

Sygn. akt: KIO 936/15

**WYROK**

**z dnia 25 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BADER - DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w miejscowości Dalachów 354, 46-325 Rudniki (lider)** i **T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno – Handlowo – Usługowa „B.” T. B. z siedzibą w miejscowości Dalachów 354, 46-325 Rudniki (partner)** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **POL – DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Arkuszowa 7, 01-934 Warszawa (lider)**, **al. Reymonta 21, 62-200 Gniezno (lider)**; **ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Myśluborska 53, 03–128 Warszawa (partner)**; **Przedsiębiorstwo Usługowe - Budowlane „INFRAKOM Roboty Drogowo - Mostowe” Sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży, ul. Wojska Polskiego 10, 64-800 Chodzież (partner)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 936/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BADER - DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w miejscowości Dalachów 354, 46-325 Rudniki (lider)** i **T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno – Handlowo – Usługowa „B.” T. B. z siedzibą w miejscowości Dalachów 354, 46-325 Rudniki (partner)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BADER - DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w miejscowości Dalachów 354, 46-325 Rudniki (lider) i T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno – Handlowo – Usługowa „B.” T. B. z siedzibą w miejscowości Dalachów 354, 46-325 Rudniki (partner)** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BADER - DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w miejscowości Dalachów 354, 46-325 Rudniki (lider) i T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno – Handlowo – Usługowa „B.” T. B. z siedzibą w miejscowości Dalachów 354, 46-325 Rudniki (partner)** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Odział w Zielonej Górze, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S3 w podziale na 2 części:

- 1) Na odcinku od węzła Myślibórz (bez węzła) km 54+012 do węzła Skwierzyna zachód (z węzłem) km 111 + 113 wraz ze wszystkimi jej elementami
- 2) Na odcinku od węzła Skwierzyna (bez węzła) km 111 + 113 do węzła Świebodzin północ (z węzłem) km 111 + 113 wraz ze wszystkimi jej elementami”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 lutego 2015 r., nr 2015/S 029-049266.

W dniu 27 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BADER - DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w miejscowości Dalachów (lider) i T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno – Handlowo – Usługowa „B.” T. B. z siedzibą w miejscowości Dalachów (partner), zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze w zakresie części 1 zamówienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia POL-DRÓG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider), ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane „INFRAKOM Roboty Drogowo – Mostowe” Sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży, zwanych dalej „konsorcjum POL-DRÓG”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 7 maja 2015 r. (pismem z dnia 2 maja 2015 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 6 maja 2015 r.) od czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części 1 polegających na:

- wyborze przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy konsorcjum POL -DRÓG
- zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy konsorcjum POL -DRÓG z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, do której to czynności zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp
- zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum POL - DRÓG z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących

mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, do której to czynności zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp

- zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy MOTA - ENGIL Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawca MOTA – ENGIL”, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, do której to czynności zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp
- zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy MOTA - ENGIL, pomimo, że oferta nie odpowiada treści SIWZ, do której to czynności zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp
- zaniechania przez zamawiającego wyboru ofert odwołującego jako wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu, którego oferta nie podlega odrzuceniu i zawiera najkorzystniejszą cenę, po wcześniejszym wykluczeniu w/w Wykonawców i odrzuceniu złożonych przez nich ofert.

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum POL - DRÓG oraz nie dokonanie wykluczenia w/w wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania
2. art. 7 ust 1 i ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę konsorcjum POL - DRÓG. tj. dokumentu koncepcji działań oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, złożonych na wezwanie zamawiającego
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty wykonawcy konsorcjum POL - DRÓG, a w konsekwencji nie odrzucenie tejże oferty, która to oferta z uwagi na utajnienie koncepcji działań oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji względem pozostałych uczestników przetargu
4. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię i błędne zastosowanie polegające na nieodrzuconiu oferty wykonawcy konsorcjum POL – DRÓG, pomimo że wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, do którego to Wykonawcy skierowane zostało zapytanie w tejże sprawie, a nadto nie odrzucenie oferty w/w wykonawcy pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę
5. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 1, 3 i art. 46 ust. 4a i 5 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz nie zastosowanie w

odniesieniu do wykonawcy konsorcjum POL-DRÓG w odniesieniu do wadliwej gwarancji ubezpieczeniowej, w której jako beneficjenta wskazano Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, podczas gdy właściwym beneficjentem pozostaje Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, gdyż podmiot wskazany, jako beneficjent nie posiada osobowości prawnej, a jest jedynie reprezentantem organu, co uzasadnia twierdzenie, iż nie może samodzielnie zostać uznany za beneficjenta gwarancji, co z kolei może uniemożliwić wykonanie gwarancji i narazić Skarb Państwa nie niemożliwość zabezpieczenia roszczeń i w konsekwencji poniesienie szkody

6. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię i błędne zastosowanie polegające na nieodrzućeniu oferty wykonawcy MOTA-ENGEL, pomimo, że wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, do którego to wykonawcy skierowane zostało zapytanie w tejże sprawie, a nadto nie odrzućenie oferty w/w wykonawcy, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę
7. art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie wobec oferty wykonawcy MOTA – ENGIL, a w konsekwencji nie dokonanie wykluczenia w/w wykonawcy pomimo nie wykazania spełniania przez w/w wykonawcę warunków przetargu
8. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i nie dokonanie odrzućenia oferty wykonawcy MOTA – ENGIL, pomimo iż nie odpowiada ona treści SIWZ w zakresie pkt. 14.2. tj. niezgodności koncepcji działań z SIWZ
9. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 1, 3 i art. 46 ust. 4a i 5 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz nie zastosowanie w odniesieniu do wykonawcy MOTA - ENGIL w odniesieniu do wadliwej gwarancji bankowej, w której jako beneficjenta wskazano Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, podczas gdy właściwym beneficjentem pozostaje Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, gdyż podmiot wskazany, jako beneficjent nie posiada osobowości prawnej, a jest jedynie reprezentantem organu, co uzasadnia twierdzenie, iż nie może samodzielnie zostać uznany za beneficjenta gwarancji, co z kolei może uniemożliwić wykonanie gwarancji i narazić Skarb Państwa nie niemożliwość zabezpieczenia roszczeń i w konsekwencji poniesienie szkody

10. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowego przyznania punktów kryteriów oceny „Koncepcji działań” wykonawcy MOTA - ENGEL Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
2. dokonanie czynności odtajnienia i udostępnienia odwołującemu oferty wykonawcy konsorcjum POL - DRÓG w zakresie dokumentu koncepcji działań oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie zamawiającego
3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert
4. dokonania wykluczenia wykonawcy konsorcjum POL – DRÓG
5. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum POL – DRÓG
6. dokonania wykluczenia wykonawcy: MOTA - ENGIL
7. dokonania odrzucenia oferty wykonawcy MOTA - ENGIL
8. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej  
ponadto:
9. dopuszczenie i przeprowadzenie wszelkich dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania na okoliczności tam wskazane
10. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych oraz kosztów zastępstwa prawnego radcy prawnego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu 1 odwołujący podniósł m.in., iż wykonawca konsorcjum POL - DRÓG podało w treści oferty nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykonawca ten powołał się na usługę pn. „Całoroczne utrzymanie autostrady A2 odcinek węzeł Łódź Północ (z węzłem) granica województw łódzkiego/mazowieckiego od km 362 + 700 do km 411+465 w systemie Utrzymaj Standard”. Na potwierdzenie powyższego przedłożył poświadczenie z dnia 9.07.2014r. wystawione przez spółkę Pol-Dróg Piła Sp. z o.o., z którego wynika, że lider konsorcjum spółka Pol-Dróg Warszawa Sp. z o.o. była podwykonawcą w realizacji wskazanego kontraktu. Tymczasem odwołujący ustalił, że lider konsorcjum spółka Pol-Dróg Warszawa Sp. z o.o. nie była zatwierdzonym podwykonawcą na realizację w/w kontraktu, a skoro tak wykonawcą pozostawała spółka Pol-Dróg Piła Sp. z o.o. Tym samym wykonawca konsorcjum POL – DRÓG złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Za niedopuszczalne uznać należy celowe wprowadzanie w błąd zamawiającego w zakresie posiadanego potencjału wiedzy i

doświadczenie, gdyż jest to jeden z najważniejszych warunków przetargowych, jakie winni spełniać Wykonawcy.

Oдноśnie zarzutu 2 odwołujący podniósł m.in., iż jak wynika z treści oferty wykonawca konsorcjum POL - DRÓG objął tajemnicą przedsiębiorstwa dokument, tj. koncepcję działań oraz wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie odwołującego zamawiający powinien odtajnić te dokumenty, bowiem stanowią one dowody będące podstawą oceny ofert i przyznawania punktów, co przekłada się wprost na liczbę przyznanych punktów, a skoro tak winno podlegać ocenie przez innych uczestników przetargu. Wskazana koncepcja działań kształtuje liczbę przyznanych finalnie punktów na rzecz wykonawców, a to w konsekwencji decyduje o wyborze najkorzystniejszej oferty, a skoro tak nie może ona stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji nie może zostać utajniona, gdyż uniemożliwia to na obecnym etapie pozostałym wykonawcom weryfikację stanowiska zamawiającego w zakresie przyznanych punktów za przedłożoną koncepcję działań, co w konsekwencji uniemożliwia całościową weryfikację przyznanych punktów i dokonanie wyboru oferty konsorcjum.

Nadto dodał, że zastrzeżone informacje, tj. dokument koncepcja działań oraz wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, tj. dokumenty potwierdzające spełnienie warunków przetargu oraz wskazujące okoliczności chroniące wykonawcę przed odrzuceniem jego oferty nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż po pierwsze są to dokumenty składane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, po drugie do oceny punktowej. Wykonawcy chcący uzyskiwać kontrakty opłacane ze środków Skarbu Państwa muszą akceptować i godzić się na pełną jawność i transparentność procedur oraz na zachowaniu uczciwej konkurencji.

Oдноśnie zarzutu 3 i 4 odwołujący podniósł m.in., że pomimo utajnienia w sposób bezpodstawny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska, a skoro tak udowodnienie to winno odbyć się na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w taki sposób, aby odwołujący miał możliwość kontroli złożonych przez konsorcjum wyjaśnień.

Oдноśnie zarzutu 5 i 9 odwołujący podniósł m.in., że wykonawca konsorcjum POL – DRÓG przedłożyło wadliwą gwarancję ubezpieczeniową, natomiast wykonawca MOTA – ENGOL gwarancję bankową, w których, jako beneficjenta wskazano Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, podczas gdy właściwym beneficjentem pozostaje Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze. Podmiot wskazany jako beneficjent nie posiada osobowości prawnej, a jest jedynie reprezentantem organu, co uzasadnia twierdzenie, iż nie może samodzielnie zostać uznany za beneficjenta gwarancji, co z kolej może uniemożliwić wykonanie gwarancji i narazić Skarb Państwa na

niemożliwość zabezpieczenia roszczeń i w konsekwencji poniesienie szkody, czemu winien zapobiegać już sam zamawiający dbając o finanse publiczne, stąd wskazany zarzut winien zostać uwzględniony przez Zamawiającego już na etapie analizy niniejszego odwołania.

Odnośnie zarzutu 6 odwołujący wskazał m.in., iż oferta wykonawcy MOTA - ENGEL zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż jego wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe, wymijające, posługują się zwrotami niedookreślonymi, nie przedstawiają faktycznych kalkulacji, a przez to nie stanowią kosztorysu, a jedynie niczym nie poparte i uzasadnione kwoty, które nie sposób uznać za realnie wyliczone wartości obrazujące faktycznie ponoszone koszty, co uzasadnia przyjęcie twierdzenia, że wskazana przez wykonawcę MOTA - ENGEL cena oferty jest nierealna i stwarza dla zamawiającego ryzyko niewykonania kontraktu. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp powoduje powstanie domniemania, że cena zaproponowana przez wykonawcę w ofercie jest ceną rażąco niską i wykonawca musi udowodnić, że jest inaczej.

Odnośnie zarzutu 7 odwołujący podniósł m.in., że w pkt. 14 ppkt. 14.1.1. SIWZ zamawiający wskazał definicję legalną „Koncepcji działań”, za której to opracowanie stosownie do zapisów SIWZ przyznawał ocenę punktową, maksymalnie do 10 pkt. W ocenie odwołującego „Koncepcja działań” przedłożona przez wykonawcę MOTA - ENGIL nie spełnia zapisów SIWZ wskazanych w ppkt 14.2.1, 14.2.2., 14.2.2.2, 14.2.2.3, 14.2.2.4, 14.2.3, a skoro tak zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, gdyż winien wykluczyć wykonawcę oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, gdyż winien odrzucić ofertę Wykonawcy. Odwołujący wskazał także na poszczególne niezgodności „Koncepcji działań” wykonawcy z zapisami SIWZ

W dniu 6 maja 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawca konsorcjum POL - DRÓG otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 8 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca konsorcjum POL - DRÓG zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 20 maja 2015 r. (pismem z dnia 18 maja 2015 r.) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający w dniu 20 maja 2015 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.



**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut 1 odwołania – zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści SIWZ rozdział 7 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” podał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące: (...) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

- A. wykonał co najmniej 2 usługi polegające na letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP i o łącznej wartości tych usług co najmniej 3 000 000 zł brutto  
oraz
- B. wykonał co najmniej 2 usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP i o łącznej wartości tych usług co najmniej 3 000 000 zł brutto  
lub
- C. wykonał co najmniej 1 usługę polegającą na zimowym i letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP i o łącznej wartości tych usług co najmniej 5 000 000 zł brutto”.

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy – zgodnie z rozdziałem 8 SIWZ „Oświadczenia i dokumenty wymagane dla potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz dotyczące przynależności do grupy kapitałowej”, ppkt 8.2.2. – zobowiązani byli złożyć Wykaz wykonanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 3.2. („Wiedza i Doświadczenie”).

Wykonawca konsorcjum POL – DRÓG wraz z ofertą złożył formularz „Wiedza i Doświadczenie” (str. 72-73 oferty), w treści którego wyspecyfikował dwie usługi; jedną (poz. 1 wykazu) wykonaną na rzecz GDDKiA Oddział/Warszawa, obejmującą bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego o wartości 11.276.200,27 zł oraz drugą (poz. 2 wykazu) wykonaną na rzecz Pol – Dróg Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile, obejmującą całoroczne utrzymanie autostrady A2 odcinek węzeł Łódź Północ (z węzłem) – granica województw łódzkiego/mazowieckiego od km 362+700 do km 41+465 w systemie „Utrzymaj standard” o wartości 12.001.458,39 zł. Złożył także poświadczenia wystawione przez GDDKiA Oddział w Warszawie (str. 74-75 oferty) i Pol – Dróg Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile (str. 76 oferty).

Odwołujący zakwestionował usługę wskazaną w pozycji 2 wykazu, podnosząc iż wykonawca POL – DRÓG Warszawa Sp. z o.o. nie realizował faktycznie tej usługi, gdyż nie był zgłoszony i zatwierdzony jako podwykonawca, a skoro tak wykonawcą pozostawała Pol – Dróg Piła Sp. z o.o. Tym samym konsorcjum POL – DRÓG złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje.

Wykonawca konsorcjum POL – DRÓG na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 7.2.2., lit. c), wykazało wykonanie dwóch usług polegających na zimowym i letnim utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP i o łącznej wartości tych usług co najmniej 5 000 000 zł brutto. Niewątpliwym jest, iż potwierdzeniem spełnienia tego warunku jest już usługa wyspecyfikowana w poz. 1 wykazu, tj. usługa wykonana na rzecz GDDKiA O/Warszawa obejmująca bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 na odc. autostradowej obwodnicy Mińska Mazowieckiego o wartości 11.276.200,27 zł. Zamawiający wymagał bowiem wykazania się co najmniej jedną taką usługą (pkt 7.2.2., lit. c) i taką usługą, usługa potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jest już usługa wskazana w poz. 1 wykazu. Bez znaczenia jest więc to czy wykonawca podał nieprawdziwe informacje w odniesieniu do usługi wskazanej w pozycji 2 wykazu, gdyż usługa, którą wykonawca wskazał w poz. 1 potwierdza już spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Niemniej jednak, odnosząc się do usługi z poz. 2 wykazu, a więc usługi wykonanej na rzecz Pol – Dróg Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile stwierdzić należy, że usługa ta obejmowała całoroczne utrzymanie autostrady A2 odcinek węzeł Łódź Północ (z węzłem) – granica województw łódzkiego/mazowieckiego od km 362+700 do km 41+465 w systemie „Utrzymaj

standard” a jej wartość wynosiła 12.001.458,39 zł. Odbiorcą usług wykonywanych przez wykonawcę POL – DRÓG Warszawa Sp. z o.o. był Pol – Dróg Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile, a więc podmiot prywatny. Niemniej jednak odbiorcą usług może być zarówno podmiot zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp, jak również podmiot prywatny. Dokument składany na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu ma bowiem potwierdzać doświadczenie danego wykonawcy w realizacji, w tym przypadku określonych usług, bez różnicowania ich ze względu na odbiorcę. Istotne jest nabycie odpowiednich umiejętności w zakresie wykonywania określonych usług. Istotnie POL – DRÓG Warszawa Sp. z o.o. nie była podwykonawcą zatwierdzonym przez GDDKiA Oddział w Łodzi. Jednak faktycznie usługę tę wykonywała. Potwierdzeniem powyższego jest nie tylko poświadczenie z dnia 9 lipca 2014 r. wystawione przez Pol – Dróg Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile załączone do oferty, ale również złożone podczas rozprawy przez przystępującego (konsorcjum POL – DRÓG) kopie umowy 2/08/2012 z dnia 27 sierpnia 2012 r. wraz z protokołami realizacji potwierdzającymi wykonanie zamówienia, a także dodatkowe oświadczenie zleceniodawcy zamówienia, tj. Pol – Dróg Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile, potwierdzające należyte wykonanie tej usługi. Tak więc konsorcjum POL – DRÓG mogło powołać się na usługę wykonaną na rzecz Pol – Dróg Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że konsorcjum POL – DRÓG złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

**Zarzut 2 i 3 odwołania – naruszenia art. 7 ust 1 i ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę konsorcjum POL - DRÓG. tj. dokumentu koncepcji działań oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, złożonych na wezwanie zamawiającego oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty wykonawcy konsorcjum POL - DRÓG, a w konsekwencji nie odrzucenie tejże oferty, która to oferta z uwagi na utajnienie koncepcji działań oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji względem pozostałych uczestników przetargu nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż wykonawca konsorcjum POL – DRÓG wraz z ofertą złożył koncepcję działań (str. 97-131 ofert), zastrzegając jednocześnie, że informacje zawarte w tej części oferty są informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa oraz mają wartość gospodarczą dla wykonawcy w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (str. 95-96 oferty).

Wykonawca ten zastrzegł także jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia z dnia 15 kwietnia 2015 r. udzielone przez niego na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyjaśnienia wraz z załącznikami).

Odwołujący podniósł, iż dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa powinny być odtajnione, gdyż stanowią one dowody będące podstawą oceny ofert i przyznawania punktów, co przekłada się wprost na liczbę przyznanych punktów, a skoro tak powinno podlegać ocenie przez innych uczestników przetargu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Jedną z naczelnych zasad postępowania jest wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątkiem od tej zasady są ustawowo określone przypadki pozwalające na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem. Takim wyjątkiem jest treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy uznać taką informację, która spełnia łącznie trzy warunki, tj.: jest informacją o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub inną posiadającą wartość gospodarczą; nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W świetle powyższego wyjaśnienia złożone przez konsorcjum POL - DRÓG należy uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje dotyczą bowiem kalkulacji ceny złożonej oferty, obejmującej zestawienie kosztów, a więc szczegółowe wyjaśnienie poszczególnych pozycji kosztorysowych oraz wskazanie czynników mających wpływ na możliwość takiego skalkulowania ceny. Zawierają także dowody potwierdzające fakt prawidłowego skalkulowania ceny. Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Dlatego też wyjaśnienia złożone przez wykonawców mogą być uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pokazują właśnie sposób kalkulacji ceny oferty. „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Mają wartość gospodarczą i stanowią *know-how* danego przedsiębiorstwa, gdyż obrazują rozwiązania dotyczące kalkulacji ceny oferty

danego wykonawcy, kalkulacji, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Wartość informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa posiada także koncepcja działań wykonawcy. Opracowanie to zawiera bowiem szczegółowy opis koncepcji najlepszego – w ocenie wykonawcy (konsorcjum POL – DRÓG) – procesu realizacji zamówienia, stanowiąc podsumowanie wraz z wnioskami posiadanej wiedzy i wieloletniego doświadczenia wykonawcy w realizacji podobnych kontraktów, co – jak słusznie podniósł wykonawca konsorcjum POL – DRÓG – przekłada się wprost na zasługujące na ochronę *know-how* tego przedsiębiorcy. Dla przygotowania koncepcji, która pozwoliła na uzyskanie takiej ilości punktów, wystarczającym nie było bowiem przygotowanie koncepcji i odniesienie się tylko do określonych zapisów OPZ. Potrzebne także było znaczne poszerzenie tych informacji. I tak wykonawca w swej koncepcji pokazał m.in.: przygotowane przez niego procedury i niwelowane koszty, a takie elementy niewątpliwie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. A ponieważ informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne i uwzględniają dotychczasowe doświadczenie oparte na przygotowanych kalkulacjach cenowych mają wartość gospodarczą i stanowią *know-how* danego wykonawcy.

Tym samym Izba stwierdziła, iż na skutek wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, brak jest podstaw do odtajnienia wyjaśnień konsorcjum POL – DRÓG oraz koncepcji działań tego wykonawcy.

**Zarzut 4 odwołania – naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię i błędne zastosowanie polegające na nieodrzuconiu oferty wykonawcy konsorcjum POL – DRÓG, pomimo że wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, do którego to Wykonawcy skierowane zostało zapytanie w tejże sprawie, a nadto nie odrzucenie oferty w/w wykonawcy pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z akt postępowania, szacunkowa wartość zamówienia dla części nr 1 została ustalona przez zamawiającego na kwotę 45.837.264,00 zł. Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 56.379.834,72 zł brutto.

W postępowaniu złożono osiem ofert, tj. oferta złożona przez odwołującego na kwotę 37.973.782,33 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę MOTA - ENGIL na kwotę 34.631.178,87 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę konsorcjum POL - DRÓG na kwotę 34.745.385,40 zł brutto; oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferroser Infraestructura

S.A. z siedzibą w Hiszpanii na kwotę 36.700.979,24 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę Drogowe Centrum Produkcyjno – Handlowe „BIG” Sp. z o.o. z siedzibą w Świebodzinie na kwotę 38.227.885,90 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na kwotę 39.518.526,04 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku na kwotę 44.417.779,79 zł brutto i oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PBDiM Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim na kwotę 54.681.913,99 zł brutto.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2015 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy konsorcjum POL – DRÓG o udzielenie wyjaśnień czy oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie wnosząc o przekazanie szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych wskazanych w wezwaniu pozycji formularzy cenowych.

Konsorcjum POL – DRÓG, pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r., udzieliło wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny odnoszących się do określonych pozycji formularzy cenowych, załączając do nich szereg dowodów na okoliczność prawidłowego skalkulowania ceny.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca konsorcjum POL – DRÓG nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny a ponadto wykonawca ten zobowiązany jest wykazać przed Izba, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Z powyższego więc wynika, iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności.

Zamawiający na realizację tego zamówienia – jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-1) - przeznaczył kwotę 45.837.264,00 zł brutto. Natomiast konsorcjum POL - DRÓG za realizację tego przedmiotu zamówienia zaoferowało kwotę w wysokości 34.745.385,40 zł brutto. Cena zaoferowana przez wykonawcę konsorcjum POL – DRÓG jest więc niższa o 38,37% od wartości szacunkowej zamówienia, co – w myśl obowiązujących przepisów – obligowało zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, co też uczynił. Niemniej jednak nawet cena odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić realność zaoferowanej ceny. To bowiem

wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie spowodowały jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Wykonawca konsorcjum POL – DRÓG udzielił bardzo szczegółowych wyjaśnień, odnosząc się do elementów wskazanych przez zamawiającego w treści wezwania, załączając do wyjaśnień szczegółowe kalkulacje odnoszące się do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Wskazał także, co przyjęto do wyliczenia poszczególnych pozycji kosztorysowych, podając m.in. ich koszty bezpośrednie. Wyjaśnienia te zastrzegł przy tym, jako stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Tym samym Izba stwierdziła, po dokonanej analizie wyjaśnień, że wykonawca ten wykazał w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Na marginesie należy podnieść, odnosząc się do stanowiska odwołującego zawartego na stronie 11-12 odwołania, iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny to zamawiającemu zobowiązany jest wykazać i udowodnić, składając wyjaśnienia i stosowne dokumenty, iż zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Powyższe musi nastąpić na etapie postępowania wyjaśniającego.

**Zarzut 5 i 9 odwołania – naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 1, 3 i art. 46 ust. 4a i 5 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz nie zastosowanie w odniesieniu: do wykonawcy konsorcjum POL-DRÓG w odniesieniu do wadliwej gwarancji ubezpieczeniowej oraz wykonawcy MOTA - ENGIL w odniesieniu do wadliwej gwarancji bankowej, w których jako beneficjenta wskazano Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, podczas gdy właściwym beneficjentem pozostaje Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, gdyż podmiot wskazany, jako beneficjent nie posiada osobowości prawnej, a jest jedynie reprezentantem organu, co uzasadnia twierdzenie, iż nie może samodzielnie zostać uznany za beneficjenta gwarancji, co z kolei może uniemożliwić wykonanie gwarancji i narazić Skarb Państwa na niemożliwość zabezpieczenia roszczeń i w konsekwencji poniesienie szkody nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w treści SIWZ jako zamawiającego wskazano „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra”.

Wykonawca konsorcjum POL – DRÓG w załączeniu do oferty złożył „Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 1502/Wr/681/2015”, ‘Gwarancję ubezpieczeniową

zapłaty wadium nr 998035103512 z dnia 19.03.2015 r.” i „Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 1502/Wr/682/2015”, (str. 89-90 oferty), w treści których jako beneficjenta gwarancji wskazano „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra”.

Wykonawca MOTA - ENGIL w załączeniu do oferty złożył gwarancje bankowe „Gwarancja NR 86200-02-0188633” i „Gwarancja NR 86200-02-0188642 (str.5 – 8 oferty), w treści których jako beneficjenta gwarancji wskazano „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra”.

Odwołujący zakwestionował gwarancje wystawione na rzecz ww. wykonawców, podnosząc iż właściwym beneficjentem gwarancji jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Bezspornym jest, iż zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze. Tak to zostało określone w treści SIWZ, jak i ogłoszeniu o zamówieniu. W treści SIWZ ani też w treści ogłoszenia o zamówieniu nie wskazano aby gwarancja wadium miała być wystawiona w taki sposób jak oczekuje tego odwołujący, a więc na Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze. Wykonawcy: konsorcjum POL – DRÓG i MOTA – ENGIL złożyli gwarancje wadium, w treści których jako ich beneficjenta wskazano zamawiającego, tj. Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze. Beneficjentem gwarancji jest zamawiający jednoznacznie wskazany w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. A ponadto dokument gwarancji został prawidłowo wystawiony, dotyczy konkretnej oferty, a jej treść zapewnia skuteczność egzekucji wypłaty z tytułu gwarancji. Tym samym Izba stwierdziła, iż w kwestionowanych gwarancjach w sposób prawidłowy określono ich beneficjenta. Tak więc zarzut odwołującego nie potwierdził się.

**Zarzut 6 odwołania – naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c. w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię i błędne zastosowanie polegające na nieodrzuconiu oferty wykonawcy MOTA-ENGEL, pomimo, że wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, do którego to wykonawcy skierowane zostało zapytanie w tejże sprawie, a nadto nie odrzucenie oferty w/w wykonawcy, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, jak wynika z akt postępowania, szacunkowa wartość zamówienia dla części nr



1 została ustalona przez zamawiającego na kwotę 45.837.264,00 zł. Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 56.379.834,72 zł brutto.

W postępowaniu złożono osiem ofert, tj. oferta złożona przez odwołującego na kwotę 37.973.782,33 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę MOTA - ENGIL na kwotę 34.631.178,87 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę konsorcjum POL - DRÓG na kwotę 34.745.385,40 zł brutto; oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferroser Infraestructura S.A. z siedzibą w Hiszpanii na kwotę 36.700.979,24 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę Drogowe Centrum Produkcyjno – Handlowe „BIG” Sp. z o.o. z siedzibą w Świebodzinie na kwotę 38.227.885,90 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę KBU Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na kwotę 39.518.526,04 zł brutto; oferta złożona przez wykonawcę SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku na kwotę 44.417.779,79 zł brutto i oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PBDiM Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim na kwotę 54.681.913,99 zł brutto.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2015 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy MOTA – ENGIL o udzielenie wyjaśnień czy oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie wnosząc o przekazanie szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych wskazanych w wezwaniu pozycji formularzy cenowych.

Wykonawca MOTA - ENGIL, pismem z dnia 15 kwietnia 2015 r., udzieliło wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny odnoszących się do określonych pozycji formularzy cenowych, załączając do nich szereg dowodów na okoliczność prawidłowego skalkulowania ceny.

Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy MOTA - ENGIL zawiera rażąco niską cenę a wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy (...) jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Z powyższego więc wynika, iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności.

Zamawiający na realizację tego zamówienia – jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-1) - przeznaczył kwotę 45.837.264,00 zł brutto. Natomiast wykonawca MOTA – ENGIL na realizację tego przedmiotu zamówienia zaoferował kwotę w wysokości

34.631.178,87 zł brutto i cena ta jest niższa o 38,58% od wartości szacunkowej zamówienia i jest niższa o 16,45% od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu. To też zobligowało zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Niemniej jednak ceny sześciu z ośmiu złożonych ofert oscylują w granicach od około 34.000.000,00 do 39.000.000,00 zł brutto, w granicach tych mieści się także oferta odwołującego, która jest tylko o 9,65% wyższa od oferty wykonawcy MOTA – ENGIL.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie doprowadziły do jej obniżenia. I te okoliczności wykonawca MOTA – ENGIL istotnie podał. Udzielił on szczegółowych wyjaśnień, odnosząc się do poszczególnych elementów wskazanych przez zamawiającego w treści wezwania. Podał w jaki sposób kalkulował ceny wskazanych pozycji, w tym wskazał ceny jednostkowe w oparciu, o które przygotował kalkulację. Wyjaśnienia te są spójne i przekonujące. To twierdzenia odwołującego są niczym niepopartymi dywagacjami na temat zaoferowanych cen jednostkowych w szczególności w pozycjach 25 i 26 oraz 18. Jego wątpliwościami. Natomiast brak jest jakichkolwiek argumentów, wobec - zdaniem Izby – szczegółowych wyjaśnień wykonawcy MOTA – ENGIL, wskazujących na to, że wykonawca MOTA –ENGIL zaoferował cenę rażąco niską. Odwołujący twierdzi m.in., że cena jest „oderwana od rzetelnej kalkulacji”, a złożone wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji. Nie wskazuje jednak jak – w jego ocenie - cena powinna być skalkulowana i jak szczegółową kalkulację należało przedstawić. Wykonawca podał bowiem, zresztą podobnie jak odwołujący, jak skalkulował cenę oferty, jakie elementy ujął, odnosząc się do żądanych przez zamawiającego pozycji. Istotnie dokonał tego w inny sposób niż odwołujący. Nie ma jednak narzuconego określonego szablonu, zgodnie, z którym wykonawcy zobowiązani są wyjaśniać kwestie dotyczące rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te są niewątpliwie inne niż złożone przez odwołującego. Nie oznacza to jednak, że są one sporządzone nieprawidłowo. Zawierają bowiem wszystkie kwestie odniesienia, do których wymagał zamawiający.

Reasumując stwierdzić należy, iż wykonawca MOTA - ENGIL wykazał w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

**Zarzut 7, 8 i 10 odwołania – naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie wobec oferty wykonawcy MOTA – ENGIL, a w konsekwencji nie dokonanie wykluczenia w/w wykonawcy pomimo nie wykazania spełnienia przez w/w wykonawcę warunków przetargu, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp**

**poprzez ich niezastosowanie i nie dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy MOTA – ENGIL, pomimo iż nie odpowiada ona treści SIWZ w zakresie pkt. 14.2. tj. niezgodności koncepcji działań z SIWZ oraz naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowego przyznania punktów kryteriów oceny koncepcji działań wykonawcy MOTA – ENGEL nie potwierdził się**

Izba ustaliła, iż wykonawcy – zgodnie z punktem 9.6.5 SIWZ (rozdział 9 „Opis sposobu przygotowania oferty” – zobowiązani byli złożyć „Koncepcję działań” – opracowanie dotyczące utrzymania drogi, zawierające przygotowany przez wykonawcę opis działań mających na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w OPZ standardu drogi oraz innych standardów.

Opracowanie to stanowiło także jedno z kryteriów oceny ofert, tj. „jakość” o wadze 10%. Sposób oceny oferty w ramach tego kryterium opisano szczegółowo w rozdziale 14 SIWZ „Kryteria wyboru i sposób oceny ofert oraz udzielenie zamówienia”, ppk 14.2. „Sposób oceny ofert w ramach kryterium jakość”.

Zamawiający podał także w punkcie 14.1.3. w jakich sytuacjach odnoszących się do „Koncepcji działań” odrzuci ofertę wykonawcy.

Wykonawca MOTA – ENGIL w załączeniu do oferty złożył „Koncepcję działań” (str. 61 – 104 oferty).

Odwołujący podniósł, iż „Koncepcja działań” złożona przez wykonawcę MOTA - ENGIL nie spełnia zapisów SIWZ wskazanych w ppkt 14.2.1, 14.2.2., 14.2.2.2, 14.2.2.3, 14.2.2.4, 14.2.3, a skoro tak zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, gdyż winien wykluczyć wykonawcę oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, gdyż winien odrzucić ofertę Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający wskazał w SIWZ, że przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty będzie się kierował dwoma kryteriami oceny ofert, tj. cena – 90 pkt i jakość – 10 pkt. W zakresie tego drugiego kryterium zamawiający dokonywał oceny „Koncepcji działań” we wskazanych przez niego Programach działań, które określały m.in. poziom punktacji, jak i odpowiadający im zakres. W ten też sposób zamawiający wyłączył zupełną swobodę i dowolność w ocenie ofert, która została w tym przypadku ograniczona przez podanie wskazówek co do oceny i sposobu przyznania punktów w poszczególnych zakresach a więc przez podanie, co w ich ramach będzie oceniane.

Zamawiający nie podał przy tym, na jakim poziomie szczegółowości wykonawcy zobowiązani są przygotować „Koncepcję działań”. Wymagał tylko – jak podkreślał na rozprawie - aby w treści „Koncepcji działań” wszystkie wymagane przez niego elementy się znalazły. Obowiązek uszczegółowienia złożonej „Koncepcji działań” – wbrew twierdzeniom

odwołującego – nie wynikał z treści punktu 14.1.3. SIWZ. W punkcie tym podano bowiem tylko i wyłącznie w jakich sytuacjach oferta wykonawcy zostanie odrzucona, odnosząc przesłanki odrzucenia do „Koncepcji działań”, tj. jej braku, jak również wskazanych w punktach 14.1.3. ppkt 2) – 4) braków w treści samej „Koncepcji działań”. Z punktu tego w połączeniu z pozostałą treścią SIWZ można więc wywieść jakie niezbędne minimum „Koncepcja działań” powinna zawierać, aby nie została odrzucona. Natomiast nie wynika z niego jak szczegółowo powinna ona być sformułowana. „Koncepcja działań” złożona przez wykonawcę MOTA – ENGIL wymagane minimum niewątpliwie spełnia. Zawiera bowiem informacje wymagane przez zamawiającego. Istotnie informacje te są umieszczone w sposób nieuporządkowany. Niemniej jednak w złożonej „Koncepcji działań” wszystkie niezbędne elementy się znajdują i są zgodne z wymogami postawionymi przez zamawiającego. I tak:

- 14.2.1. – str. 9 „Koncepcji działań” – opisany element minimalny jest zgodny z wymogami zamawiającego,
- 14.2.2.2. – str. 15 i 16 „Koncepcji działań” – opisany element jest zgodny z wymogami zamawiającego
- 14.2.3. – str. 9, 19 i 20 „Koncepcji działań” – opisany element jest zgodny z wymogami zamawiającego
- 14.2.2. – str. 12 i 13 „Koncepcji działań” – opisany element jest zgodny z wymogami zamawiającego
- 14.1.3. – str. 5, 6, 9, 12-13, 15 i 16-17 „Koncepcji działań” – opisany element jest zgodny z wymogami zamawiającego

Wobec tego „Koncepcja działań” spełniająca założenia zamawiającego, a więc zawierająca określone niezbędne minimum, nie może być uznana - wbrew twierdzeniom odwołującego - za niezgodną z treścią SIWZ i odrzucona. Okoliczność, iż odwołujący uważa, że „Koncepcja działań” wykonawcy MOTA – ENGIL jest zbyt mało szczegółowa nie oznacza, że jest ona niezgodna z SIWZ. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Nie potwierdził się także zarzut przyznania niewłaściwej ilości punktów „Koncepcji działań” wykonawcy MOTA – ENGIL. Odwołujący poza ogólnym stwierdzeniem, że Koncepcja ta powinna otrzymać „0” punktów nie przedstawił żadnych argumentów tezę tę potwierdzających. Tymczasem ciężar dowodów – zgodnie z art. 6 k.c. – ciążył właśnie na nim.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie przez Strony oraz Uczestnika postępowania, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....