość asfaltu w 1 tonie mieszanki od 4,5% do 7%

W ocenie Odwołującego cena oferty została zaniżona oraz nie jest możliwe wykonanie robót za zaoferowaną cenę.

I. Pozycje dotyczące nawierzchni na obiektach M.15.03.31 – Antykorozyjne zabezpieczenie powierzchni betonowych odporne na ścieranie

- cena Konsorcjum – 89,00 zł/m<sup>2</sup>, co łącznie daje kwotę 923.197,00 zł,
- cena średnia z pozostałych ofert to 109,71 zł/m<sup>2</sup>

Cena stanowiąca jedynie 81,12% ceny innych wykonawców nie ma charakteru rynkowego. Dokumentacja techniczna wymagała wykonania nawierzchni żywicznych o grubości 3 mm. Cena oferty została zaniżona na przedmiotowej pozycji przez Konsorcjum.

J. Kosztorys C.1 OBIEKT PZ-01. Poz. nr 2 – M.11.01.01 Wykopy w gruncie spoistym wraz z umocnieniem z odwozem

- cena Konsorcjum – 17,00 zł/m<sup>3</sup>,
- cena średnia z pozostałych ofert – 185,12 zł/m<sup>3</sup>

Cena stanowiąca jedynie 9,18 % ceny innych wykonawców nie ma charakteru rynkowego. W ocenie Odwołującego cena ta nie zawiera niezbędnego, wymaganego SST, projektem, sztuką budowlaną, technologią robót, wymaganiami gruntowymi – zabezpieczenia wykopów w postaci ścianki szczelnej. Dla potwierdzenia wg. Konsorcjum koszt wykopu z umocnieniem jest taki sam jak bez umocnienia — patrz poz. 3 tego samego kosztorysu.

Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum nie wyceniło wszystkich kosztów wykonania robót zgodnie z SST. Cena oferty została zaniżona na przedmiotowej pozycji przez Konsorcjum. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie robót objętych pozycją nr 2 za zaoferowaną cenę.

K. M.11.01.04 – Zasypanie wykopów i rozkopów wraz z zagęszczeniem – Gruntem nieprzepuszczalnym z dowozu C.1 OBIEKT PZ-01 Poz. nr 4 ,C.2 OBIEKT PZ-03 Poz. nr 3, C.8 OBIEKT MD-08 Poz. nr 4

Cena zaoferowana przez Konsorcjum KPRD to 15,00 zł/ m<sup>3</sup>

Należy wskazać, że pozycja ta powinna zawierać koszt pozyskania materiału, którego cena rynkowa wynosi 29,00 zł/m<sup>3</sup> oraz koszt wbudowania kształtujący się na poziomie 15,00 zł/m<sup>3</sup>, co daje koszt jednostkowy równy 44,00 zł/m<sup>3</sup>. Jest to koszt o 193,33% większy od ceny jednostkowej Konsorcjum KPRD, która powinna zawierać również pozostałe składowe.

Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum KPRD zastosowała cenę poniżej kosztów samych materiałów. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie robót objętych tą pozycją za zaoferowaną cenę.

L. M.11.01.06 – Zasypanie przestrzeni za przyczółkami, C.3 OBIEKT WD-02 poz. nr 5, C.4 OBIEKT WD-04 poz. nr 8, C. 5 OBIEKT WD-05 poz. nr 8, C.6 OBIEKT WD-06 poz. nr 5, C.7 OBIEKT WD-07 poz. nr 9

Cena Konsorcjum KPRD – 4,80 zł/m<sup>3</sup>, co przekłada się na łączną wartość prac na tych obiektach – 144.672,00 zł.

Pkt 5.2.2 SST wymaga aby zasypanie przestrzeni za ściankami obejmowało: „dowiezienie gruntu, odpowiadającego wymaganiom pkt 2.2, z dokopu na nasyp drogowy, z ew. dodatkowym transportem do przestrzeni za przyczółkiem; górna warstwa nasypu, grubości, co najmniej 0,5m powinna być wykonana z gruntu o wskaźniku wodoprzepuszczalności „k” co najmniej 8m/dobę (0,0093 cm/s)”.

W ocenie Odwołującego koszt zaproponowany przez Konsorcjum nie pokrywa nawet samego kosztu wbudowania materiału nie mówiąc już o wykonaniu odwodnienia za przyczółkiem, jak i kosztu samego materiału zasypowego.

- koszt pozyskania materiału to 22,80 zł/m<sup>3</sup>.
- koszt wykonania odwodnienia to 1,20 zł/m<sup>3</sup>.
- koszt wbudowania i zagęszczenia gruntu to 15,00 zł/m<sup>3</sup>.
- łącznie koszt wykonania zasyпки to 39,00 zł/m<sup>3</sup>.

Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum zastosowało cenę dumpingową. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie robót objętych tą pozycją za zaoferowaną cenę.

Na uwagę zasługuje fakt, że dla trzech pozostałych obiektów (PZ-01, PZ-03 oraz MD-08) cena dla tych samych robót (objętych tą samą SST) zaoferowana przez Konsorcjum to 40,10 zł/m<sup>3</sup>.

M. M.11.03.01 – Pale wielkośrednicowe wiercone, C.1 OBIEKT PZ-01 Poz. nr 6, C.2 OBIEKT PZ-03 Poz. nr 5, C.3 OBIEKT WD-02 poz. nr 6

Cena Konsorcjum – 135,00 zł/mb oraz dla WD-02 235,00 zł/mb. Łączna wartość prac to 220.470,00 zł.

Zgodnie z SST należało skalkulować dwie podstawowe składowe: koszt odwiercenia otworu i koszt betonu

Dla pali dn 800 rynkowe ceny powyższych elementów kształtują się następująco: wiercenie to koszt ok. 250 zł/mb, beton dla pali dn. 800 to koszt ok. 118,00 zł/mb, co daje łącznie za wykonanie pala dn 800 – 368,00 zł/mb

Natomiast dla pali dn 1500 cena rynkowa to: wiercenie ok. 300 zł/mb, beton dla pali dn. 1500 – 415,07 zł/mb, co daje łącznie za wykonanie pala dn. 1500 715,07 zł/mb.

Z powyższego wynika, że łączna wartość rynkowa prac to 652.374,30 zł, podczas gdy oferta Konsorcjum została zaniżona minimum o 431.904,30 zł, co stanowi 66,20%.

Powyższe wyliczenia nie zawierają jeszcze robót dodatkowych wymaganych SST M.11.03.01, m.in.: pielęgnacji betonu, rozkucia głowicy pala do projektowanej rzędnej, przeprowadzenia kontroli ciągłości pala, oczyszczenia sprzętu, załadowania i odwiezienia urobku z odwiertu w miejsce wskazane przez wykonawcę i zaakceptowane przez Inżyniera oraz uformowania' odkładu, montażu, demontażu i przemieszczenia w obrębie budowy wiertnicy i urządzeń, wraz z wykonaniem, rozbiórką i odwozem niezbędnych pomostów roboczych, kosztu badań. Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum zastosowało cenę poniżej kosztów, poza tym nie ujęło wszystkich kosztów wykonani pali. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie robót objętych tą pożyczką za zaoferowaną cenę.

N. M.11.04.01 ścianka szczelna, C.3 OBIEKT WD-02 poz. nr 8-11a, C.4 OBIEKT WD-04 poz. nr 8a, C. 5 OBIEKT WD-05 poz. nr 8a, C.7 OBIEKT WD-07 poz. nr 9a

Cena Konsorcjum waha się od 235,00 zł/mb do 340,00 zł/mb. Jednakże wydaje się, że cena ta absolutnie nie jest ceną rynkową za tego typu roboty (przy czym Odwołujący wskazuje, że podana przez Konsorcjum cena dotyczy m<sup>2</sup> zabitej ścianki, a z całą pewnością nie mb o różnych wysokościach wymaganych dokumentacją techniczną).

Dla potwierdzenia tej tezy Odwołujący przedstawił zestawienie średnich cen firm specjalistycznych dla tego typu robót:

	Ścianka tracona GU 16N			
	ZRI Chrobok	PPI Chrobok	Alpol	Gollwitzer
	pln/m <sup>2</sup>	pln/m <sup>2</sup>	pln/m <sup>2</sup>	pln/m <sup>2</sup>
Budowa obwodnicy miasta Suwałki	415,00	495,00		
Budowa Ex S17 Garwolin-Knurów		450,00		465,00
Budowa obwodnicy Góry Kalwarii	465,00		464,00	

Zarówno Dokumentacja techniczna, jak i SST wymagały zastosowania ścianki traconej typ GU 16N. Powyższe ceny nie zawierają innych niezbędnych kosztów takich jak: wbicie z pozostawieniem zamków narożnych, mobilizacji, kosztów przygotowania placu pod sprzęt.

Łączna ilość mb ścianek do wbicia (o różnych wysokościach) to 557,00 mb (4.571 m<sup>2</sup>), co daje przy minimalnej cenie za m<sup>2</sup> wbicia rynkową wartość prac na poziomie 1.896.965,00 zł, a nie jak zaoferowało Konsorcjum – 184.370,00 zł.

Wskazuje to jednoznacznie, że Konsorcjum zastosowało cenę poniżej kosztów, poza tym nie ujęło wszystkich kosztów montażu ścianek. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie robót objętych tą pozycją za zaoferowaną cenę.

W odniesieniu do powyższych przykładów wyjaśnienia nie mogły rozwiązać wątpliwości Zamawiającego wyrażonych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jak bowiem wynika z uzasadnienia odwołania – analizy poszczególnych cen jednostkowych, Konsorcjum zaoferowało wykonanie szeregu robót poniżej kosztów ich wytworzenia, co w konsekwencji przekłada się na ocenę całej ceny ofertowej jako rażąco niskiej. W ocenie Odwołującego, w pełni uprawnione jest analiza cen jednostkowych pod kątem ceny rażąco niskiej, ponieważ cena ofertowa jest sumą cen jednostkowych, z drugiej zaś strony żadna z cen jednostkowych Konsorcjum nie jest „rażąco wysoka” czy dużo wyższa niż ceny jednostkowej konkurencyjnych wykonawców, aby można było doszukiwać się w nich jakichkolwiek „rezerw” na pokrycie kosztów wykonania wykazanych, niedoszacowanych pozycji.

### **III. Zarzuty dotycząc niezgodności treści oferty z SIWZ**

Jak wykazano w II części odwołania, wiele cen jednostkowych kosztorysu ofertowego Konsorcjum nie jest w stanie pokryć kosztów wykonania robót objętych daną pozycją kosztorysową, nawet materiałów niezbędnych do wykonania danej roboty. Taki sposób obliczenia i zaoferowania cen jednostkowych jest niezgodny z SIWZ.

Zgodnie z umową przedmiotowe wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, ceny jednostkowe stanowią więc podstawę do rozliczeń z Zamawiającym.

Zgodnie z pkt 10.4. („Opis sposobu obliczenia ceny”), wykonawca sporządza kosztorysy ofertowe metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji w nich wyszczególnionych. Wykonawca określa ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysach ofertowych.

W ocenie Odwołującego, zestawiając powyższe postanowienia SIWZ oraz mając na względzie charakter wynagrodzenia, przyjąć należy, że każda pozycja kosztorysowa miała być realna, obejmująca rzeczywiste koszty wykonania danej pozycji.

Wykazane w odwołaniu ceny jednostkowe Konsorcjum nie są realne, często nie pokrywają nawet kosztów zakupu podstawowych materiałów niezbędnych do wykonania danej pozycji, co czyni ofertę Konsorcjum niezgodną z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego nie ma podstaw do przyjęcia poglądu, iż wykonawcy mają niczym nieograniczoną swobodę w kształtowaniu cen jednostkowych kosztorysu ofertowego, gdy zamawiający wprost nie nałożył obowiązku zawarcia w jednej pozycji kosztorysu wszystkich kosztów związanych z wykonaniem roboty objętej tą konkretną pozycją. Nawet gdyby przyjąć, że co do zasady – w świetle braku przeciwnych, jednoznacznych postanowień SIWZ – dopuszcza się możliwość wykonania zadań (robót) z kilku pozycji wspólnym kosztem, to z taką sytuacją nie mamy do czynienia w tej sprawie. Wskazane w odwołaniu pozycje kosztorysowe obejmują bowiem koszty specyficzne dla tej pozycji, nie ma więc mowy o ich przerzucaniu pomiędzy różnymi pozycjami, w szczególności w zakres prac danej pozycji nie można wpisać kosztów wykonania robót całkowicie niezwiązanych z tymi robotami.

W niniejszej sprawie, nawet gdyby Konsorcjum tłumaczyło w wyjaśnieniach, iż koszty dla wskazanych w odwołaniu pozycji ujęła w innych pozycjach kosztorysowych, działanie takie byłoby niedopuszczalne. „Przeniesienie” kosztów pomiędzy pozycjami miałoby w tej sprawie przymiot istotności, dotyczyło bowiem wielu istotnych przedmiotowo i kwotowo pozycji, a brak jest „nadwyżki” w innych pozycjach kosztorysowych, która mogłaby służyć Konsorcjum pokryciu kosztów wykonania pozycji z zaniżoną wyceną i pozycji, w których koszty te potencjalnie uwzględniono (o ile Konsorcjum w ogóle w wyjaśnieniach do takiego zabiegu się przyznało). Oferta Konsorcjum globalnie daleko odbiega swą wartością od wszystkich cen ofertowych w tym postępowaniu, w tym od ceny ofertowej Odwołującego co Odwołujący przedstawił na wykresie.



#### **IV. Czyn nieuczciwej konkurencji**

Zaniżenie cen jednostkowych w ofercie Konsorcjum, które ostatecznie doprowadziło do zaniżenia ceny ofertowej jako takiej nosi, w ocenie Odwołującego, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art 15 ust. 1 pkt 1 Znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia.

Odwołujący stwierdził, że nie jest możliwa uczciwa konkurencja z wykonawcą, który w swoich cenach ofertowych nie uwzględni wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca taki zawsze bowiem złoży ofertę z ceną najniższą, uniemożliwiając uzyskanie zamówienia wykonawcom rzetelnie kalkulującym cenę ofertową ze szkodą dla Zamawiającego, ponieważ oszczędności jakie osiągnie wybierając ofertę z tak zaniżoną ceną są bowiem pozorne. W rzeczywistości Zamawiający bądź otrzymuje zamówienie o nienależytej jakości, bądź wykonawca w ogóle nie jest w stanie zrealizować zamówienia, co wiąże się z koniecznością poszukiwania kolejnego wykonawcy, który dokończy zamówienie. W takim przypadku Zamawiający ponosi dodatkowe koszty inwentaryzacji i zabezpieczenia robót do czasu wyboru kolejnego wykonawcy, koszty wyboru kolejnego wykonawcy oraz koszt zatrudnienia kolejnego wykonawcy, które zazwyczaj są wyższe niż w sytuacji, gdy dane zamówienie w całości wykonuje ten sam wykonawca.

Także w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji postrzegać należy zachowanie wykonawcy polegające na „przerzucaniu” kosztów pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi – lokowanie kosztów bezpośrednio związanych z wykonaniem danego zakresu prac w innych pozycjach, w których koszt ten nie występuje. Manipulowanie kosztami wpływa na ostateczny sposób ustalenia ceny ofertowej, uniemożliwiając uczciwą konkurencję między wykonawcami.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

W ocenie Zamawiającego wywodzone przez Odwołującego zarzuty nie znajdują żadnego uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym sprawy. Zamawiający stwierdził, że wszystkie podjęte przez niego w ramach Postępowania czynności były prawidłowe i zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, jak również nie doszło do zaniechań, które mogłyby stanowić rzeczywistą uzasadnioną podstawę odwołania.

#### **I. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk w zw. Z art. 7 ust. 1 Pzp**

Zamawiający oświadczył, że zarzut jest chybiony.

Podał, że zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 Znk 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.

Informacje, które Konsorcjum zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa – wbrew zarzutom Odwołującego – niewątpliwie taki charakter mają, spełniając wszystkie przesłanki określone w przywołanym przepisie Znk. W ocenie Zamawiającego Konsorcjum w dostateczny sposób wyjaśniło i uzasadniło konieczność ograniczenia dostępu do przedstawionych danych i informacji zarówno w wyjaśnieniach, jak i w wyjaśnieniach uzupełniających.

Zamawiający podkreślił, że ma świadomość obowiązku badania skuteczności zastrzeżenia dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podał, że procedura weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w ofertach wykonawców nie została uregulowana przepisami prawa, w szczególności Pzp i nie ma szczegółowych reguł w jaki sposób powinna ona przebiegać. Podkreślił jednak, że w przedmiotowym przypadku brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, jakoby przeprowadzone przez Zamawiającego sprawdzenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było nieprawidłowe, a tym samym, by naruszało konkretną normę prawną.

W Postępowaniu zostało złożonych 20 ofert. Zamawiający dokonując wstępnej oceny ofert uznał, że w zakresie trzech z nich konieczne jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wezwał więc tych wykonawców, tj.: Konsorcjum, Odwołującego i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART sp. z o.o., Himmel i Papesch Opole sp. z o.o, (dalej: „Konsorcjum FART”), do złożenia stosownych wyjaśnień. Składając wyjaśnienia, które w znaczącym zakresie dotyczyły zaoferowanych cen jednostkowych, każdy z wymienionych powyżej wykonawców uznał, że przekazywane przez niego informacje i dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie takie poczynił także Odwołujący. Stąd wyraźną jest niekonsekwencja w działaniu Odwołującego, który uznaje, że konieczna i uzasadniona jest ochrona przekazanych przez niego informacji, ponieważ zawierają one dane szczególnie istotne i wymagające ochrony, jednocześnie odmawia tego prawa i kwestionuje analogiczne działanie po stronie Konsorcjum.

Wbrew zarzutom Odwołującego Zamawiający oświadczył, że w przedmiotowym przypadku nie zachował się w sposób bierny i nie przyjął bezkrytycznie oświadczeń wykonawców w zakresie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokonał analizy wyjaśnień i wnikliwej oceny zasadności dokonanych zastrzeżeń. Świadczy o tym dobitnie fakt odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum FART, a także ujawnienie z pozostałych wyjaśnień informacji, które nie wypełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dokonując oceny Zamawiający stosował takie same kryteria do wszystkich złożonych wyjaśnień i zastrzeżeń. Uznał, że wiadomości, które mają charakter ogólny i stanowią jedynie polemikę odnośnie słuszności wezwania, nie mogą w jakikolwiek sposób zagrażać interesom Wykonawców i winny być udostępnione. Dokumenty te zostały udostępnione także Odwołującemu, w dniu 1 września 2016 r., o czym Odwołujący informuje w swoim odwołaniu.

Badając zasadność zastrzeżenia, zamawiający musi brać pod uwagę nie tylko to czy wykonawca w sposób wyczerpujący uzasadnił konieczność zastrzeżenia, lecz również powinien mieć na względzie charakter danych przekazywanych przez wykonawców, co do których wykonawca uznał, że stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Bezpodstawne i nieuprawnione ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może wiązać się po stronie zamawiającego nie tylko z odpowiedzialnością na drodze cywilnoprawnej, ale także z odpowiedzialnością karnoprawną, stąd zamawiający zobowiązany jest do szczególnej ostrożności przy ujawnianiu danych zastrzeżonych przez wykonawców. W tej sprawie – nawet gdyby zgodzić się z Odwołującym, że uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia przedstawione przez Konsorcjum nie jest obszerne i poparte dowodami – to jednak w ocenie Zamawiającego jest ono wystarczające do przyjęcia, że przesłanka „wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” została spełniona, a ujawnienie tych danych może zagrażać ważnym interesom oferenta. Na marginesie Zamawiający wskazał, że również merytoryczne uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień Odwołującego nie jest długie, jeżeli wyłączyć z niego elementy mające jedynie walor edukacyjny.

Nie można zgodzić się przy tym z Odwołującym, że nie wykazano, iż zostały podjęte przez Konsorcjum działania mające na celu ochronę danych przed ich ujawnieniem osobom niepowołanym. Otóż w złożonym wyjaśnieniu Konsorcjum jednoznacznie wskazało na podjęte przez siebie działania w celu ochrony informacji, w tym na wdrożony w firmie system zarządzania bezpieczeństwem informacji spełniający wymagania normy ISO/IEC 27001:2013 i uzyskany certyfikat Systemu Zarządzania DNV-GL. Dane dotyczące wymagań spełniających wskazaną normę ISO są powszechnie dostępne i pozwalają na przyjęcie,

że Konsorcjum podjęło odpowiednie działania mające na celu ograniczenie jawności przekazywanych informacji szczególnie w stosunku do firm konkurencyjnych.

Zamawiający stwierdził, że informacje zawarte zarówno w wyjaśnieniach i wyjaśnieniach uzupełniających złożonych przez Konsorcjum, jak i Odwołującego, bez wątplenia nie zostały przekazane do wiadomości publicznej. Kalkulacje i szacunki zostały dokonane w dużej mierze dla celów związanych z konkretnym zamówieniem. Dane zawarte w tych dokumentach są informacjami stanowiącymi wartość gospodarczą i handlową, których niewłaściwe ujawnienie może mieć negatywny wpływ na sytuację wykonawców na rynku. Informacje te zawierają bowiem dane pozwalające na ujawnienie zastosowanej przez wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, które zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą mogą być przedmiotem ochrony. Oznacza to, że informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz wyjaśnieniach uzupełniających, realizując przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 Znk, mają w okolicznościach niniejszej sprawy charakter poufny.

Zamawiający oświadczył, że „odtajnił” te dane, które w jego ocenie nie spełniają przesłanek uzasadniających zastrzeżenie poufności i udostępnił je wykonawcom. Być może w wyjaśnieniach, w części, która pozostała niejawna, pojawiają się stwierdzenia i dane, które nie mają wartości gospodarczej, jednak próba ich „odtajnienia” i fragmentarycznego udostępnienia informacji wyrwanych z kontekstu może wprowadzać w błąd i powodować powstanie niewłaściwego obrazu złożonych przez danego wykonawcę wyjaśnień. Dlatego też Zamawiający postanowił o utrzymaniu poufności tych dokumentów, poza częścią wskazaną powyżej.

W świetle powyższego stwierdzić należy, że utrzymanie przez Zamawiającego poufności zastrzeżonych wyjaśnień było działaniem prawidłowym. Konsorcjum wykazało w sposób należyty przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 Znk. Dodatkowo, ocena charakteru danych wskazanych w wyjaśnieniach w sposób jednoznaczny pozwalała Zamawiającemu ocenić, że mamy do czynienia z informacjami mającymi wartość gospodarczą i handlową, stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie zauważyć należy, że respektowanie prawa Odwołującego do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym odmawianiu takiego uprawnienia Konsorcjum, w sytuacji, gdy w obu przypadkach zastrzeżenie tajemnicy zostało należycie wykazane przez wykonawców, prowadziłoby w efekcie do ich nierównego traktowania w Postępowaniu.

Na marginesie Zamawiający zaznaczył, że nawet uznanie przez Izbę, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum było nieprawidłowe, nie powinno prowadzić to

do uznania konieczności odrzucenia oferty i kwestionowania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, ze skutkiem wpływu na wynik Postępowania.

## **II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp**

Zamawiający wyjaśnił, że po zapoznaniu się z treścią złożonych w Postępowaniu ofert, powziął wątpliwości, co do wyceny trzech ofert rozważając czy mogą one zawierać cenę rażąco niską. Ocena taka nie dotyczyła tylko oferty wybranego Konsorcjum, ale także Odwołującego. Aby wyjaśnić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwrócił się do wykonawców w dniu 12 maja 2016 r. o złożenie wyjaśnień. Podstawę wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny stanowił art. 90 ust. 1 oraz 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia zostały złożone w wyznaczonym terminie zarówno przez Odwołującego, jak i Konsorcjum, jednak w związku z tym, że nie pozwalały one na jednoznaczność ocen w tym zakresie, wskazani powyżej wykonawcy zostali wezwani do uszczegółowienia swoich wyjaśnień pismem z dnia 9 sierpnia 2016 r. Odpowiedzi zostały udzielone w terminie.

W ocenie Zamawiającego uzyskane od obu wykonawców wyjaśnienia realizują obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp i nie dają podstawy do stwierdzenia braku rzetelności obliczenia ceny w złożonych przez nich ofertach. Wbrew temu co podnosi Odwołujący, wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum nie są ogólne i lakoniczne, wskazują na poziom cen częściowych, jak też zawierają argumentację dotyczącą sposobu kalkulacji ceny w całym okresie realizacji zamówienia. W pełni wyczerpują zatem zagadnienia, których wyjaśnienie było wymagane przez Zamawiającego, natomiast zaprezentowane w uzasadnieniu odwołania twierdzenia i argumenty, które mają w wyobrażeniach Odwołującego, świadczyć o nieprawidłowej ocenie Zamawiającego, wynikają i są oparte wyłącznie na subiektywnych ocenach i analizach Odwołującego, niemających odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Zdaniem Odwołującego cena zaoferowana przez Przystępującego stanowi cenę rażąco niską w rozumieniu art. 90 Pzp, tj. nierealną, za którą nie jest możliwe prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 i 2 Znk jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami naruszające interes innego przedsiębiorcy (Odwołującego) przez utrudnianie dostępu do rynku, oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk, tj. przez zaoferowanie wykonania prac za ceny ustalone poniżej kosztów wytworzenia materiałów lub świadczenia w celu eliminacji Innych przedsiębiorców. Dla uzasadnienia swojej tezy Odwołujący przedstawia własne kalkulacje i szacunki. Tymczasem dokładna analiza samych tylko pozycji kosztowych wskazanych

w uzasadnieniu odwołania i odwołanie się do obiektywnych danych prowadzi do wniosku, że sytuacja sygnalizowana przez Odwołującego nie występuje w ofercie Konsorcjum.

Przykładowo, Odwołujący zarzuca Konsorcjum niską wycenę pozycji 20 Kosztorysu Ofertowego B.1 „Roboty drogowe”, dotyczącej wywozu nadmiaru humusu na odkład. Zdaniem Odwołującego wycena tej roboty na poziomie 6,00 zł/m<sup>3</sup> nie uwzględnia kosztów wywozu humusu poza plac budowy. Odwołujący nie wspomniał jednak, że jego wycena w tym zakresie jest najwyższą spośród wszystkich złożonych ofert (17,40 zł/m<sup>3</sup>). Jednocześnie wartość tej pozycji zaproponowana przez Konsorcjum jest zbliżona do szacunku zamawiającego (5,35 zł/m<sup>3</sup>) oraz nie odbiega od cen zaproponowanych przez większość wykonawców (średnia z ofert – 7,94 zł/m<sup>3</sup>). Wycena robót w przedmiotowym zakresie od początku nie budziła wątpliwości Zamawiającego.

Podobnie nietrafiony jest zarzut dotyczący wyceny poz. 52, 53, 54, 55, 56, 57 Kosztorysu Ofertowego B.1 „Roboty drogowe”, dotyczących wykonania przepustów i rowów krytych z rur polietylenowych HDPE spiralnie karbowanych. Według Odwołującego wycena tych robót nie uwzględnia kosztów wykonania wykopów i zasypek. Należy wskazać, że również inni wykonawcy wycenili te roboty na podobnym poziomie co Konsorcjum (np. dla poz. 52: Konsorcjum – 180,00 zł/m; BANIMEX – 192,36 zł/m; IMB-Podbeskidzie – 209,00 zł/m; Konsorcjum FART – 195,00 zł/m; FIRESTA – 188,79 zł/m; BALZOLA – 157,20 zł/m; MOSTY-ŁÓDŹ – 170,05 zł/m; STRABAG – 145,21 zł/m; ENERGOPOL – 163,80 zł/m; EUROVIA – 200,44 zł/m). Biorąc powyższe czynniki pod uwagę Zamawiający ocenił, że wycena robót w przedmiotowym zakresie nie budzi wątpliwości, tym bardziej, że poz. 52-57 dotyczą niewielkiego zakresu robót drogowych, stanowiącego ok. 0,2 % wartości oferty Konsorcjum.

Odwołujący zarzuca również Konsorcjum niską wycenę Kosztorysu Ofertowego B.1 „Roboty drogowe”, poz. 67-69, dot. wykonania podbudów betonu asfaltowego, poz. 71-76 dot. wykonania nawierzchni z betonu asfaltowego oraz poz. 78 dot. wykonania warstwy ścieralnej z SMA, powołując się na własne oszacowanie kosztów składających się na kompletne wykonanie tych robót. Zamawiający również zwrócił uwagę na te pozycje i wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień. Przedstawiło ono wiarygodne i udokumentowane wyjaśnienie swojej wyceny, które przekonały Zamawiającego co do realności wyceny. Dodatkowo należy wskazać, że również inni wykonawcy wycenili te roboty na podobnym poziomie co Konsorcjum, np.

- poz. 67: MOSTY-ŁÓDŹ – 42,07 zł/m<sup>2</sup>; FART – 39,26 zł/m<sup>2</sup>; MOTA-ENGIL – 43,45 zł/m<sup>2</sup>; BALZOLA – 47,33 zł/m<sup>2</sup>,
- poz. 69: MOSTY-ŁÓDŹ – 25,08 zł/m<sup>2</sup>; FART – 28,00 zł/m<sup>2</sup>; BUDIMEX – 19,92 zł/m<sup>2</sup>,

- poz. 71: MOSTY-ŁÓDŹ – 34,39 zł/m<sup>2</sup>; FART – 32,12 zł/m<sup>2</sup>; MOTA-ENGIL – 35,25 zł/m<sup>2</sup>,
- poz. 72: MOSTY-ŁÓDŹ – 38,16 zł/m<sup>2</sup>; FART – 35,69 zł/m<sup>2</sup>; BALZOLA – 6,70 zł/m<sup>2</sup>,
- poz. 78: MOSTY-ŁÓDŹ – 16,79 zł/m<sup>2</sup>; FART – 16,87 zł/m<sup>2</sup>; PORR – 19,43 zł/m<sup>2</sup>,  
MIRBUD – 21,71 zł/m<sup>2</sup>; BALZOLA – 21,86 zł/m<sup>2</sup>.

Odnosnie zarzutu niskiej wyceny pozycji kosztorysów C.1, C.2 i C.3 dot. wykonania pali wielkośrednicowych wierconych (wycena Konsorcjum – 135,00 zł/mb pala o średnicy 800 mm i 235,00 zł/mb pala o średnicy 1500 mm) oraz C.3, C.4, C.5 i C.7 dot. wykonania ścianek szczelnych (wycena Konsorcjum – od 300,00 do 340,00 zł/mb ścianki o wskazanej w projekcie wysokości) – pozycje te były przedmiotem wyjaśnień Konsorcjum, które wiarygodnie uzasadniło i udokumentowało swoją wycenę.

Subiektywny jest również zarzut niskiej wyceny pozycji kosztorysów C.3, C.4, C.5, C.6 i C.7 dot. zasypania przestrzeni za przyczółkami (4,80 zł/m<sup>3</sup>) przy wskazaniu, że dla analogicznych pozycji kosztorysów C.1, C.2 i C.8 Konsorcjum podało cenę 40,00 zł/m<sup>3</sup> (wyższą niż wycena Odwołującego). Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w identycznej sytuacji w swoim piśmie z dnia 27 maja 2016 r. wskazywał, że możliwa jest różna wycena tych samych robót.

Pozostałe wskazane w odwołaniu pozycje dotyczą robót, które stanowią niewielki procent wartości całej oferty, a ich szczegółowa analiza prowadzi do identycznych wniosków, jak w zakresie pozycji powyżej przywołanych.

Zamawiający podał, że w każdej ofercie można znaleźć pojedyncze przykłady cen jednostkowych znacznie odbiegających od jego szacunku oraz wycen innych wykonawców, jednak nie można wyłącznie na tej podstawie budować zarzutu rażąco niskiej ceny. Co więcej, subiektywny dobór analizowanej grupy cen jednostkowych zniekształca obraz całościowy oferty.

W orzecznictwie obecny jest również pogląd, zgodnie z którym nie jest możliwe odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny, oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż poszczególne ceny jednostkowe, czy też poszczególne elementy oferty odbiegają od cen rynkowych i są zaniżone w stosunku do kosztów świadczenia odpowiadających im prac, to okoliczność ta nie może jeszcze świadczyć o rażąco niskim poziomie całej oferty.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący z faktu prowadzenia postępowania sanacyjnego względem jednego z członków Konsorcjum, tj. KPRD sp. z o.o. wyciąga nieuzasadnione wnioski. Przede wszystkim nieuzasadnione wydaje się być

twierdzenie, że aktualna sytuacja wspomnianej spółki wynika najprawdopodobniej z oferowania cen rażąco niskich i wykonywania prac poniżej kosztów własnych. Stwierdzić jednak należy, że prowadzenie przez Sąd Rejonowy w Kielcach postępowania sanacyjnego wobec KPRD sp. z o.o. nie daje podstaw do wykluczenia tego podmiotu z Postępowania, ani do odrzucenia jego oferty. KPRD sp. z o.o. w dalszym ciągu prowadzi działalność gospodarczą i może ubiegać się o kolejne zamówienia publiczne. Jest prawdopodobne, że realizacja niniejszego zamówienia może przyczynić się do poprawy sytuacji spółki i okoliczność ta mogła mieć wpływ również na opracowanie przedmiotowej oferty. Dodatkowo należy wziąć pod uwagę, że KPRD sp. z o.o. ubiega się o przedmiotowe zamówienie wspólnie z innym wykonawcą, wobec czego odpowiada z nim solidarnie za realizację zamówienia, co zmniejsza ryzyko niewykonania zamówienia. Na marginesie Zamawiający podkreślił, że zgodnie z dokumentami złożonymi wraz z ofertą, każdy z członków Konsorcjum z osobna spełniał warunki ekonomiczno-finansowe udziału w Postępowaniu na dzień złożenia ofert.

Zamawiający podał, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

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. Ocena wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum doprowadziła Zamawiającego do przekonania, że zaoferowana przez w/w cena jest realna i zapewnia wykonanie zamówienia w sposób należyty.

### **III. Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp**

Zamawiający stwierdził, że nie występuje w okolicznościach sprawy sytuacja „utrudniania dostępu do rynku innym przedsiębiorcom”, o której stanowi art. 15 Znk. Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowanie, które narusza mechanizm uczciwej konkurencji. Pojęcie „dostępu do rynku zamówień publicznych” należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych. Sprzeczne z istotą konkurencji jest takie „utrudnianie”, które podlega na



podejmowaniu działań, które uniemożliwią innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, tj. głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności ulega ograniczeniu.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcy konkurują ceną, a tym samym uprawnione jest przyjęcie, że mogą oferować ceny towarów lub usług na niskim poziomie, a ponadto, iż wykonawca samodzielnie decyduje o metodach kalkulacji ceny oraz uzasadnieniu poszczególnych elementów, wpływających na jej wysokość. Jeżeli więc akceptuje się zasadę swobodnego (rynkowego, czy umownego) ustalania cen i znaczenie konkurencji cenowej w gospodarce rynkowej, to dozwolona musi być także metoda kalkulacji ceny, tak w sposób jawny, jak i ukryty.

Biorąc pod uwagę powyższe, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie zachodzi przypadek czynu nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk). Przywołany powyżej zarzut zbudowany został na przyjęciu przez Odwołującego, iż Konsorcjum zaniżyło stawki dla poszczególnych prac i tym samym nie tylko złożyło ofertę niezgodną z SIWZ, ale także utrudniło w sposób niedopuszczalny dostęp do rynku poprzez pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawców, którzy zdecydowali się wycenić ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Na podstawie dokonanej analizy cen całkowitych ofert i cen jednostkowych, o czym szczegółowo była mowa powyżej. Zamawiający oświadczył, że nie stwierdził, aby zaoferowane ceny wskazywały na fakt, iż Przystępujący nie uwzględnił w cenie oferty pełnego zakresu zamówienia lub że jest to cena nierealna. Dlatego też postawiony przez odwołującego zarzut w tym zakresie nie znajduje uzasadnienia.

Zamawiający podał, że sam odwołujący w odpowiedzi na wezwanie (pismo ADHW/659/2016 z dnia 19 sierpnia 2016 r.) stwierdził, że „zapisy SIWZ nie zawierały dalej idących wymagań odnośnie sposobu kalkulacji ceny ofertowej, czy cen jednostkowych. W szczególności Zamawiający nie zawarł wymogu, aby każda cena jednostkowa uwzględniała identyczne narzuty cenowe, identyczną wycenę ryzyka, identyczny zysk, w konsekwencji czego pozycje o zbliżonym zakresie robót i zbliżonych kosztach nie musiały zostać wycenione przez Wykonawcę w Identyfikacyjny sposób. Co za tym idzie nawet jeśli Zamawiający miał pewne oczekiwania odnośnie tego, w jaki sposób winny być wycenione poszczególne pozycje Kosztorysu ofertowego, Wykonawca – właśnie z uwagi na brak stosownych zapisów SIWZ – nie miał obowiązku ich spełnić”. Tym właśnie stanowiskiem Zamawiający kierował się dokonując oceny złożonych przez wykonawców wyjaśnień, stąd niezrozumiałe jest, że na obecnym etapie Odwołujący zmienia zdanie, twierdząc że

„mając na względzie charakter wynagrodzenia, przyjąć należy, że każda pozycja kosztorysowa miała być realna, obejmująca rzeczywiste koszty wykonania danej pozycji”.

Nie sposób również zgodzić się z Odwołującym, że za czyn nieuczciwej konkurencji w przedmiotowym przypadku uznać należy także zachowanie Konsorcjum polegające na „przerzucaniu” kosztów między poszczególnymi cenami jednostkowymi. Zarzut ten jest oparty na subiektywnej ocenie Odwołującego i w okolicznościach niniejszej sprawy nie znajduje uzasadnienia. W sytuacji gdy występowała możliwość wykonania zadań z kilku pozycji wspólnym kosztem lub z uwagi na łączny zakup towarów bądź usług ujętych w kilku pozycjach istniała możliwość obniżenia ogólnych kosztów (uzyskanie rabatów, upustów), brak wskazania konkretnego algorytmu na taki wypadek uniemożliwia przyjęcie jednego standardu wypełnienia TER, dając wykonawcy swobodę w kształtowaniu ceny ofertowej. W przedmiotowym przypadku SIWZ pozostawiała wykonawcom dowolność w tym zakresie. Dlatego też sposób dokonania wyceny przez Konsorcjum uznać należy za dopuszczalny. Co więcej, „przerzucanie” kosztów pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi występowało nie tylko w ofercie złożonej przez Konsorcjum, ale w większości złożonych ofert, w tym także przedstawionej przez Odwołującego. Praktyka taka nie dotyczy tylko tego Postępowania. Jest dostrzegalna w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach i mając na uwadze częstotliwość jej stosowania, można uznać ją za powszechną.

#### **IV. Zarzut naruszenia art. 7 Pzp**

Zamawiający stwierdził, że zarzut ten nie znajduje uzasadnienia w świetle wyżej podniesionych twierdzeń. Przepis art. 7 Pzp odnosi się do generalnych zasad prowadzenia postępowań przetargowych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przedmiotowe postępowanie prowadzone było z zachowaniem ww. zasad, a wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został zgodnie z przepisami,

W świetle powyższego, Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutów odwołania jako oczywiście bezzasadnych, podkreślając jednocześnie, że Odwołujący nie udowodnił w żaden sposób, że oferta Konsorcjum w jakikolwiek sposób narusza prawo, czy dobre obyczaje i że miała na celu wyeliminowanie Odwołującego z rynku, a zgodnie z zasadą ciężaru dowodu, którą statuuje art. 6 K.c. – ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum, wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 19 września 2016 r. przedstawiło następującą argumentację na poparcie tego wniosku.

## **I. Zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny**

### **I.1. Uwagi ogólne**

Zgłaszający przystąpienie stwierdził, że zarzuty odwołania w tym zakresie należy uznać za bezpodstawne. Zaistnienie tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozpatrywać odnosząc się do konkretnego przypadku w danych okolicznościach faktycznych sprawy. W niniejszej sprawie Konsorcjum zasadnie zastrzegło przekazane w piśmie z dnia 27 maja 2016 r. i 22 sierpnia 2016 r. informacje tajemnicą przedsiębiorstwa. W świetle art. 11 ust. 4 Znk tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W świetle tej definicji powszechnym jest przekonanie, że aby informacje mogły zostać uznane za podlegające ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkie okoliczności w tym przepisie przywołane spełnić muszą się w odniesieniu do nich łącznie, a zatem informacje te muszą być informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą, nie mogą być one ujawnione do wiadomości publicznej, a nadto przedsiębiorca musi podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przytoczony powyżej przepis Znk wymienia przykładowo rodzaje informacji, jakie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa. Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić również innego rodzaju informacje, np. informacje o kontrahentach itp. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawiać realną wartość, zwłaszcza dla konkurencji w danej branży na rynku.

Informacje, których udostępnienia domaga się Odwołujący, podane w wyjaśnieniach Konsorcjum z 27 maja 2016 r. i 22 sierpnia 2016 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów, a zgłaszający przystąpienie zastrzegł i wykazał powyższą okoliczność w swoim piśmie. Konsekwencją zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. wyjaśnień jest konieczność objęcia tą tajemnicą również wezwań Zamawiającego do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz protokołów z oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

### **I.2. zarzut zaniechania dokonania przez Zamawiającego oceny skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum wyjaśnień**

W ocenie Konsorcjum zarzut ten został oparty na przyjętym błędnie założeniu, że badanie takie nie zostało przeprowadzone przez Zamawiającego. Tymczasem – jak wynika z dokumentacji Postępowania oraz samej treści odwołania –

Zamawiający udostępnił Odwołującemu treść pierwotnego wezwania do złożenia wyjaśnień, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum i przywołane przez Konsorcjum wyroki KIO. Powyższe dowodzi, iż Zamawiający w sposób bardzo wnikliwy dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia w odniesieniu do poszczególnych informacji.

Zgłaszający przystąpienie podkreślił, że zarówno w odpowiedzi na pierwsze, jak i drugie wezwanie Zamawiającego wskazał na szereg okoliczności, które miały wpływ na kalkulację ceny oraz przedstawiają, w jaki konkretnie sposób pozwoliły one na kalkulację ceny ofertowej na takim poziomie. Wyjaśnienia te mają charakter tekstu ciągłego, stanowią integralną całość – chociażby z tego względu nie jest możliwym wyodrębnienie z nich samodzielnych, niezależnych części, bez uszczerbku dla całości. Ich charakter jest inny niż np. wykazu doświadczenia, który zazwyczaj stanowi tabelaryczne zestawienie określonych informacji, z których stosunkowo łatwo wydzielić pojedyncze informacje. Złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia podlegają utajnieniu w całości nie tylko przez sposób prezentacji zawartych w nich informacji, ale przede wszystkim z uwagi na samą ich treść. Wyjaśnienia te obrazują bowiem sposób kalkulacji ceny ofertowej, co stanowi informację obiektywnie istotną, wpisującą się w legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na kalkulację ceny zostały zatem skutecznie utajnione. Tym samym inni wykonawcy, w tym Odwołujący, nie mogli się z nimi zapoznać, a odmowa udostępnienia tych wyjaśnień jest w pełni dopuszczalna na gruncie obowiązujących przepisów. Stąd też Zamawiający zasadnie potraktował przedmiotowe wyjaśnienia, jako jednolity dokument, uznając tym samym, iż informacje w nim zawarte mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego zgłaszający przystąpienie podał, iż zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia okoliczności niedokonania oceny zasadności „utajnienia” wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wobec niewykazania tego faktu nie sposób uznać, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przez respektowanie poczynionego i uzasadnionego zastrzeżenia. W piśmie z dnia 27 maja 2016 r. Konsorcjum wskazało jakie okoliczności przemawiają za uznaniem informacji w tym piśmie zawartych za podlegające ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśniono co przemawia za tym, że informacjom tym przypisać można wartość gospodarczą, a nadto zastrzeżono, iż są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz że zapewniony został w stosunku do nich „najwyższy stopień poufności” przez wdrożenie Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji (dalej „SZBI”) spełniającego wymagania normy ISO/IEC 27001:2013 i uzyskanie Certyfikatu Zarządzania DNV-GL. Powołanie się na te okoliczności w sposób oczywisty oznacza, że spełnione zostały wobec zastrzeżonych informacji przesłanki określone w art. 11 ust. 4

Znk, w tym utrzymanie informacji w poufności oraz nieujawnianie ich do wiadomości publicznej, tym bardziej, że obowiązujące procedury u obu z partnerów przełożyły się na odpowiednie postanowienia umowy konsorcjum, zobowiązując obie strony do zachowania poufności. Jednocześnie pracownicy partnera zobowiązani są do podpisywania zobowiązań do przestrzegania regulacji związanych z procedura SZBI oraz oświadczeń o zachowaniu w poufności informacji. KRPD sp. z o.o. zobowiązało pracowników mających dostęp do informacji chronionych, do zachowania ich w tajemnicy.

### **I.3. Zarzut niezasadnego utajnienia dokumentów**

Konsorcjum podkreśliło, że w kontekście przepisu art. 8 ust. 3 Pzp oraz postanowień SIWZ za niezasadne należy uznać stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym powinno przedstawić stosowne dowody na to, że dane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Brzmienie ww. przepisu wymaga wyłącznie wykazania, nie udowodnienia określonymi dokumentami, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważyć również należy, że Zamawiający określił sposób, w jaki wykonawcy mieli wykazać zasadność takiego zastrzeżenia. Zgodnie z pkt 9.13 SIWZ „w przypadku gdyby oferta, oświadczenia lub dokumenty zawierały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca powinien w sposób niebudzący wątpliwości zastrzec, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz załączyć stosowne wyjaśnienia zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp (...)”.

Przystępujący zastrzegając informacje przekazywane Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 27 maja 2016 r. i 22 sierpnia 2016 r. tajemnicą przedsiębiorstwa, zadośćuczynił wymaganiom Pzp, a w szczególności postanowieniom SIWZ. Złożył stosowne wyjaśnienia odnosząc się do wszystkich okoliczności w piśmie z dnia 27 maja 2016 r. zawierającym uzasadnienie objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Konsorcjum odtajnienie danych uwzględnionych w wyjaśnieniach, które zostały poddane dokładnej analizie w powiązaniu z informacjami opisowymi zawartymi w wyjaśnieniach, co do pozycji kosztowych, w zakresie których miał wątpliwości Zamawiający, umożliwiłoby konkurencji pozyskanie informacji handlowej obu konsorcjantów, która posiada wartość gospodarczą i zwyczajowo jest chroniona przez przedsiębiorców na tym rynku. Kalkulacje ceny oferty są każdorazowo przygotowywane indywidualnie dla każdego zamówienia, z uwzględnieniem jego specyficznych warunków. Każdy taki projekt wymaga przygotowania odrębnej koncepcji realizacji robót, szczegółowej analizy warunków realizacji oraz w związku z tym przyjęcia odpowiedniej strategii kalkulacji ceny oferty. Prace te opierają się bez wątpienia na wiedzy i doświadczeniu wykonawcy,

potencjale technicznym i osobowym, kontaktach handlowych itp. Sposób kalkulacji ceny odzwierciedla więc *de facto* konkretne „zasoby” przedsiębiorcy, dzięki którym ugruntowana jest jego pozycja na rynku. Na okoliczność tą powoływał się Przystępujący na str. 1 wyjaśnień z dnia 27 maja 2016 r.

Ostatnia z przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa również została wykazana w piśmie z dnia 27 maja 2016 r. Wykazano w nim w sposób niebudzący wątpliwości, że informacje, których ujawnienia domaga się Odwołujący, są chronione przez tego wykonawcę jako tajemnica handlowa. Dowodzą tego obowiązujące w VISTAL S.A. procedury, a przede wszystkim wdrożenie SZBI spełniającego wymagania normy ISO/IEC 27001:2013. Z dokumentu tego wynika m.in. iż w VISTAL S.A. chronione są m.in. informacje dot. wykonywania usług. Każdy z pracowników podpisał zobowiązanie na przygotowanym formularzu do zastosowania się do zasad ochrony informacji, potwierdzając jednocześnie zapoznanie się z SZBI. Zgodnie z tym dokumentem ten rodzaj informacji, którego dotyczy odwołanie (informacje związane z udziałem firmy VISTAL S.A. w przetargach) stanowią dane przeznaczone wyłącznie dla ograniczonej liczby osób, a zatem nie były udostępniane do wiadomości publicznej. Przyjęta przez grupę VISTAL polityka bezpieczeństwa informacji wpisuje się w założenia Doktryny Cyberbezpieczeństwa RP. Umową konsorcjum zawartą w dniu 28 października 2015 r. strony zobowiązały się m.in. do nieprzekazywania osobom trzecim jakichkolwiek informacji dotyczących oferty przygotowywanej przez strony niniejszej umowy, w szczególności cen jednostkowych oraz danych dotyczących kontraktu. Lider konsorcjum również w swoim przedsiębiorstwie wdrożył wewnętrzne procedury, zobowiązując każdego z pracowników do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji dotyczących spraw technicznych, technologicznych, handlowych, marketingowych, finansowych i organizacyjnych dot. KPRD sp. z o.o. przez podpisanie stosownych oświadczeń. Dostrzeżenia wymaga przy tym, że w odwołaniu nie zostało wykazane przez Odwołującego, że dane zastrzeżone w wyjaśnieniach Konsorcjum w zakresie zaskarżonym w odwołaniu, zostały w jakikolwiek sposób wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej, co dyskwalifikowałoby te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z ostrożności zgłaszający przystąpienie zwrócił uwagę, że zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych możliwe jest wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiocie zasadności zastrzeżenia.

## **II. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny**

Wbrew twierdzeniom Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie było podstaw do badania cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny.

*Ad casum* ceny jednostkowe służyły wyliczeniu ceny oferty za kompleksowe wykonanie roboty budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia. Zgodnie z pkt 10.9 IDW, cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Jak wynika również z postanowień kontraktu, wynagrodzenie wykonawcy, może przekroczyć cenę oferty jedynie o niewielki procent określony przez Zamawiającego. Badaniu pod kątem ustalenia rażąco niskiej ceny podlega w takim wypadku ostateczna cena oferty. Oczywiście Zamawiający jest uprawniony do wyjaśnienia poszczególnych cenotwórczych elementów oferty, mających wpływ na ostateczną cenę oferty, co nie oznacza jeszcze, że wyjaśnieniu powinny podlegać wszystkie pozycje kosztorysu, które zostały wycenione na poziomie niższym niż przez niektórych wykonawców, w tym Odwołującego (na marginesie należy zaznaczyć, że niektóre pozycje w kosztorysach zostały przez Odwołującego wycenione niżej niż ma to miejsce w przypadku oferty Konsorcjum).

Wyjaśnieniu w niniejszym postępowaniu podlegała całkowita cena oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia, a także niektóre (najważniejsze) jej elementy składowe, a nie wszystkie ceny jednostkowe. Ponadto, należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2016 r. wezwał zgłaszającego przystąpienie do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający wyraźnie wskazał w treści tego pisma (pierwszy akapit), że wzywa do złożenia wyjaśnień „w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWI), zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Państwa oferty oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty”. W dalszej części pisma Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości cena oferty ogółem, jak i „jej najważniejsze elementy mające znaczący wpływ na wysokość ceny, tj. łączna wartość robót branży drogowej i łączna wartość robót branży obiektów inżynierskich”. Zamawiający badał więc ofertę w dwóch aspektach. Po pierwsze, wyjaśniał realność całkowitej ceny oferty, jak i jej najważniejszych elementów składowych, a po drugie – weryfikował, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Stąd w wezwaniu żądał nie tylko wskazania w jaki sposób zgłaszający przystąpienie kalkulował wskazane przez Zamawiającego pozycje, ale też potwierdzenia, że w ofercie uwzględnione zostały wszystkie wymagania Zamawiającego, a także (w niektórych przypadkach) – wyjaśnienia w jaki sposób zostały uwzględnione te wymagania.

Konsorcjum, pismem z dnia 27 maja 2015 r., udzieliło wyczerpujących wyjaśnień w odniesieniu do poszczególnych wątpliwości Zamawiającego. Przedstawiło również dowody potwierdzające prawidłowość założeń i realność zastosowanych cen. W przypadkach, w których było to konieczne wyjaśniło, w jaki sposób (w tym wyjaśniło zastosowane

optymalizację kosztów) i w oparciu o jakie oferty dostawców dokonał kalkulacji cen jednostkowych, wskazanych w kosztorysach ofertowych. W koniecznym zakresie odniosło się również do cen jednostkowych innych ofert w Postępowaniu, ponieważ: (1) ceny te w wielu ofertach (w tym w ofercie Odwołującego) były niższe niż w ofercie zgłaszającego przystąpienie (np. odpowiedź na pkt 18, 20, 21, 26 wezwania), (2) w niektórych pozycjach podlegających wyjaśnieniu ceny jednostkowe Konsorcjum były wyższe (nawet o 33,22 % – odpowiedź na pkt 17 wezwania, czy o 3,35% – odpowiedź na pkt 25 wezwania), (3) ich poziom wskazuje na możliwość przeszacowania kosztorysu inwestorskiego w zakresie niektórych pozycji. W celu rozwiania wszystkich wątpliwości Zamawiającego, pismem z dnia 22 sierpnia 2016 r., Konsorcjum złożyło dodatkowe wyjaśnienia (w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 9 sierpnia 2016 r.), pomimo tego, że uważało poprzednie wyjaśnienia za wystarczające dla potwierdzenia prawidłowości dokonanej kalkulacji (str. 17-22 wyjaśnień). Złożone wyjaśnienia zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające z punktu widzenia wykazania realności ceny oferty i zgodności jej treści z SIWZ.

Na marginesie – jako że w tym zakresie Odwołujący nie postawił zarzutu, a Izba nie może orzekać ponad zarzuty postawione w odwołaniu – zgłaszający przystąpienie wskazał, że Zamawiający nie mógł odrzucić jego oferty powołując się na jej rażąco niską cenę przed wyjaśnieniem wszystkich swoich wątpliwości (objętych treścią drugiego wezwania), ponieważ oferta może być odrzucona wyłącznie w sytuacji, kiedy wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 Pzp) lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp (również po stwierdzeniu, że oferta zawiera rażąco niską cenę). Zatem Zamawiający odrzucając ofertę powinien być przekonany co do rażąco niskiej ceny, a sytuacja taka nie miała miejsca w Postępowaniu.

Konsorcjum stwierdziło, że ceny ofert w były znacznie zróżnicowane, a cena oferty Odwołującego (87.813.956,55 zł), w stosunku do ofert najdroższych (123.754.355,13 zł), czy też kolejnych – 122.865.606,08 zł, 117.438.508,09 zł) jest w podobnym stopniu „rażąco niska” jak cena oferty zgłaszającego przystąpienie (79.734.244,79 zł). Oferty te można wręcz pogrupować według wyraźnych przedziałów cenowych: (1) ponad 110 mln – 6 ofert (ceny te istotnie zawiążyły średnią arytmetyczną cen ofert), (2) poniżej 110 mln a powyżej 90 mln – 10 ofert, (3) poniżej 90 mln – 4 oferty (w tym Konsorcjum i Odwołującego).

Zgłaszający przystąpienie podkreślił również, że Odwołujący kwestionuje prawidłowość cen jednostkowych w pozycjach kosztorysu, które nie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego (nie były objęte wezwaniem do wyjaśnienia). Dotyczy to pozycji ze str. 9-14



odwołania [lit. a) – d) oraz f) – k)], wobec czego w tym zakresie – zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 190 ust. 1 Pzp – ciężar wykazania zasadności podnoszonych w tym zakresie zarzutów spoczywa na Odwołującym. Odwołujący ograniczył się do zakwestionowania tych pozycji oraz przedstawienia w tym zakresie swojego stanowiska, co nie jest wystarczające do uznania, iż sprostął obowiązkowi wykazania swoich twierdzeń.

### **III. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z treścią SIWZ**

Konsorcjum stwierdziło, że Odwołujący formułując zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ wskazał jedynie na niezgodność tej oferty z wymaganiami określonymi w pkt 10.4 – „Opis sposobu obliczenia ceny”. Zamawiający w punkcie tym wymagał, aby „Kosztorysy ofertowe, o których mowa w pkt. 10.1, zostały sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji w nim wymienionych. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie”. Odwołujący upatruje niezgodności oferty zgłaszającego przystąpienie z SIWZ w poczynionym założeniu, iż „każda pozycja kosztorysowa miała być realna, obejmująca rzeczywiste koszty wykonania danej pozycji”. Abstrahując już od oceny cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach Konsorcjum, w szczególności czy są one „nierealne” (co stanowi raczej kontynuację zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny), należy zwrócić uwagę, iż takiego wymogu nie da się wywieść z pkt 10.4 SIWZ, który odnosząc się do sposobu obliczenia ceny, nakazywał określenie cen jednostkowych netto dla każdej pozycji kosztorysu. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że w kwestionowanych pozycjach ceny jednostkowe są nierealne i nie obejmują rzeczywistych kosztów wykonania danej pozycji, wobec czego brak jest możliwości zajęcia w tym zakresie szerszego stanowiska przez zgłaszającego przystąpienie.

Zauważenia też wymaga, że Odwołujący przyznaje (str. 18 odwołania), że „Zamawiający wprost nie nałożył obowiązku zawarcia w jednej pozycji kosztorysu wszystkich kosztów związanych z wykonaniem roboty objętej konkretną pozycją”, wskazując jednak, że taki obowiązek wynikał z charakteru przyjętego wynagrodzenia, nie przedstawiając w tym zakresie szerszej argumentacji. Obowiązek zawarcia w jednej pozycji kosztorysu wszystkich kosztów związanych z wykonaniem roboty objętej konkretną pozycją Odwołujący wywiódł powołując się na orzeczenia wydane w odmiennych stanach faktycznych.

Konsorcjum wyjaśniło, że zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność treści oferty z SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna

oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest odmienna w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji, niż to w SIWZ określił Zamawiający. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot roboty budowlanej, dostawy, czy usługi, nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

W konsekwencji argumentacja przedstawiona na poparcie zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum z SIWZ w istocie stanowi kontynuację uzasadnienia dla zarzutu zaniechania jej odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny, co z resztą wprost wynika z ostatniego zdania w tej części odwołania, w którym Odwołujący stwierdza, że w świetle powyższego cena ofertowa Konsorcjum jest rażąco niska.

#### **IV. Zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji**

Odwołujący postawił tezę, że rzekome zniżenie cen jednostkowych w ofercie Przystępującego, wpływające na cenę całkowitą oferty, nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (czyn z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk). Odwołujący wskazał, że nie jest możliwa uczciwa konkurencja z wykonawcą, który w swoich kosztach nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący uważa, że oszczędności Zamawiającego będą pozorne i zakłada brak możliwości wykonania zamówienia, a w konsekwencji poniesienie przez Zamawiającego dodatkowych kosztów.

W zakresie tak sformułowanego zarzutu zgłaszający przystąpienie podniósł, że cena jego oferty została skalkulowana prawidłowo, jest ceną rynkową, pozwalającą na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, ich prawidłowe ukończenie oraz osiągnięcia zysku. Okoliczności te zostały wykazane na etapie składanych wyjaśnień, a Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego, na którym mógłby oprzeć swoje twierdzenia.

Nie sposób nie zauważyć, że w istocie Odwołujący domaga się odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, przedstawiając jako uzasadnienie dla tego żądania argumentację typową dla wykazywania zarzutu rażąco niskiej ceny. Jak podnosi się jednolicie w orzecznictwie dla odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie jest wystarczające wykazanie złożenia oferty z ceną rażąco niską

w stosunku do przedmiotu zamówienia, co – jak wskazano wyżej – nie miało miejsca. Podnoszony przez Odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk musi być nakierowany na eliminację z rynku innych przedsiębiorców, co w żaden sposób nie zostało wykazane przez Odwołującego, pomimo ciężącego na nim obowiązku w tym zakresie.

Odwołujący nie wykazał postawionej przez siebie tezy, aby zgłaszający przystąpienie „przerzucił koszty pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi” w celu manipulowania cenami jednostkowymi, nie mówiąc już o wykazaniu, że w ten sposób doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Co więcej nie sposób w tym zakresie uznać, że zarzut został w ogóle postawiony. Zgodnie bowiem z jednolitym orzecznictwem KIO, zarzut konstytuowany jest nie tylko przez wskazanie podstawy prawnej (tj. wskazanie przepisu Pzp, którego naruszenie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu), ale także przez określenie okoliczności faktycznych, które zakreślą granice rozpoznania odwołania. Odwołujący, by możliwe było rozpoznanie zasadności zarzutu w tym zakresie, powinien wskazać konkretne pozycje kosztorysu Przystępującego, w których – jego zdaniem – nastąpiło przeliczanie kosztów pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi w celu manipulowania cenami jednostkowymi.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów załączonych do pisma procesowego – Polityki Bezpieczeństwa Informacji, Certyfikatu Systemu Zarządzania DNV GL, Dokumentacji SZBI – Identyfikacja i zarządzanie Informacją, Zarządzenia z dnia 29 czerwca 2012 r. w sprawie wdrożenia SZBI, Zarządzenia nr 1 z dnia 12 grudnia 2014 r. w sprawie powołania Administratora Bezpieczeństwa Informacji w Vistal Gdynia S.A., przykładowego upoważnienia do dostępu do informacji i/lub przetwarzania danych osobowych, przykładowego oświadczenia pracownika KPRD sp. z o.o., wyciągu z umowy konsorcjum z dnia 28 października 2015 r. (dowód „DP1”).

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymały przedstawione powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. kalkulacji własnej poz. 20 („Nadmiar humusu na odkład”) kosztorysu ofertowego B.1 – dowód „DO1”),
2. wydruku mapy z lokalizacją najbliższego planowanej inwestycji miejsca składowania humusu – dowód „DO2”,
3. 2 ofert kontrahentów odwołującego na transport humusu samochodem 4-osiowym (dokumenty bez dat) – dowody „DO3”,

4. wyciągu z KNR 2-01 – dowód „DO4”),

na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót ujętych pod poz. 20 kosztorysu ofertowego B.1 i kwoty niedoszacowania oferty Konsorcjum w przedmiotowym zakresie,

5. kalkulacji własnej poz. 52-56 (rozdział „Przepusty i rowy kryte z rur polietylenowych HDPE spiralnie karbowanych”) kosztorysu ofertowego B.1 – dowód „DO5”,

6. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 27 października 2015 r. na pospółkę i piasek zasypowy – dowód „DO6”,

7. zestawienia ofert na rury HDPE wraz z wyciągami z ofert kontrahenta Odwołującego z dnia 27 października 2015 r., 18 stycznia 2016 r., 27 maja 2015 r. i 3 czerwca 2015 r. na ich dostawę – dowody „DO7”,

8. wyciągu z KNR 2-01 – dowód „DO8”,

9. przekroju poprzecznego przepustu z rury HDPE karbowanej – dowód „DO9”,

na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót ujętych pod poz. 52-56 kosztorysu ofertowego B.1 i kwoty niedoszacowania oferty Konsorcjum w przedmiotowym zakresie,

10. kalkulacji własnej poz. 67-69, 71-76 i 78 (roboty bitumiczne) kosztorysu ofertowego B.1 – dowód „DO10”,

11. porównania kosztów wykonania robót ujętych w ww. pozycjach kosztorysowych w ofertach 4 wykonawców, w tym Odwołującego i Przystępującego – dowód „DO11”,

12. oferty kontrahenta Odwołującego z 2 marca 2016 r. na produkcję mieszanek mineralno-asfaltowych – dowód „DO12”,

13. 2 ofert kontrahentów Odwołującego na transport masy bitumicznej samochodem samowładoczym (dokumenty bez dat) – dowody „DO13”,

14. symulacji kosztów ułożenia mieszanki mineralno-bitumicznej na trasie głównej i poza nią – dowód „DO14”,

15. 2 symulacji kosztów wyprodukowania mieszanek 6 rodzajów mineralno-bitumicznych w ilościach niezbędnych do realizacji zamówienia (na podstawie ofert z lutego i września 2016 r.) – dowody „DO15”,

16. zestawienia kosztów produkcji i transportu asfaltu – dowód „DO16”,

17. symulacji kosztów kruszywa do górnych warstw nawierzchni – dowód „DO17”,

18. symulacji kosztów kruszywa do dolnych warstw – dowód „DO18”,

19. 2 wykresów obrazujących zmiany cen asfaltu w latach 2010-2016 – dowody „DO19”,
20. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 23 stycznia 2015 r. na dostawę kruszyw – dowód „DO20”,
21. oferty kontrahenta Odwołującego na dostawę kamienia (dokument bez daty) – dowód „DO21”,
22. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 3 grudnia 2015 r. na dostawę mieszanek – dowód „DO22”,
23. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 2 grudnia 2015 r. na dostawę kruszyw – dowód „DO23”,
24. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2015 r. na dostawę grysów i mieszanek – dowód „DO24”,
25. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 7 października 2015 r. na dostawę kruszywa – dowód „DO25”,
26. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 23 listopada 2015 r. na dostawę kruszyw – dowód „DO26”,
27. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 6 marca 2015 r. na dostawę kruszyw – dowód „DO27”,
28. 4 cenników asfaltów drogowych – dowody „DO28”,  
na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót ujętych pod poz. 67-69, 71-76 i 78 kosztorysu ofertowego B.1 i kwoty niedoszacowania oferty Konsorcjum w przedmiotowym zakresie,
29. kalkulacji własnej poz. obejmujących montaż desek gzymsowych w kosztorysach ofertowych C – dowód „DO29”,
30. porównania cen Przystępującego z cenami rynkowymi – dowód „DO30”,
31. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 6 listopada 2015 r. na dostawę desek gzymsowych – dowód „DO31”,
32. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 29 października 2015 r. na dostawę prefabrykatów – dowód „DO32”,  
na okoliczność minimalnych kosztów robót polegających na montażu desek gzymsowych na obiektach i kwoty niedoszacowania oferty Konsorcjum w przedmiotowym zakresie,
33. kalkulacji własnej poz. 2 (roboty bitumiczne) kosztorysu ofertowego C.1 Obiekt PZ-01 – dowód „DO33”,

34. wyciągu z projektu wykonawczego dotyczącego obiektu mostowego PZ-01 wraz z 2 rysunkami technicznymi – dowody „DO34”,
35. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 27 lipca 2015 r. na usługę wbicia i dzierżawy ścianki stalowej – dowód „DO35”,
36. projektu technologicznego pn.: „Projekt obudowy wykopów pod podpory P1 i P2” sporządzonego na zlecenie Odwołującego – dowód „DO36”,

na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót ujętych pod poz. 2 kosztorysu ofertowego C.1 i kwoty niedoszacowania oferty Konsorcjum w przedmiotowym zakresie,

37. kalkulacji własnej poz. 5 kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02, poz. 8 kosztorysu ofertowego C.4 Obiekt WD-04, poz. 8 kosztorysu ofertowego C.5 Obiekt WD-05, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.6 Obiekt WD-06, poz. 9 kosztorysu ofertowego C.7 Obiekt WD-07 (zasypywanie przestrzeni za przyczółkami) – dowód „DO 37”,
38. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 27 października 2015 r. na dostawę pospóły i piasku zasypowego – dowód „DO38”,

na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót ujętych pod poz. 5 kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02, poz. 8 kosztorysu ofertowego C.4 Obiekt WD-04, poz. 8 kosztorysu ofertowego C.5 Obiekt WD-05, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.6 Obiekt WD-06, poz. 9 kosztorysu ofertowego C.7 Obiekt WD-07 i kwoty niedoszacowania oferty Konsorcjum w przedmiotowym zakresie,

39. kalkulacji własnej poz. 6 kosztorysu ofertowego C.1 Obiekt PZ-01, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.2 Obiekt PZ-03, poz. 6 kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02 (pale wielkośrednicowe wiercone) – dowód „DO 39”,
40. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 18 września 2014 r. na wiercenie otworu pala z wbudowaniem dostarczonego zbrojenia i mieszanki betonowej  $\varnothing 1500\text{mm}$  – dowód „DO40”,
41. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 22 maja 2015 r. na wiercenie otworu pala z wbudowaniem dostarczonego zbrojenia i mieszanki betonowej  $\varnothing 1200\text{mm}$  – dowód „DO41”,
42. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 29 października 2015 r. na dostawę mieszanek betonowych – dowód „DO42”,

na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót ujętych pod poz. 6 kosztorysu ofertowego C.1 Obiekt PZ-01, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.2 Obiekt PZ-03, poz. 6

kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02 i kwoty niedoszacowania oferty Konsorcjum w przedmiotowym zakresie,

43. kalkulacji własnej poz. 8-11a kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02, poz. 8a kosztorysu ofertowego C.4 Obiekt WD-04, poz. 8a kosztorysu ofertowego C.5 Obiekt WD-05, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.6 Obiekt WD-06, poz. 9a kosztorysu ofertowego C.7 Obiekt WD-07 (ścianka szczelna) – dowód „DO 43”,
44. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 18 września 2014 r. na usługę wbicia ścianki traconej – dowód „DO44”,
45. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 13 października 2014 r. na usługę wbicia grodziec stalowych – dowód „DO45”,
46. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 27 lipca 2015 r. na usługę wbicia ścianki traconej – dowód „DO46”,
47. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 28 maja 2015 r. na usługę wbicia grodziec stalowych – dowód „DO47”,
48. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 24 czerwca 2015 r. na dostawę i budowę ścianki szczelnej traconej – dowód „DO48”,
49. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 18 czerwca 2015 r. na usługę wbicia grodziec stalowych – dowód „DO49”,
50. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 22 czerwca 2015 r. na usługę wbicia z postawieniem grodziec stalowych – dowód „DO50”,

na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót ujętych w poz. 8-11a kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02, poz. 8a kosztorysu ofertowego C.4 Obiekt WD-04, poz. 8a kosztorysu ofertowego C.5 Obiekt WD-05, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.6 Obiekt WD-06, poz. 9a kosztorysu ofertowego C.7 Obiekt WD-07 i kwoty niedoszacowania oferty Konsorcjum w przedmiotowym zakresie,

51. zestawienia piaskowni zlokalizowanych w niewielkiej odległości od miejsca realizacji inwestycji wraz z wydrukami map dotyczących ich położenia – na okoliczność nieprawidłowości założeń Przystępującego odnoszących się do kalkulacji poz. 20 kosztorysu ofertowego B.1 – dowód „DO51”,
52. przekroju poprzecznego i podłużnego przepustu z rur HDPE karbowanych – dowód „DO52” – na okoliczność nieprawidłowości założeń Przystępującego odnoszących się do kalkulacji poz. 52-56 kosztorysu ofertowego B.1
53. 2 kalkulacji własnych dotyczących kosztów prowadzenia własnej wytwórni mieszanek przez Odwołującego – dowody „DO53” – na okoliczność kosztów prowadzenia własnej wytwórni mieszanek,

54. oferty kontrahenta Odwołującego z dnia 27 września 2016 r. na dostawę kruszyw – dowód „DO54”,
55. zestawienia poniesionych przez Odwołującego w latach 2009-2016 kosztów zakupu asfaltu u producentów – dowód „DO55”,
56. symulacji kosztów wyprodukowania mieszanek 6 rodzajów mineralno-bitumicznych w ilościach niezbędnych do realizacji zamówienia (na podstawie ofert z lutego i września 2016 r.) i zestawienia kosztów dostaw kopalin – dowód „DO56”,

na okoliczność minimalnych kosztów wykonania robót ujętych pod poz. 67-69, 71-76 i 78 kosztorysu ofertowego B.1 i kwoty niedoszacowania oferty Konsorcjum w przedmiotowym zakresie,

57. wyciągu z kosztorysu ofertowego na budowę drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów – granica województwa świętokrzyskiego i małopolskiego, dokumentów rozliczeniowych (faktur, protokołów) dotyczących ścianek szczelnych, korespondencji z inżynierem kontraktu – dowód „DO57” – na okoliczność nieprawidłowości założeń Przystępującego odnoszących się do kalkulacji poz. 8-11a kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02, poz. 8a kosztorysu ofertowego C.4 Obiekt WD-04, poz. 8a kosztorysu ofertowego C.5 Obiekt WD-05, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.6 Obiekt WD-06, poz. 9a kosztorysu ofertowego C.7 Obiekt WD-07 – dowody „DO57”,
58. wyciągu z kosztorysów ofertowych dotyczących robót inżynierskich, obejmujących roboty ziemne – dowód „DO58”,
59. wykazu lokalizacji, w których możliwy do pozyskania jest piasek średni, gruby, pospółka i żwir, wraz z krzywą uziarnienia – analizą granulometryczną i wyciągiem z metodologii obliczania wskaźnika uziarnienia – dowód „DO59”,

na okoliczność nieprawidłowości założeń Przystępującego odnoszących się do kalkulacji poz. 5 kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02, poz. 8 kosztorysu ofertowego C.4 Obiekt WD-04, poz. 8 kosztorysu ofertowego C.5 Obiekt WD-05, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.6 Obiekt WD-06, poz. 9 kosztorysu ofertowego C.7 Obiekt WD-07.

Odwołujący zastrzegł, że dowody oznaczone symbolami DO1, DO3, DO5, DO6, DO7 (częściowo), DO10-27, DO29, DO31-33, DO35-50, DO53-56 i DO57 (częściowo) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z poczynionymi w treści dokumentów zastrzeżeniami.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie dowodów z treści:



1. zestawienia cen oferowanych przez Przystępującego i Odwołującego na roboty obejmujące rozbiórkę elementów dróg, ogrodzeń i przepustów – dowód „DP2”,
2. wyciągu z oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów – granica województwa świętokrzyskiego i małopolskiego wraz z wyciągiem z kosztorysu ofertowego obejmującego rozbiórkę elementów dróg i ulic, wyciągu ze szczegółowej specyfikacji technicznej („SST”) D.01.02.02 (zdjęcie warstwy humusu) i kalkulacją własną Przystępującego sporządzoną na podstawie ww. wyciągu z kosztorysu Odwołującego – dowody „DP3”,
3. 2 faktur VAT na zakup oleju napędowego – dowody „DP4”,
4. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 1 września 2016 r. na dostawę piasku i odbiór humusu – dowód „DP5”,

na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w zakresie poz. 20 i poz. 23-42 kosztorysu ofertowego B.1 oraz cen oferowanych przez Odwołującego w innym postępowaniu w odniesieniu do robót tożsamych z ujętymi w poz. 23-42 kosztorysu ofertowego B.1,

5. kalkulacji własnej Przystępującego odnośnie kosztów wykonania robót ujętych w poz. 52-57 kosztorysu ofertowego B.1 – dowód „DP6”,
6. umowy z kontrahentem KPRD sp. z o.o. z dnia 6 lipca 2015 r. na roboty rozbiórkowe i brukarskie wraz z załącznikami nr 1, 1a i 1b – kosztorysami ofertowym – dowody „DP7”,
7. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 5 marca 2015 r. na dostawę rur – dowód „DP8”,
8. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 12 października 2015 r. na dostawę rur – dowód „DP9”,

na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w zakresie poz. 52-57 kosztorysu ofertowego B.1,

9. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 19 października 2015 r. na dostawę betonu towarowego – dowód „DP10” – na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w zakresie poz. 66 kosztorysu ofertowego B.1
10. kalkulacji własnej Przystępującego dotyczącej kosztów zakupu, transportu i montażu desek gzymsowych – dowód „DP11”,
11. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 5 listopada 2015 r. na dostawę desek gzymsowych – dowód „DP12”,

12. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 23 września 2016 r. na dostawę desek gzymsowych (aktualizacja) – dowód „DP13”,  
na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w poz. obejmujących montaż desek gzymsowych w kosztorysach ofertowych C,
13. kalkulacji własnej Przystępującego dotyczącej zakupu, dostawy i ułożenia warstwy wiążącej z asfaltu twardolanego – dowód „DP14”,
14. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 10 listopada 2015 r. na wykonanie ww. robót – dowód „DP15”,
15. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 19 września 2016 r. na wykonanie ww. robót (aktualizacja) – dowód „DP16”,  
na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w poz. obejmujących zakup, dostawę i ułożenie warstwy wiążącej z asfaltu twardolanego,
16. kalkulacji własnej Przystępującego dotyczącej zakupu, dostawy i ułożenia antykorozyjnego zabezpieczenia powierzchni betonowych odpornego na ścieranie – dowód „DP17”,
17. oferty kontrahenta Przystępującego (bez daty) na wykonanie ww. robót – dowód „DP18”,
18. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 16 września 2016 r. na wykonanie ww. robót (aktualizacja) – dowód „DP19”,
19. zestawienia cen wykonania ww. robót z oferty Przystępującego i 4 innych wykonawców – dowód „DP20”,  
na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w poz. obejmujących zakup, dostawę i ułożenie antykorozyjnego zabezpieczenia powierzchni betonowych odpornego na ścieranie,
20. kalkulacji własnej Przystępującego dotyczącej wykonania, zabezpieczenie i odwodnienia wykopów oraz transportu gruntu na tymczasowy odkład – dowód „DP21” – na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w poz. 2 kosztorysu ofertowego C.1 Obiekt PZ-01,
21. kalkulacji własnej Przystępującego dotyczącej kosztów pozyskania/przemieszczenia materiału z dotychczasowego odkładu – dowód „DP22” – na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w poz. 4 kosztorysu ofertowego C.1 Obiekt PZ-01, poz. 3 kosztorysu ofertowego C.2 Obiekt PZ-03, poz. 4 kosztorysu ofertowego C.8 Obiekt MD-08,

22. kalkulacji własnej Przystępującego dotyczącej kosztów pozyskania, transportu i zagęszczenia materiału oraz kosztów robocizny – dowód „DP23” – na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w poz. 5 kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02, poz. 8 kosztorysu ofertowego C.4 Obiekt WD-04, poz. 8 kosztorysu ofertowego C.5 Obiekt WD-05, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.6 Obiekt WD-06, poz. 9 kosztorysu ofertowego C.7 Obiekt WD-07,
23. kalkulacji własnej Przystępującego dotyczącej kosztów wykonania robót ujętych w poz. 6 kosztorysu ofertowego C.1 Obiekt PZ-01, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.2 Obiekt PZ-03, poz. 6 kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02 (pale wielkośrednicowe wiercone) – dowód „DP24”,
24. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 6 listopada 2015 r. na wykonanie ww. robót – dowód „DP25”,  
na okoliczność prawidłowości kalkulacji ceny oferty Przystępującego w zakresie ww. robót,
25. wyciągu z oferty Odwołującego w postępowaniu na budowę drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów – granica województwa świętokrzyskiego i małopolskiego wraz z wyciągami z kosztorysów ofertowych nr 7-11 obejmujących montaż ścianek szczelnych stalowych – dowody „DP26”,
26. kalkulacji własnej Przystępującego obejmującej koszty zakupu, transportu i wykonania robót ujętych w poz. 8-11a kosztorysu ofertowego C.3 Obiekt WD-02, poz. 8a kosztorysu ofertowego C.4 Obiekt WD-04, poz. 8a kosztorysu ofertowego C.5 Obiekt WD-05, poz. 5 kosztorysu ofertowego C.6 Obiekt WD-06, poz. 9a kosztorysu ofertowego C.7 Obiekt WD-07 (ścianki szczelne) – dowód „DP27”,
27. oferty kontrahenta Przystępującego z dnia 19 lutego 2016 r. na wykonania ww. robót – dowód „DP28”,
28. informacji od kontrahenta odwołującego o przedłużeniu obowiązywania warunków z ww. oferty do dnia 31 października 2016 r. (korespondencja poczty elektronicznej z dnia 23 września 2016 r.) – dowód „DP29”,  
na okoliczność prawidłowości kalkulacji kosztów wykonania ww. robót w ofercie Przystępującego i ich wyceny przez Odwołującego w innym postępowaniu
29. zestawienia kosztów wykonania robót ujętych w poz. 2 kosztorysu ofertowego C.1 Obiekt PZ-01 z oferty Przystępującego i 5 innych wykonawców – dowód „DP30”,
30. wyciągu z oferty Odwołującego w postępowaniu na budowę drogi ekspresowej S7 na odcinku Jędrzejów – granica województwa świętokrzyskiego i małopolskiego

wraz z wyciągiem z kosztorysu ofertowego obejmującego wykonanie wykopów wraz z umocnieniem – dowody „DP31” – na okoliczność wyceny przez Odwołującego w innym postępowaniu robót analogicznych do robót ujętych w poz. 2 kosztorysu ofertowego C.1 Obiekt PZ-01,

31. wyciągów z SST M.11.01.01 i M.11.01.00 (wykopy) – dowód „DP32” – na okoliczność prawidłowości założeń poczynionych w kalkulacji własnej dotyczącej kosztów wykonania robót związanych z zasypywaniem przestrzeni za przyczółkami i wykopami w gruncie spoiwym z umocnieniem i odwozem,
32. porównania wybranych cen jednostkowych z oferty odwołującego w stosunku do średniej arytmetycznej 5 najtańszych ofert – dowód „DP33” – na okoliczność bezzasadności zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali dotychczasowe stanowiska w sprawie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Konsorcjum zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Konsorcjum, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba postanowiła dopuścić Konsorcjum (dalej również „Przystępujący”) w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Przystępującego i Odwołującego,
3. wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – pisma z dnia 12 maja 2016 r. (dalej „Wezwanie I”),
4. odpowiedzi Przystępującego na Wezwanie I – pisma z dnia 28 maja 2016 r. (dalej „Wyjaśnienia I”),
5. wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – pisma z dnia 9 sierpnia 2016 r. (dalej „Wezwanie II”),
6. odpowiedzi Przystępującego na Wezwanie II – pisma z dnia 22 sierpnia 2016 r. (dalej „Wyjaśnienia II”),

7. wezwań Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 12 maja i 9 sierpnia 2016 r. wraz z odpowiedziami,
8. notatki Zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2016 r. – „Badanie wyjaśnień złożonych przez Wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp”,
9. notatki Zamawiającego z dnia 1 września 2016 r. – „Notatka w sprawie ustalenia zakresu informacji jakie zostaną udostępnione Wykonawcom wniosującym o udostępnienie kopii protokołu wraz z załącznikami”,
10. dokumentów załączonych do pisma procesowego Przystępującego,
11. dokumentów złożonych w trakcie rozprawy przez Zamawiającego, Odwołującego i Przystępującego

#### **I. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk i art. 7 ust. 1 Pzp**

Zarzut potwierdził się.

W zakresie przedmiotowego zarzutu strony nie toczyły sporu, co do faktów. Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie zaniechał ujawnienia pełnej treści Wyjaśnień I, Wezwania II i Wyjaśnień II. Ocena zaniechania Zamawiającego wymagała natomiast rozstrzygnięcia znaczenia użytego w przepisie art. 8 ust. 3 Pzp pojęcia „wykazania”.

Skład orzekający, w celu rozstrzygnięcia tego zagadnienia, odwołał się do instytucji wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ przepisy regulujące tą kwestię również posługują się pojęciem „wykazania” (zob. przykładowo przepis art. 26 ust. 2a, czy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp). Z kolejnych przepisów dotyczących wykazywania warunków udziału w postępowaniu wynika, że następuje ono przez złożenie oświadczenia o ich spełnianiu, a nadto – jeżeli Zamawiający żądał dokumentów potwierdzających informacje zawarte w oświadczeniu – również w drodze złożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231). Także przepisy wzmiankowanego rozporządzenia posługują się pojęciem „wykazania”, chociażby w kontekście możliwości żądania od wykonawcy określonych dokumentów potwierdzających brak podstaw do jego wykluczenia (por. § 3 ust. 1).

Zdaniem składu orzekającego z dokonanej analizy wynika, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego i Przystępującego – rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego

obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, dowodzenie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej ma się jednak sprawa z wykazaniem, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.).

*Ad casum* Przystępujący, w celu wykazania ostatniej ze wspomnianych przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji zawartych w Wyjaśnieniach I, powołał się na wprowadzenie jednego z konsorcjantów określonych standardów ochrony informacji mających dla niego znaczenie gospodarcze. Okoliczności tej Przystępujący nie udowodnił, mimo, że jak na to wskazują okoliczności sprawy (dowód DP1), mógł to uczynić. Należy bowiem zauważyć, że w toku postępowania odwoławczego (w załączeniu do pisma procesowego) przedstawił dokumenty, na które powoływał się w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawartych we wspomnianych wyjaśnieniach. Działanie takie Izba uważa za spóźnione i niemogące wywierać skutków w płaszczyźnie dokonywania oceny prawidłowości czynności Zamawiającego. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp precyzyjnie określa bowiem moment wykazania zasadności zastrzeżenia (nie później niż w terminie składania ofert/wniosek), zaś z ugruntowanego orzecznictwa KIO wynika, że reguła ta znajduje odpowiednie zastosowanie także na dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania skutkowałoby *de facto* brakiem możliwości objęcia ochroną informacji, co do których potrzeba podzielenia się nimi z zamawiającym wyniknęła po upływie terminu składania ofert/wniosek (np. informacji zawartych w wyjaśnieniach treści oferty w zakresie uprzednio objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, czy – jak w analizowanym przypadku – przekazanych Zamawiającemu w procedurze, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp). *Ergo* – obowiązkiem Przystępującego było nie tylko złożenie wraz z Wyjaśnieniami I uzasadnienia (wyjaśnienia, oświadczenia) zastrzeżenia zawartych w nich informacji, ale również udowodnienie okoliczności, na które powołał się w treści tego uzasadnienia, w szczególności przesłanki podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji.

W powyższym kontekście bez znaczenia były twierdzenia Zamawiającego, że zna standardy ochrony informacji wynikające z przywołanych przez Przystępującego certyfikatów, ponieważ są one powszechnie dostępne. Skład orzekający podkreśla, że tej

okoliczności nie kwestionuje. Istotny jest natomiast fakt, że Zamawiający – dysponując jedynie oświadczeniem Przystępującego o wdrożeniu określonych polityk ochrony informacji – nie był w stanie zweryfikować jego prawdziwości, czyli potwierdzić okoliczności, że standardy takie u Przystępującego rzeczywiście obowiązują.

Argumentów przemawiających za stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego próżno poszukiwać w postanowieniu pkt 9.13 SIWZ, zgodnie z którym „W przypadku gdyby oferta, oświadczenia lub dokumenty zawierały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca powinien w sposób niebudzący wątpliwości zastrzec, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz załączyć stosowne wyjaśnienia zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp(...)”.

Z jednej strony z cytowanego postanowienia SIWZ można wyprowadzić wniosek, że obowiązkiem wykonawcy było jedynie precyzyjne oznaczenie zastrzeganych informacji i złożenie w tym zakresie wyjaśnień, z drugiej jednak – zawierało ono wyraźne odesłanie do przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, który to nie posługuje się pojęciem „wyjaśnień”, a „wykazania”. Wobec tego należało przyjąć, że dokonana przez Zamawiającego w pkt 9.13 SIWZ wykładnia przywołanego przepisu Pzp była *contra legem* i nie mogła zostać wzięta pod uwagę w procesie oceny zasadności zastrzeżenia informacji przez Przystępującego.

Jedynie na marginesie, odnosząc się do obowiązków wykonawcy wynikających z przywołanego pkt 9.13 SIWZ, skład orzekający stwierdził, że Przystępujący uchybił powinności wskazania w sposób niebudzący wątpliwości, które informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem posłużył się niedookreślonym stwierdzeniem, że obejmują one strategię firm, ich kontakty handlowe, źródła dystrybucji, stałych partnerów, itd.

Z kolei zaprezentowaną przez Zamawiającego koncepcję, zgodnie z którą do oceny zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zastosowanie znajduje przepis art. 96 ust. 3 Pzp, w miejsce art. 8 ust. 3 Pzp, skład orzekający uznał za całkowicie nietrafną. Przywołana przez Zamawiającego regulacja nie odnosi się w ogóle do kwestii związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zawiera żadnych wskazań w zakresie oceny zasadności zastrzeżenia informacji mających taką tajemnicę stanowić. Skoro art. 96 ust. 3 Pzp rzeczywiście miałyby znaleźć zastosowanie w przedmiotowej kwestii, to należałoby uznać, że wszystkie załączniki do protokołu (a zatem również wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp – zob. art. 96 ust. 2 Pzp) są jawne niezależnie od poczynionych przez wykonawcę zastrzeżeń, nic innego nie wynika bowiem ze zdania pierwszego przepisu art. 96 ust. 3 Pzp. Zdaniem Izby przepis ten, podobnie jak

akty wykonawcze wydane na jego podstawie, ma przede wszystkim techniczne znaczenie i nie rozstrzyga kwestii uznawania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający stwierdził, że zastrzeżenie dokonane przez Przystępującego nie było skuteczne, co powinno spowodować ujawnienie objętych nim informacji, czego Zamawiający niezasadnie zaniechał. W konsekwencji zarzut postawiony w odwołaniu potwierdził się, jednak z uwagi na oddalenie pozostałych zarzutów, nie mógł stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia odwołania z uwagi na brak wpływu na wynik Postępowania. Należy bowiem zauważyć, że obok omawianego zarzutu Odwołujący zakwestionował również cenę oferty Przystępującego. Izba zobligowana była zarzut ów rozpoznać, w następstwie czego nie stwierdziła ani istnienia podstaw do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na cenę, ani tym bardziej rażąco niskiej ceny jego oferty. Wobec tego naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 i art. 7 ust. 1 Pzp nie wpływa w żaden sposób na wynik Postępowania, ponieważ nie zmienia i nie może zmienić rozstrzygnięcia Zamawiającego o uznaniu za najkorzystniejszą oferty Przystępującego. Następstwem powyższego jest brak możliwości nakazania Zamawiającemu ujawnienia wyjaśnień Przystępującego i prowadzonej z nim korespondencji, co Izba może uczynić wyłącznie w przypadku uwzględnienia odwołania (argument z art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp).

## **II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 Pzp**

Stan faktyczny w zakresie przedmiotowego zarzutu został przedstawiony w stanowiskach stron, do których Izba odsyła, z zachowaniem poniższych uwag dotyczących treści wezwań adresowanych do Przystępującego.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp – obok obligatoryjnych podstaw wezwania do wyjaśnień – przewiduje również możliwość wezwania do ich złożenia w każdym wypadku, w którym cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi określone tym przepisem wątpliwości zamawiającego. Skorzystanie przez zamawiającego z tego uprawnienia nie powoduje jednak, podobnie jak w przypadku obowiązkowego wezwania, powstanie domniemania rażąco niskiej ceny oferty wezwanego wykonawcy, które musi zostać przez niego obalone w drodze wyjaśnień. Pojawia się natomiast stan niepewności co do rzetelności ceny danej oferty, na co wskazuje użyte w komentowanym przepisie sformułowanie „cena oferty wyduje się (podkreślenie Izby) rażąco niska”, który powinien zostać usunięty w drodze wyjaśnień. Z powyższego wynika, że nie mamy do czynienia z domniemaniem prawnym, gdyż na wniosek taki nie pozwala konstrukcja przepisu art. 90 ust. 1 Pzp. Jeżeli zaś chodzi o domniemanie faktyczne (czyli nic innego, jak rozumowanie),



to przyjęcie jego istnienia byłoby wbrew logice. Trudno zaakceptować wniosek, że przedsiębiorca – profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego – składa ofertę z ceną nierealną, nierynkową i wreszcie – niezapewniającą osiągnięcie zysku z realizacji zamówienia. Przedsiębiorcy nie są kategorią podmiotów prowadzących działalność *non-profit*, a ponadto nie można pomijać okoliczności, że niezrealizowanie zamówienia wiązać może się z dotkliwymi sankcjami (również finansowymi) wynikającymi z postanowień zawartej z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie sposób zakładać zatem, że przedsiębiorca – składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – godzi się nie tylko z możliwością nieuzyskania zamówienia w następstwie jej odrzucenia z uwagi na rażąco niską cenę, ale nawet w przypadku jego uzyskania – z możliwością jego niezrealizowania z uwagi na niedoszacowanie ceny, czy nieopłacalność wykonania umowy. Pozostając w sferze domniemań należałoby raczej przyjąć istnienie faktycznego domniemania poprawności kalkulacji ceny oferty, jako że odpowiada ono oczywistemu celowi prowadzenia działalności gospodarczej (którego elementem jest również ubieganie się o udzielanie zamówień publicznych), jakim jest osiąganie zysku z realizacji kontraktów.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że ze względu na datę wystosowania do Przystępującego Wezwania I i wartość przedmiotowego zamówienia nie mogła się ostać argumentacja Przystępującego zmierzająca w istocie do podważenia zasadności wezwania go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Przystępującemu przysługiwało bowiem prawo wniesienia odwołania w terminie wynikającym z przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, z którego nie skorzystał, wobec czego nie mógł się skutecznie powołać na ten argument w postępowaniu odwoławczym mającym na celu ocenę prawidłowości oceny złożonych przez niego wyjaśnień. Z tej przyczyny Izba, rozstrzygając o omawianym zarzucie odwołania, nie brała pod uwagę twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego o znikomym udziale wartości niektórych pozycji kosztorysowych w całkowitej cenie oferty Przystępującego, choć nie sposób nie zauważyć, że okoliczność taka rzeczywiście miała miejsce (np. w odniesieniu do robót objętych zarzutem z lit. C, G, H, J odwołania).

Zagadnieniem istotnym dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie była kwestia zakresu wystosowanych do Przystępującego wezwań, jako że wywierała bezpośredni skutek w płaszczyźnie oceny zarzutów odwołania i związanej z nią kwestii rozkładu ciężaru dowodu.

W powyższym zakresie skład orzekający stwierdził, że Wezwanie I składało się z dwóch części – w pierwszej z nich Zamawiający wyraził wątpliwość dotyczącą poprawności kalkulacji robót składających się ogólnie na branżę drogową i branżę obiektów inżynierskich, natomiast w drugiej sformułowane zostały pytania o konkretne pozycje kosztorysowe

mieszczące się zasadniczo w zakresach wskazanych powyżej branż. Wezwanie II zmierzało z kolei jedynie do uszczegółowienia wybranych kwestii poruszonych w drugiej części Wezwania I.

Z powyższego nie sposób wyprowadzić wniosku, że obowiązkiem Przystępującego było szczegółowe wyjaśnienie metod kalkulacji wszystkich pozycji kosztorysu z zakresu branży drogowej i obiektów inżynierskich, do czego, jak się wydaje, zmierzał Odwołujący. W odwołaniu, w oparciu na przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, został bowiem sformułowany wyłącznie zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w powołaniu na wyszczególnione w lit. A-N okoliczności związane z szeregiem pozycji kosztorysowych z jego oferty. Powyższe sugerować mogło, że Przystępujący był uprzednio wzywany do wyjaśnienia każdej z nich, ponieważ tylko w takim przypadku odwołanie mogłoby dotyczyć kwestii zaniechania odrzucenia jego oferty. Należy jednak zauważyć, że przedmiotem szczegółowych wyjaśnień były jedynie pozycje wskazane w lit. E (Wezwanie I, pyt. 5 oraz 22-24), L (Wezwanie I, pyt. 30), M (Wezwanie I, pyt. 31) i N (Wezwanie I, pyt. 32) odwołania. W pozostałym zakresie (lit. A-D oraz F-K odwołania) oferta Przystępującego nie była przedmiotem szczegółowych dociekań Zamawiającego i wniosku takiego, jak wspomniano, nie sposób wyprowadzić z ogólnej (pierwszej) części Wezwania I.

Zdaniem Izby wyrażenie w sposób ogólny wątpliwości odnośnie cen całkowitych robót z zakresu dwóch branż, składających się dodatkowo z wielu pozycji, umożliwiło Odwołującemu złożenie równie ogólnych wyjaśnień. Wezwany wykonawca nie ma obowiązku odgadywania intencji, czy sposobu rozumowania zamawiającego, a możliwości nałożenia na niego takiej powinności nie można upatrywać w profesjonalnym charakterze prowadzonej przez wykonawcę działalności. Wymogi ustawodawcy względem podmiotów zawodowo trudniących się wykonywaniem określonej działalności są wprawdzie wyższe, niż w przypadku pozostałych uczestników rynku, czego dowodzi chociażby treść przepisu art. 355 § 2 K.c., jednak zasady tej nie można absolutyzować.

Omówiona problematyka, jak wspomniano, wywiera skutki zarówno na ocenę sposobu sformułowania zarzutów odwołania, a także na związaną z tym kwestię rozkładu ciężaru dowodu. W sytuacji, w której Przystępujący nie był wzywany do wyjaśnienia zasadności kalkulacji cen szeregu pozycji kosztorysowych wyszczególnionych w odwołaniu przedmiotem zaskarżenia może być wyłącznie zaniechanie wezwania go do złożenia takich wyjaśnień w powołaniu na przepis art. 90 ust. 1 Pzp (został on wprawdzie przywołany w treści zarzutu, ale w innym, niż wspomniany, kontekście), ponieważ nie można odrzucić oferty wykonawcy bez jej uprzedniego wyjaśnienia. Nie sposób nie zauważyć, że poza przytoczeniem przepisu art. 90 ust. 1 Pzp odwołanie takiego zarzutu w ogóle nie zawiera.

Przyjmując jednak „życzliwą” Odwołującemu interpretację postawionego zarzutu (czyli wychodząc z założenia, że w jego ramach mieści się również badanie zasadności zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp) należy jednocześnie zauważyć, że udowodnienie istnienia podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny oferty należy – zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu (art. 190 ust. 1 Pzp) – do Odwołującego. Dopiero w przypadku wyczerpania procedury z art. 90 ust. 1 Pzp zastosowanie znajdzie reguła odwróconego rozkładu ciężaru dowodu, o której mowa w art. 190 ust. 1a Pzp. Nie zwalnia ona jednak Odwołującego całkowicie z obowiązku instruowania postępowania dowodowego, chociażby z uwagi na wymogi konstrukcyjne odwołania (§4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

Reasumując, w zakresie zarzutów sformułowanych w lit. A-D oraz F-K odwołania ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, przy czym przedstawiane w tym zakresie dowody i związane z nimi twierdzenia mogły być rozpatrywane wyłącznie w kontekście istnienia po stronie Zamawiającego obowiązku wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, nie zaś w kontekście zaniechania odrzucenia jego oferty, bowiem nie był on – jak wskazano – uprzednio wzywany do ich złożenia, a nie jest uprawnione żądanie odrzucenia jego oferty z tych powodów bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. W pozostałym zakresie (lit. E, L, M, N odwołania) obowiązek instruowania postępowania dowodowego obciążał Przystępującego, z zachowaniem wcześniejszych uwag dotyczących konstrukcji środka ochrony prawnej.

## **II.1. Wstępne uwagi dotyczące zebranego materiału dowodowego**

Tytułem wprowadzenia do rozważań dotyczących oceny twierdzeń Odwołującego w kontekście zgromadzonego materiału dowodowego Izba stwierdza, że stanowisko wyrażone w odwołaniu opierało się – po pierwsze – na wyliczonych przez Odwołującego, w oparciu o oferty jego kontrahentów, minimalnych kosztach wykonania poszczególnych rodzajów robót objętych omawianymi zarzutami odwołania, a po drugie – na przyjętych przez niego założeniach dotyczących szczegółowych sposobów realizacji zamówienia, którym starano się nadać walor wyłącznie poprawnych.

Obranie takiego sposobu dowodzenia rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego (a ściślej – dowodzenia, że istniały uzasadnione podstawy do wezwania go do złożenia wyjaśnień) uznać należy za niewystarczające.

Stwierdzenie niedoszacowania pozycji kosztorysowych oferty złożonej przez danego wykonawcę nie może polegać wyłącznie na wykazaniu okoliczności, że stawiający taki zarzut wykonawca jest w stanie zrealizować ujęte w nich roboty po określonych cenach,

a do tego zasadniczo sprowadzała się argumentacja Odwołującego i mające ją potwierdzać dowody. Punktem wyjścia dla zarzutu rażąco niskiej ceny musi być bowiem stwierdzenie, że wykonawca, którego oferta jest kwestionowana nie jest w stanie zrealizować zamówienia za wynagrodzenie wskazane w jego ofercie (co Odwołujący wprawdzie konsekwentnie podnosił), a postępowanie dowodowe dotyczące tego zarzutu ma jedynie stanowisko takie potwierdzać, co w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie miało miejsca.

Zauważyć wypada, że w realiach gospodarki wolnorynkowej, w których to uczestnicy obrotu samodzielnie decydują o właściwym dla nich poziomie opłacalności realizacji określonych przedsięwzięć, niezwykle trudne, o ile w ogóle możliwe, jest uchwycenie jakiegoś minimalnego poziomu kosztów wykonania konkretnych świadczeń. Trzeba mieć bowiem na względzie, że stanowią one wypadkową m.in. właściwości takich jak szeroko pojęta pozycja rynkowa danego wykonawcy, na którą składają się czynniki związane ze skalą prowadzonej działalności i jej kosztami, zdolności negocjacyjne, dostęp do źródeł zaopatrzenia (portfel kontrahentów), doświadczenie w określonej branży, a ponadto charakterystyka danego zamówienia publicznego (wymogi dotyczące sposobu, czy terminu jego realizacji), czy zakładany przez wykonawcę zysk z jego wykonania. Ze względu na wysoki stopień zindywidualizowania przykładowo wskazanych powyżej czynników niewłaściwą praktyką jest bezpośrednie przenoszenie sytuacji jednego wykonawcy (tu – Odwołującego) na jego konkurencję (tu – Przystępującego). Nie sposób pominąć przy tym okoliczności, że cenę oferty, która wydaje się rażąco niska, należy odnosić do cen rynkowych, nie zaś do cen oferowanych, czy dostępnych Odwołującemu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający uznał, że dowody DO1, DO3, DO5-DO7, DO10-DO33, DO35, DO37-DO50, DO53-DO56 nie były wiarygodne, tj. nie potwierdzały istnienia podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a tym bardziej do odrzucenia jego oferty w powołaniu na przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako że nie odnoszą się bezpośrednio do sytuacji i możliwości Przystępującego.

Odrębnego omówienia wymaga kwestia wyliczania kosztów realizacji poszczególnych rodzajów robót na podstawie ofert dotyczących innych postępowań o udzielanie zamówień publicznych, czy kosztów poniesionych w związku z ich realizacją. Skład orzekający wyraża zapatrywanie, że skoro zarówno przepis art. 89 ust. 1 pkt 4, jak i art. 90 ust. 1 i 3 Pzp posługują się pojęciem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, to punktem odniesienia powinien być przedmiot zamówienia w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wykonawca złożył ofertę podlegającą badaniu w trybie art. 90 Pzp, nie zaś ceny ofert składanych przez wykonawców w innych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych. Powyższy wniosek wzmacnia dodatkowo użyte w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp sformułowanie „zgodnie z wymaganiami

określonymi przez zamawiającego”, co nakazuje rozpatrywanie ceny oferty w kontekście konkretnego opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto, przyjęcie dopuszczalności koncepcji Odwołującego wymagałoby szczegółowego porównania przedmiotu zamówienia w Postępowaniu z przedmiotami zamówień, których realizacji dotyczyły oferty składane w charakterze dowodów. Posługiwanie się ogólnymi stwierdzeniami o rodzajowym podobieństwie zamówień, czy podobnym wolumenie określonych robót nie jest uprawnione.

W konsekwencji Izba odmówiła wiarygodności dowodom DO3, DO7, DO13, DO22-DO25, DO35, DO40, DO41, DO44-DO50 i DO57.

Przedstawione dotychczas zapatrywania skutkować musiały również krytyczną oceną części dowodów przedstawionych przez Przystępującego, dotyczących porównania cen jednostkowych z jego oferty z cenami Odwołującego/innych wykonawców w przedmiotowej sprawie, bądź w innych postępowaniach lub w postaci ofert i umów dotyczących realizacji innych zamówień. Nie mogą one stanowić potwierdzenia poprawności kalkulacji ceny oferty Przystępującego w przedmiotowej sprawie. Dowody oznaczone symbolami DP2-DP4, DP7, DP8, DP20, DP26, DP30, DP31, DP33 oceniono zatem jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania. W konsekwencji za pozbawione znaczenia uznano również powoływanie się na wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz udzielone przez niego odpowiedzi.

Za nieskuteczne należało również uznać próby narzucania przez Odwołującego określonych założeń dotyczących metod realizacji zamówienia, a przekładających się na wysokość kosztów z tym związanych. Trzeba mieć bowiem świadomość, że tam gdzie zamawiający nie stawiał określonych wymogów w tym zakresie, wykonawcy mieli swobodę w określeniu sposobu osiągnięcia wymaganego przez niego rezultatu.

Z powyższych przyczyn Izba uznała za niewiarygodne dowody DO1-DO2, DO36, DO58 i DO59.

## **II.2. Zarzuty oznaczone w odwołaniu lit. A, D, G-I, K**

Izba stwierdziła, że w powyższym zakresie Odwołujący – poza wyartykułowaniem swojego stanowiska w uzasadnieniu odwołania – nie przedstawił dowodów na poparcie twierdzeń zawartych w uzasadnieniu odwołania. Przypomnieć należy, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, wobec czego strony – zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 Pzp – zobowiązane są do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący obowiązkowi temu uchybił, wobec czego twierdzenia o minimalnych kosztach wykonania robót z pozycji kosztorysu ofertowego, do którego odnoszą się omawiane zarzuty należało uznać za gołosłowne.

Jedynie na marginesie skład orzekający podkreśla, że Przystępujący, pomimo braku obowiązku wykazywania inicjatywy dowodowej w zakresie ww. zarzutów, przedstawił dowody DP10, DP14-DP19, DP22 potwierdzające prawidłowość kalkulacji części robót (robót ujętych w pozycjach, do których odnosiły się zarzuty w lit. D, G, I, K odwołania), które Izba uznała za wiarygodne i potwierdzające rynkowy charakter cen ujętych w jego ofercie.

### **II.3. Zarzuty oznaczone w odwołaniu lit. B, C, F, H, J**

Po analizie uzasadnienia ww. zarzutów i przedstawionych na ich poparcie dowodów skład orzekający uznał, że nie mogły one stanowić podstaw nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień pozycji kosztorysowych opisanych w tych częściach odwołania.

Zachowując przedstawioną wcześniej argumentację dotyczącą oceny zgromadzonego materiału dowodowego (pkt II.1 uzasadnienia) Izba wskazuje dodatkowo na następujące okoliczności.

W odniesieniu do zarzutu opisanego w lit. B, poza faktem oparcia go na przyjętym przez Odwołującego założeniu dotyczącym sposobu zagospodarowania nadmiaru humusu, co potwierdzają dowody DO1-DO2, należało mieć na względzie, że Przystępujący złożył dowód DP5, z którego wynikał nie tylko przyjęty przez niego sposób zagospodarowania humusu, ale również zakładana metoda optymalizacji kosztów transportu obejmująca zarówno odwóz humusu, jak i dowóz piasku.

Z kolei twierdzenia Odwołującego o rzekomej sprzeczności z prawem przyjętej przez Przystępującego metody zagospodarowania humusu i przedstawiony na tą okoliczność dowód DO51, w świetle informacji zawartej w ofercie stanowiącej dowód DP5, uznać należało za chybione. Ponadto w treści dowodu DO51 nie został wymieniony kontrahent Przystępującego, od którego pochodziła oferta będąca dowodem DP5.

Odnosnie dowodu DO4 skład orzekający nie dopatrył się związku pomiędzy wynikającymi z jego treści informacjami dotyczącymi charakterystyki gruntu, a twierdzeniem o zaniżeniu kosztów realizacji robót ujętych w omawianej pozycji kosztorysowej.

W związku z zarzutem z lit. C odwołania Izba uznała, że Odwołujący – z przyczyn omówionych w pkt II.1 uzasadnienia – nie przedstawił wiarygodnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Natomiast Przystępujący, poza dowodami nieprzydatnymi do rozstrzygnięcia omawianej kwestii (dowody DP7, DP8), złożył kalkulację własną (dowód DP6),

której wiarygodność – w zakresie cen rur PEHD – potwierdza oferta jego kontrahenta stanowiąca dowód DP9.

Zdaniem składu orzekającego spór o możliwość przeniesienia kosztu kruszywa na zasypkę z kwestionowanych w odwołaniu pozycji do innych pozycji kosztorysu ofertowego był pozbawiony znaczenia, po pierwsze dlatego, że miał on relatywnie niewielki udział w cenie jednostkowej wykonania 1 mb przepustu pod zjazdami (ok. 13% według wyliczeń Przystępującego), a po drugie z uwagi na fakt, że postanowienia SIWZ nie zawierały szczegółowych wymagań dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej, co *notabene* podkreślał sam Odwołujący w piśmie z dnia 19 sierpnia 2016 r., stanowiącym odpowiedź na kolejne wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Izba uznała ponadto, że bez znaczenia w kontekście omawianego zarzutu był dowód DO8, ponieważ nie jest wiadome w jaki sposób wnioski płynące z jego treści miałyby potwierdzać zarzut rażąco niskiej ceny oferty w analizowanym zakresie oraz dowody DO9 i DO52, które dodatkowo nie dotyczyły kwestii spornych, jako że związane były z technicznymi wymaganiami dotyczącymi posadowienia rur HDPE.

W zakresie zarzutu opisanego pod lit. F Izba uznała, że złożone przez Odwołującego do akt sprawy kalkulacja i oferty (dowody DO29-DO32) potwierdzać mogły – jak wspomniano w pkt II.1 uzasadnienia – jedynie wysokość kosztów robót, jakie w związku z ich realizacją poniósłby Odwołujący.

Przystępujący złożył własną kalkulację, potwierdzoną dodatkowo ofertą kontrahenta wraz z jej aktualizacją (dowody DP11-DP13), wobec czego brak było podstaw do uznania, że jego oferta w tym zakresie jest niedoszacowana.

W odniesieniu do zarzutu z lit. H odwołania Odwołujący powołał się na dowody złożone na potwierdzenie zarzutu z lit. E odwołania, a więc dowody DO10-DO28 oraz DO53-DO56, których wiarygodność została omówiona w pkt II.1 uzasadnienia.

Ponadto podkreślenia wymaga, że przedstawione wykresy zmian cen asfaltu drogowego na przestrzeni lat 2010-2016 (dowody DO19) i związane z nimi twierdzenia Odwołującego o braku ujęcia w cenie oferty Przystępującego ryzyka ewentualnej zmiany (wzrostu) cen w okresie realizacji zamówienia, nie mogły stanowić, w ocenie Izby, potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny także z tego względu, że – po pierwsze – w treści Wyjaśnień I Przystępujący wyraźnie wskazał, w której pozycji kosztorysowej ujął ryzyka związane z realizacją zamówienia i czego one dotyczą. Po drugie – skład orzekający uwzględnił, że w warunkach kontraktowych (subklauzula 13.8 Warunków Szczegółowych Kontraktu) Zamawiający uwzględnił klauzulę waloryzacyjną mogącą znaleźć zastosowanie

m.in. w przypadku zmiany cen asfaltu, a twierdzenia Odwołującego o braku możliwości ich pokrycia z uwagi na ujęte w niej wskaźniki waloryzacji pozostały gołosłowne.

Co więcej, za chybione należało uznać próby uzasadniania zarzutu rażąco niskiej ceny w przedmiotowym zakresie w oparciu o ceny wynikające z oficjalnych cenników producentów asfaltu drogowego (dowody DO28). Stanowią one co najwyżej dowód ogólnego poziomu cen u danego producenta, oderwanego zarówno od skali konkretnego zamówienia, czy zdolności negocjacyjnych wykonawcy, które to okoliczności wpływają na ostateczną cenę tego (jak i każdego innego) wyrobu.

Izba rozstrzygając o zarzucie oznaczonym lit. J odwołania, poza argumentacją przytoczoną w pkt II.1 uzasadnienia, wzięła również pod uwagę, że Przystępujący przedstawił kalkulację (DP21), której podstawą było odmienne od ustaleń Odwołującego założenie dotyczące możliwości ponownego wykorzystania gruntów z wykopów i konieczności ich zabezpieczenia ściankami szczelnymi. Podkreślenia wymaga, że pierwsze z przytoczonych powyżej założeń zgodne jest ze wskazaniami wynikającymi z pkt 2.3 SST M.11.01.01 (dowód DP32). Co zaś dotyczy drugiego z nich skład orzekający stwierdził, że Odwołujący w sposób nieuprawniony założył, że skoro w toku realizacji innego zamówienia pojawiła się konieczność wykorzystania do wykopów ścianek szczelnych, czego wówczas nie zakładał (zob. dowody DO57), to wnioski te znajdują wprost zastosowanie do niniejszego zamówienia. Tego jednak Odwołujący nie udowodnił. W konsekwencji Izba uznała, że dowód DO36 nie był przydatny dla rozstrzygnięcia w analizowanym zakresie.

Natomiast złożony przez Odwołującego dowód DO34, w części dotyczącej metod wykonania wykopów, nie podważa, w ocenie składu orzekającego, możliwości przyjęcia przez Przystępującego kwestionowanego założenia, a co najwyżej czyni je ryzykownym.

#### **II.4. Zarzuty oznaczone w odwołaniu lit. E, L, M, N**

W odniesieniu do drugiej kategorii zarzutów Izba, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez Przystępującego i załączonymi do nich dowodami uznała je za kompletne i rzetelne, a zatem niemogące stanowić podstawy stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty będącej okolicznością obligującą Zamawiającego do jej odrzucenia. Tylko w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia i dowody potwierdzają, że cena jest rażąco niska możliwe jest jej odrzucenie, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Jedynie na marginesie, odnosząc się do tej grupy zarzutów, skład orzekający wyjaśnia, że – jak wspomniano we wstępnej części rozważań – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał, z mocy przepisu art. 190 ust. 1a Pzp, na Przystępującym. Przepis ten nie wyraża jednak bezwzględnego obowiązku składania



w postępowaniu odwoławczym jakichś nowych dowodów potwierdzających tą okoliczność (choć zakazu takiego również nie ma). Wykonawca, którego oferty dotyczy zarzut rażąco niskiej ceny, może – jeżeli uważa to za wystarczające – odwołać się do uprzednio złożonych zamawiającemu wyjaśnień, wskazując na relewantne dla oceny zarzutu okoliczności w nich podniesione i dowody na ich poparcie.

W odniesieniu do zarzutu z lit. E odwołania Izba odsyła do rozważań zawartych w pkt II.1 i II.2 (w części poświęconej zarzutowi z lit. H odwołania, jako że – zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego – oparty był na materiale dowodowym prezentowanym na potwierdzenie omawianego zarzutu).

Dodatkowo skład orzekający uznał za nieskuteczne próby wywodzenia zarzutu rażąco niskiej ceny w oparciu o koszty ponoszone przez Odwołującego w związku z prowadzeniem własnej wytwórni mas bitumicznych (dowody DO53). Nie stanowią one, jak wspomniano, potwierdzenia okoliczności, że Przystępujący, który również dysponuje taką wytwórnią (okoliczność bezsporna) ponosi je w takiej samej wysokości.

Treść Wyjaśnień I (odpowiedzi na pytania 5 oraz 22-24) i Wyjaśnień II (pkt 10-12) oraz złożone przez Przystępującego dowody (załączniki nr 9 do Wyjaśnień I oraz załączniki nr 14, 15a, 15d, 16.1-16.9 do Wyjaśnień II) dały podstawy do przyjęcia rzetelności kalkulacji kwestionowanych pozycji kosztorysowych potwierdzającej rynkowy charakter ceny oferty. W szczególności treść załącznika nr 14 do Wyjaśnień II potwierdza zastosowanie mieszanki asfaltowej, co podważa twierdzenie Odwołującego o zamiarze stosowania przez Przystępującego destruktu, a nadto zawiera wyliczenie kosztów jej wyprodukowania (koszt dostawy i prac związanych z jej ułożeniem przy użyciu sprzętu wyszczególnionego w załączniku nr 9 do Wyjaśnień I, z uwzględnieniem zysku, przedstawiony został w pkt 10-12 Wyjaśnień II). Z kolei załączniki 15a-15d do Wyjaśnień II potwierdzają możliwość uzyskania przez Przystępującego znacznych rabatów na ceny asfaltu w stosunku do cen stanowiących punkt wyjścia dla rozważań Odwołującego, wynikających z dowodów DO28. Uwiarygadnia to wyrażony powyżej pogląd o charakterze cen ujętych w ogólnodostępnych cennikach producentów asfaltu. Z kolei załączniki 16.1-16.9 potwierdzają wysokość dostępnych Przystępującemu cen na inne materiały niezbędne do wykonania robót objętych kwestionowanymi w odwołaniu pozycjami, w tym ceny kruszyw.

W odniesieniu do zarzutu opisanego w lit. L odwołania (poza argumentacją wynikającą z pkt II.1 uzasadnienia Izba uznała za wiarygodne założenia przyjęte przez Przystępującego, wynikające zarówno z dowodu DP23, jak i z odpowiedzi na pytanie 30 zawartej w Wyjaśnieniach I. Należy przy tym mieć na uwadze, że Przystępujący uwzględnił związane z nimi ryzyko konieczności dowozu materiałów i wyjaśnił w której pozycji

kosztorysu je ujął, co potwierdza odpowiedź na pytanie nr 30 z Wyjaśnień I oraz pkt 17 Wyjaśnień II. Z uwagi na powyższe dowody DO58 i DO59, mające potwierdzać wadliwość przyjętych przez Przystępującego założeń, mogły zostać ocenione wyłącznie jako potwierdzające obrany przez Odwołującego sposób realizacji robót polegających na zasypywaniu przestrzeni za przyczółkami.

W nawiązaniu do zarzutu z lit. M odwołania skład orzekający dodatkowo (ponad wywody prezentowane w pkt II.1 uzasadnienia) wskazuje, że Przystępujący załączył do Wyjaśnień I oferty kontrahentów potwierdzające prawidłowość kalkulacji ceny oferty w tym zakresie (załączniki nr 3 i 5 do Wyjaśnień I), a nadto potwierdził te okoliczności w Wyjaśnieniach II (pkt 18). Przystępujący przedstawił ponadto wiarygodne, zdaniem Izby, założenia do sporządzonej kalkulacji w postaci dowodów DP24 i DP25.

Finalnie, w kwestii zarzutu opisanego w lit. N odwołania Izba dała wiarę argumentacji Przystępującego przedstawionej w odpowiedzi na pytanie nr 32 (Wyjaśnienia I) i w pkt 19 Wyjaśnień II oraz uwzględniła złożone na rozprawie dowody DP27-DP29 uznając, że w świetle ich treści brak jest podstaw do stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

W pozostałym zakresie dotyczącym tego zarzutu odwołania aktualność zachowują uwagi z pkt II.1 uzasadnienia.

Reasumując, skład orzekający nie znalazł podstaw do uwzględnienia omawianego zarzutu. Nie znalazły również uznania Izby twierdzenia Odwołującego o wątpliwej kondycji finansowej jednego z członków Konsorcjum, jak że miały one charakter spekulacji.

### **Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**

Na podstawie postanowień SIWZ ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych za wynagrodzenie ustalane na podstawie kosztorysów ofertowych sporządzanych według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do Rozdziału 2 Tomu I SIWZ. Podstawą obliczenia ceny oferty były dokumentacja projektowa, STWiOR oraz przedmiary (Tomy II-IV SIWZ) – postanowienie pkt 10.1 Tomu I SIWZ.

Z pkt 10.4 Tomu I SIWZ wynikało z kolei, że wspomniane kosztorysy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według pozycji w nich wyszczególnionych. Obowiązkiem wykonawcy było określenie cen jednostkowych netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji kosztorysowych.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przesłanka niezgodności oferty z SIWZ została dotychczas w sposób gruntowny przeanalizowana i omówiona w doktrynie i rzecznictwie zarówno KIO, jak i sądów okręgowych, wobec czego skład orzekający jedynie zasygnalizuje w tym miejscu najważniejsze jej aspekty.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy sytuacji, w której treść oferty stanowiącej oświadczenie woli wykonawcy nie koresponduje z SIWZ będącym oświadczeniem woli zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia. Znajduje on zastosowanie nie tylko w sytuacji, w której cechy oferowanego świadczenia nie pokrywają się z oczekiwaniami zamawiającego, ale także w przypadku, gdy oferta zostaje sporządzona lub przedstawiona w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, z zastrzeżeniem, że przypadek ów dotyczy wyłącznie uchybienia wymaganiom dotyczącym sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia, tj. wymaganiom w zakresie treści oferty, nie zaś jej formy, które są wprawdzie zamieszczane w SIWZ, ale są jednocześnie prawnie obojętne. Istotne jest przy tym, że scharakteryzowana powyżej niezgodność musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, bowiem w przeciwnym razie zastosowanie znaleźć może przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz że jej stwierdzenie wymaga wskazania i wykazania z jakim konkretnie wymogiem SIWZ treść oferty nie jest zgodna.

Lektura uzasadnienia odwołania prowadzi do wniosku, że punktem wyjścia dla omawianego zarzutu stało się stwierdzenie, że skoro według opisu sposobu obliczenia ceny oferty przy kalkulacji ceny należało uwzględnić wymogi wynikające z dokumentacji projektowej, STWiOR i przedmiarów (pkt 10.1 SIWZ), to niezgodność treści oferty z SIWZ zachodzi w każdym przypadku, w którym cena danej pozycji kosztorysowej nie pokrywa kosztów wykonania robót w niej ujętych. W ocenie Izby przyjęte w odwołaniu rozumienie przesłanki odrzucenia oferty nie mieści się w omówionym powyżej zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Trzeba mieć na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. W takim przypadku, zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia jest opisywany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (STWiOR). Opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane jest szczególnie sformalizowany, gdyż został odrębnie uregulowany w wydanym na podstawie art. 31 ust. 4 Pzp rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.2013.1129 j.t.). Przepisy tego aktu wykonawczego przesądzają o tym z jakich elementów składać musi się dokumentacja projektowa służąca opisowi przedmiotu zamówienia (§ 4 ww. rozporządzenia),

a nadto zawierają wyliczenie obligatoryjnych wymogów, jakim muszą odpowiadać poszczególne składowe dokumentacji, w tym m.in. przedmiar robót (§ 6 ww. rozporządzenia). Ten z kolei zawiera m.in. wskazanie właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, których treść wyznaczają przepisy § 12 i nast. ww. rozporządzenia. Zestawienie treści powyższych przepisów prowadzi do wniosku, że wzmiankowane dokumenty (przedmiar i STWiOR) określają wymagany sposób wykonania przedmiotu zamówienia, a nie sposób wyceny poszczególnych pozycji przedmiaru czy sposób obliczenia ceny za całość robót budowlanych. W konsekwencji weryfikacja zgodności treści oferty z wymogami zamawiającego polegać może na porównaniu zgodności oferowanego i wymaganego sposobu realizacji robót budowlanych.

Konkluzji tej, wbrew zapatrywaniom Odwołującego, nie zmienia kosztorysowe wynagrodzenie na etapie wykonania robót budowlanych, ponieważ w dalszym ciągu oferta wykonawcy niepodzielnie dotyczy realizacji całości przedsięwzięcia budowlanego opisanego za pomocą dokumentacji projektowej oraz STWiOR. Powyższe wynika również z faktu, że umowa o roboty budowlane jest umową rezultatu, którym jest wybudowanie określonego w ww. dokumentach obiektu budowlanego (zob. art. 647 K.c.).

*Ergo* – oferta może zostać uznana za niezgodną z SIWZ przede wszystkim wtedy, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu. Takiego zarzutu nie sposób zrekonstruować na podstawie treści odwołania.

Z kolei z przywołanego w uzasadnieniu omawianego zarzutu odwołania postanowienia pkt 10.4 SIWZ wynikają jedynie obowiązki wykonawcy odnośnie sposobu prezentowania kalkulacji ceny oferty i nie sposób ich rozciągać – jak chce tego Odwołujący – na ocenę zgodności oferowanego świadczenia z wymogami Zamawiającego. Nie było przy tym okolicznością sporną, że Przystępujący wypełnił nałożony na niego ww. postanowieniem obowiązek.

W przekonaniu składu orzekającego wykazywanie zaniżenia wyceny zamówienia jest raczej domeną zarzutu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp) i zasadniczo omawiany zarzut stanowił niejako kontynuację rozważań o poprawności ceny oferty Przystępującego (patrz podsumowanie uzasadnienia zarzutu, str. 20 odwołania), ewentualnie zarzutu, że złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w Znk (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Niezwykle trudno byłoby bowiem uchwycić i ustalić, jaka konkretnie treść SIWZ, czyli jaka konkretnie minimalna wartość pieniężna miałyby się kryć za poszczególnymi kategoriami kosztów składających się na daną pozycję kosztorysową, które cena wykonania robót powinna obejmować – pokrywać. Ustalanie tak rozumianej treści SIWZ prowadziłoby

również do jej nieuchronnego zrelatywizowania przez pryzmat uwarunkowań właściwych danemu wykonawcy, który może mieć inny poziom kosztów danej kategorii niż inny wykonawca.

Na zakończenie należy zauważyć, że nawet gdyby przyjąć zapatrywania Odwołującego należałoby dojść do wniosku, że skoro nie potwierdził się zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, to *ipso facto* nie sposób mówić o zasadności zarzutu tak specyficznym rozumianej niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ.

### **Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**

Stan faktyczny w przedmiotowym zakresie nie wymaga odrębnego omówienia, jako że zarzut ów stanowił niejako konsekwencję pozostałych zarzutów odwołania.

Izba uznała zarzut za nieudowodniony. Wyrażał się on stwierdzeniem, że Przystępujący manipuluje kosztami pozycji kosztorysowych w ten sposób, że „przerzuca” koszty bezpośrednio związane z wykonaniem określonych robót do innych pozycji kosztorysowych, w których one nie występują. Powyższe miało, w ocenie Odwołującego, wypełniać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk.

Wobec powyższego skład orzekający stwierdza, że w odwołaniu próżno szukać choćby jednego przykładu mającego potwierdzać tę niedozwoloną praktykę. Dopiero na rozprawie kwestia ta została poruszona i to nie przez samego Odwołującego, a przez Przystępującego, który w odniesieniu do poz. 52-57 kosztorysu ofertowego B.1 argumentował, że koszt kruszywa na zasypkę ujął w innych pozycjach kosztorysowych (poz. 150-152). Należy mieć jednak na względzie, że inicjatywa dowodowa w powyższym zakresie leżała po stronie Odwołującego, który ze wspomnianej okoliczności wywodził skutki prawne w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W konsekwencji Izba doszła do wniosku, że oprócz zidentyfikowania w sposób nader ogólnikowy zarzucanego Przystępującemu czynu nieuczciwej konkurencji, przytoczenia wniosków płynących z przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk i opisanie potencjalnych negatywnych dla Zamawiającego skutków, będących następstwem popełnienia tego czynu, zarzut odwołania nie zawiera w istocie wskazania okoliczności faktycznych mających stanowić jego podstawę. Za takie należało bowiem uznać wyliczenie konkretnych przejawów nieuprawnionego przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysowymi.

Jedynie na marginesie dodać należy, że przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk niejako penalizuje takie zachowania przedsiębiorcy, które ukierunkowane są na eliminację konkurenta z rynku. Odwołując się do terminologii prawa karnego należałoby powiedzieć, że chodzi tu o zamiar bezpośredni ze szczególnym zabarwieniem (zamiar kierunkowy –

*dolus directus coloratus*), którego wykazanie obciąża – zgodnie z podstawowym rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym – Odwołującego. Abstrahując od okoliczności, że skoro nie potwierdził się zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, to także omawiany zarzut, stanowiący niejako konsekwencję twierdzeń o niedoszacowaniu ceny jego oferty, również należało uznać za chybiony (nie stwierdzono bowiem oferowania przez Przystępującego towarów/usług poniżej kosztów ich zakupu/świadczenia), to nie wydaje się zasadne, aby złożeniu korzystniejszej oferty w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przypisywać znamiona działania w celu eliminacji Odwołującego z rynku, a nie normalnej gry rynkowej (konkurencji). W płaszczyźnie konkretnego postępowania wyraża się ona w rywalizowaniu o zamówienie, w szerszej perspektywie – w dążeniu do ograniczenia udziału w rynku danego przedsiębiorcy, czego nie można w każdym przypadku utożsamiać z dążeniem do jego wyeliminowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w pkt 1 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....