

WYROK

z dnia 9 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Ernest Klauziński
Irmína Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2021 r. przez wykonawcę

Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez

Skarb Państwa - Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w którego imieniu działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie

przy udziale wykonawcy „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu zgłaszającego przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Budimex Spółkę akcyjną i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Budimex Spółki akcyjnej na rzecz Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3391/21

Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Babica (bez węzła) - Jawornik długości około 11,6 km” na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 lipca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 127-335663. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - Budimex S.A. 18 listopada 2021 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych w zw. art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez

nieprawidłowe i nieuzasadnione dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że w toku znajduje się postępowanie odwoławcze KIO 3210/21, którego rozstrzygnięcie decydować będzie o możliwości udostępnienia odtajnionych dokumentów z pism z wyjaśnieniami dotyczącymi przesłanki wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o., zwanego dalej „Intercor” lub „Przystępującym”, co uniemożliwia Odwołującemu weryfikację prawidłowości dokonania przez Zamawiającego badania i oceny oferty Intercor, w tym sformułowania potencjalnych zarzutów odnoszących się do prawidłowości wykazania przez Intercor braku podstaw do wykluczenia, co w konsekwencji oznacza, że dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w tym stanie rzeczy było co najmniej przedwczesne i narusza wskazane powyżej przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, Kodeksu cywilnego oraz jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego,

2. art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2

ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieujawnienie wszystkich załączników do protokołu postępowania niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której sam Zamawiający uznał, iż załączniki do protokołu postępowania odnoszące się do merytorycznej treści wyjaśnień składanych przez Intercor wraz z załącznikami nie zasługują na ochronę jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, co spowodowało naruszenie zasady jawności postępowania i uniemożliwiło wykonawcom sformułowanie wszystkich potencjalnych zarzutów dotyczących prawidłowości wykazania przez Intercor braku podstaw do wykluczenia,

3. art. 224 ust. 1 w zw. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania weryfikacji przygotowania wykonawcy Intercor do realizacji przedmiotu zamówienia, co przejawia się w:

a) zaniechaniu wezwania Intercor do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych,

b) zaniechaniu wezwania Intercor do złożenia wyjaśnień elementów treści oferty dotyczących weryfikacji, czy oferta Intercor uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia w sytuacji, gdy okoliczności przedmiotowej sprawy wskazywały na konieczność starannej weryfikacji oferty złożonej przez Intercor.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Intercor i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której przekazana zostanie wykonawcom pełna treść wyjaśnień złożonych przez Intercor, odtajnionych przez Zamawiającego pismem z 20 października 2021 r.,

2. wezwania Intercor do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

3. wezwania Intercor do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty tego wykonawcy w zakresie elementów mających wpływ na realizację przedmiotu zamówienia w celu weryfikacji, czy oferta Intercor uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia

oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że pismem z 27 września 2021 r. Zamawiający skierował do Intercor pismo z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia zawartego w formularzu JEDZ w odniesieniu do podstawy wykluczenia z postępowania uregulowanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odpowiedzi Intercor, w piśmie z 8 października 2021 r., przedstawił złożone z części jawnej i części tajnej wyjaśnienia wraz z szeregiem dowodów, również oznaczonych jako tajne i jawne. Jednocześnie w części VI pisma uzasadnił tajemnicę przedsiębiorstwa, w części tajnej natomiast dołączył załączniki nr 5-9, 14, 15, 19-22, 25-28, 31-33, 44-51. Pismem z 20 października 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu czynności odtajnienia ww. pisma z wyjaśnieniami wraz z przekazanymi załącznikami z wyjątkiem załączników nr: 14, 27, 28, 32 i 33. Dodatkowo Zamawiający odtajnił załączniki

nr 47-51, a Intercor postanowił nie kwestionować tej czynności. Zamawiający uznał, że Intercor nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym że stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne

informacje posiadające wartość gospodarczą. Ponadto Zamawiający stwierdził, że część informacji (w zakresie odtajnionych) jest łatwo dostępna dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, a tym samym nie mogą zostać one uznane za prawidłowo objętą tajemnicą przedsiębiorstwa.

2 listopada 2021 r. Intercor wniósł odwołanie od czynności odtajnienia informacji zawartych

w wyjaśnieniach i załącznikach stanowiących dowody zastrzeżonych przez Intercor jako tajemnica przedsiębiorstwa (z wyjątkiem załączników nr 47-51). Odwołujący przystąpił do

tego odwołania. Otrzymało ono sygnaturę KIO 3210/21, a posiedzenie zostało wyznaczone na 24 listopada 2021 r.

8 listopada 2021 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Intercor z zaoferowaną ceną brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 1.253.370.000,00 złotych.

W związku z wniesieniem przez Intercor odwołania na czynność odtajnienia dokumentów

Zamawiający zdecydował się ich nie udostępniać mimo wniosku o wgląd do protokołu postępowania i jego załączników, skierowanego przez Odwołującego 9 listopada 2021 r.

W zakresie zarzutu nr 1 i 2 Odwołujący wskazał, że wobec działań Zamawiającego

pozbawiony został możliwości szczegółowej analizy wyjaśnień wykonawcy Intercor, w których, jak się spodziewa, zaprezentowane zostały szczegóły dotyczące sytuacji Intercor

w kontekście potencjalnego ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie jawnych dokumentów złożonych przez Intercor i udostępnionych przez Zamawiającego Odwołujący wywnioskował, że w dokumentach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa znajdują się informacje dotyczące faktów i okoliczności

związanych z naliczeniem przez zamawiającego kar umownych, a ich przedstawienie

Zamawiającemu miałoby służyć wykazaniu, że nie doszło do ziszczenia się w odniesieniu do

Intercor okoliczności wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym ziszczenie się przesłanek określonych w przepisie skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Sam Zamawiający w piśmie z 20 października 2021 r. wskazał na brak waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w informacjach, które wykonawca ten zastrzegł w ramach przedkładanych przez siebie wyjaśnień i załączników. Z pisma Zamawiającego wynika, że zastrzeżone przez wykonawcę Intercor informacje, tj. wyjaśnienia zawarte w pliku „wyjaśnienia z art. 128 ust. 4 kary umowne tajemnica przedsiębiorstwa” na str. 8-18 i folder „załączniki tajemnica przedsiębiorstwa” zawierający załączniki nr 5-9, 15, 19-22, 25, 26, 31, 44-51 „są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, a tym samym nie mogą

zostać uznane za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa”. W zakresie folderu „załączniki

tajemnica przedsiębiorstwa” zawierającego załączniki nr: 14, 27, 28, 32, 33 Zamawiający uznał, że „zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym stanowią informacje posiadające wartość gospodarczą.” Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę na okoliczność, że „w treści uzasadnienia w zakresie informacji, które Zamawiający odtajnia niniejszym pismem nie wykazano konkretnych okoliczności faktycznych, których wystąpienie uzasadniałoby uznanie zastrzeganej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedłożone uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane

w kategoriach uprawdopodobnienia, a co dopiero wykazania. Uzasadnienie zawiera szereg ogólników, które nie mogą stanowić „wykazania” zasadności zastrzeżenia, którego wymaga ustawodawca od wykonawcy w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.”

Po dokonaniu analizy jawnej części pisma z wyjaśnieniami Intercor Odwołujący uznał, że Intercor nie wykazał zasadności objęcia zastrzeżonych przez siebie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, posługując się w ramach uzasadnienia ogólnikowymi twierdzeniami, nie

zindywidualizowanymi dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Zdaniem Odwołującego jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji oświadczeń i dokumentów.

Kwestia dostępu do informacji i dokumentów Intercor ma w tym przypadku istotne znaczenie,

ma bowiem związek z możliwością ustalenia zaistnienia przesłanki wykluczenia

z postępowania. Jednak Odwołujący, nie posiadając kompletu informacji dotyczących sytuacji Intercor, nie jest w stanie samodzielnie potencjalnego zaistnienia przesłanki zweryfikować. W sytuacji, w której Odwołujący otrzymałby dostęp do dokumentów odtajnionych przez Zamawiającego, miałby szansę sformułowania dodatkowych zarzutów odnoszących się do sytuacji Intercor w postępowaniu.

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. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Część zastrzeżonych w wyjaśnieniach informacji nie ma charakteru technicznego, technologicznego czy organizacyjnego przedsiębiorstwa, a przede wszystkim informacje te są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji, co potwierdził Zamawiający w piśmie z 20 października 2021 r. Zamawiający jednak podjął działania, które de facto chronią to niezasadne zastrzeżenie. Działania Zamawiającego zmierzają do faktycznej ochrony interesów tego z wykonawców, który stosuje ustawową możliwość utajnienia niektórych informacji jedynie na potrzeby gry konkurencyjnej. Zamawiający miał możliwość podjęcia stosownych działań zmierzających do odtajnienia rzeczonych informacji jeszcze w toku postępowania, tak, aby w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej każdy z zainteresowanych dysponował kompletem informacji umożliwiających mu faktyczną weryfikację prawidłowości dokonanego przez Zamawiającego wyboru w przewidzianym ustawowo 10-dniowym terminie. Czynności zmierzające do odtajnienia Zamawiający mógł podjąć znacznie szybciej biorąc pod uwagę sekwencję korespondencji wymienianej z Intercor albo też wstrzymać się z dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konkurujący wykonawcy, w tym Odwołujący, nie otrzymali odtajnionych dokumentów, a wobec dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie otrzymali też czasu na weryfikację dokumentów i oświadczeń mających wpływ na potencjalne zaistnienie przesłanki wykluczenia Intercor z postępowania. Terminy dokonywania przez Zamawiającego poszczególnych czynności dotyczących odtajnienia i wyboru oferty najkorzystniejszej uniemożliwiły Odwołującemu efektywne skorzystanie z zagwarantowanych mu ustawowo środków ochrony prawnej. Działanie takie uznać należy za wprost godzące w zasadę

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym opisywane działania Zamawiającego nie zasługują na aprobatę i powinny być eliminowane z obrotu. Wykazywane naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w okolicznościach niniejszej sprawy mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i samo w sobie determinuje konieczność uwzględnienia przedmiotowego odwołania. W sytuacji, w której Odwołujący miałby ustawowo zagwarantowany czas 10 dni na realną weryfikację wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Intercom, zyskałby możliwość skonkretyzowania i uzasadnienia poszczególnych, dostrzeżonych uchybień związanych z potencjalnym zaistnieniem przesłanek skutkujących koniecznością wykluczenia Intercom z postępowania i przedstawienia ich w ramach odwołania. W okolicznościach niniejszej sprawy, w przypadku uznania zasadności omawianych zarzutów, możliwym byłoby uznanie pozostałych zarzutów za przedwczesne, byłyby one bowiem możliwe do sformułowania dopiero przy ponownym wyborze oferty

najkorzystniejszej, dokonywanym z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, zgodnie

z którą na moment dokonywania tego wyboru wszelkie informacje niemające waloru tajemnicy przedsiębiorstwa byłyby udostępnione zainteresowanym. Tym samym ponowny wybór oferty najkorzystniejszej oznaczałby otwarcie drogi do stawiania wszelkich zarzutów względem oferty złożonej przez Intercom.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób, i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie konkretnego zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego i generuje ryzyko niemożliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Weryfikacja oferty pod kątem realności ceny i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej taką cenę służy w szczególności temu, aby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. Ustawodawca przewidział mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności przez dyspozycje art. 224 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych ma zatem zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy, zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny. Procedura weryfikacji prawidłowości i rzetelności kalkulacji ofertowej wdrożona musi być w każdym przypadku, gdy pojawiają się wątpliwości, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wątpliwości takie pojawiają się zwłaszcza, gdy zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i w takiej sytuacji uprawnienie do skorzystania z procedury wyjaśniającej przekształca się w obowiązek zamawiającego. Każdorazowo punktem wyjścia do oceny, czy cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej jest szacunkowa wartość zamówienia, a także ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców. Pomimo wskazania przez ustawodawcę pewnego pułapu procentowego uprawdopodobniającego zaistnienie rażąco niskiej ceny każdy z przypadków musi podlegać indywidualnej ocenie. Prawdopodobnym jest bowiem zaistnienie chociażby sytuacji, w której cena danej oferty nie będzie odbiegać od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert przez fakt zaniżenia tej średniej przez jedną ofertę cechującą się rażąco niską ceną. Dlatego należy wziąć pod uwagę, że to ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku.

W celu analizy tej okoliczności Odwołujący przeanalizował prowadzone w ostatnim czasie przez Zamawiającego postępowania pod kątem szacunkowego budżetu Zamawiającego w zestawieniu z rozpiętością cenową ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców oraz procedur wdrażanych przez Zamawiającego związanych z weryfikacją realnej możliwości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w kontekście zaoferowanej ceny i zgodności oferty z wymaganiami. Analizie podlegały następujące postępowania zbliżone pod względem przedmiotu zamówienia z aktualnie prowadzonym:

- Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/A węzeł „Bieruń” (z węzłem) - węzeł „Oświęcim” (bez węzła) wraz z obwodnicą Bierunia,
- Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, odcinek I/B węzeł „Kosztowy II” (z węzłem) - węzeł „Bieruń” (bez węzła),
- Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 1 od węzła Bydgoszcz Południe do węzła Emilianowo wraz z rozbudową DK 25,
- Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec,
- Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 3 od węzła Solec do węzła Toruń Zachód,
- Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 4 od węzła Toruń Zachód do węzła Toruń Południe,
- Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Ostrów Mazowiecka - Szczuczyn, odcinek: węzeł „Łomża Zachód” (z węzłem) - węzeł „Kolno” (bez węzła),
- Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74

Przełom/Mniów - Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód).

Rozpiętość cenowa składanych w tych postępowaniach ofert waha się w przedziale 20% - 32% (różnica pomiędzy najtańszą a najdroższą ofertą). W aktualnym postępowaniu różnica pomiędzy najtańszą ofertą (Intercor) a najdroższą (Strabag Sp. z o.o.) sięga aż 50% (Intercor - 1.253.370.000,00 złotych brutto, Strabag - 1.885.979.502,87 złotych brutto). Fakt

wystąpienia aż takich rozbieżności powinien wzbudzić w Zamawiającym pewne wątpliwości

dotyczące realności zaoferowanej przez wykonawcę Intercor ceny i poszczególnych jej składników (istotnych części składowych), co w konsekwencji powinno skłonić go do

podjęcia próby weryfikacji rzeczywistej zdolności realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednak takiej weryfikacji nie dokonał.

Zdaniem Odwołującego zaistniały w nim okoliczności, które generować powinny wątpliwości

co do realności ceny zaoferowanej przez Intercor i powinny obligować Zamawiającego do wszczęcia procedury jej wyjaśnienia. Cena oferty Intercor znacznie odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Z analizy danych wynika wyraźnie, że oferta Intercor (podobnie zresztą jak kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 1.123.321.287,60 zł brutto) zostały znacznie zaniżone i nie odzwierciedlają tendencji rynkowych, będących najbardziej miarodajnym wskaźnikiem porównawczym - sztucznie zaniżając tym samym średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert i powodując uniknięcie formalnego zaktualizowania się konieczności przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Już sama ta okoliczność determinuje, iż Zamawiający powinien był wszcząć procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, opartą o art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Praktyką GDDKiA przed podjęciem decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej jest

kierowanie do wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień odnoszących się do stopnia mobilizacji wykonawcy w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Wezwania te są wieloaspektowe i szczegółowe, a poszczególne oddziały standardowo posługują się pewnym

wypracowanym na przestrzeni lat schematem wezwania, kompleksowo nawiązującym do stopnia mobilizacji i znajomości uwarunkowań danej inwestycji.

Odwołujący przedstawił spis prowadzonych przez Zamawiającego postępowania o zbliżonym przedmiocie zamówienia, w których Zamawiający kierował do poszczególnych wykonawców szereg pytań o szczegóły dokonanej wyceny, jak również pytań o zgodność przyjętych i zaplanowanych do realizacji rozwiązań z treścią dokumentacji. Z analizy danych wynika wniosek, że szczególnie w przypadku wyjątkowo trudnych, skomplikowanych i wartościowych postępowania, zasadą działania Zamawiającego jest kierowanie wniosków o przedstawienie wyjaśnień. Zamawiający wielokrotnie (w 21 postępowania na 27 badanych) zdecydował się na wdrożenie procedury weryfikacji przygotowania wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkowało wezwaniem do złożenia wyjaśnień, chociaż Zamawiający nie miał takiego obowiązku. Z doświadczenia Odwołującego wynika również,

że w przypadku procedury weryfikacyjnej istotne znaczenie ma również treść wezwania. Zamawiający bowiem formułuje obszernie i bardzo szczegółowe pisma, w których prosi o wyjaśnienie co najmniej kilkudziesięciu kwestii. Zamawiający standardowo korzysta zatem ze swojego uprawnienia do weryfikacji, czy złożona oferta spełnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji oraz czy cena oferty uwzględnia wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, tak, aby mieć pewność, czy powierza realizację wykonawcy będącemu realnie przygotowanym do jej wykonania. Mimo że aktualne postępowanie można zaliczyć do wyjątkowo wartościowych i skomplikowanych, Zamawiający nie zdecydował się przeprowadzić procedury wezwania wykonawcy Intercor do złożenia szczegółowych wyjaśnień, chociaż miał ku temu podstawy.

W przypadku 5 postępowań prowadzonych przez Zamawiającego (DK79 Obwodnica Lipska, S6 Słupsk - Bożepole Wielkie, S7 Widoma - Kraków, S7 Żalutki - Modlin oraz S12 Obwodnica Chelma) procedura wyjaśniania została wdrożona wobec wykonawcy Intercor, a następnie w jej wyniku oferta Intercor została odrzucona.

Z kalkulacji dokonanych przez Odwołującego wynika, że przy uwzględnieniu kosztów głównych czynników kosztotwórczych, które nie podlegają optymalizacji, cena łączna zaoferowana przez wykonawcę Intercor na poziomie 1.253.370.000,00 zł brutto jest ceną nierealną i kompletnie oderwaną od sytuacji rynkowej.

Niniejsze postępowanie dotyczy zaprojektowania i budowy drogi ekspresowej S19 o długości około 11,6 km na odcinku węzeł Babica (bez węzła) - Jawornik. Wyjątkowość tego zamówienia polega na tym, iż inwestycja poprowadzona jest w terenie górzystym, a to oznacza, że do pokonania są przeszkody m.in. w postaci górskich rzek, cieków i dolin. Zamawiający, przygotowując koncepcję programową dla tego zadania, przewidział wykonanie aż 7 estakad o łącznej długości 3780 mb. Zamawiający wskazał również, że

odcinek drogi ekspresowej S19 Babica - Jawornik przebiega przez teren o skomplikowanej budowie geologicznej, różnorodnym i skomplikowanym ukształtowaniu. W ramach inwestycji przewidziano do realizacji trzy obiekty: ES-22, ES-24 i ES-26, w których przewidywana wysokość najwyższych podpór pośrednich obiektów waha się pomiędzy 50 m a 100 m. Biorąc pod uwagę argumenty związane z: wielkością, skalą i stopniem skomplikowania inwestycji, szacowaną wartością inwestycji i okolicznością, że Zamawiający standardowo wdraża procedurę weryfikacji przygotowania wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, zasadne wydaje się, że również w przypadku tej inwestycji Zamawiający powinien był wdrożyć odpowiedni schemat postępowania polegający na dogłębnym wyjaśnieniu z wykonawcą Intercor, czy zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest realna i zawiera wszystkie niezbędne elementy wynikające z dokumentacji postępowania i specyfiki planowanej inwestycji.

Odwołujący powziął jednocześnie pewne wątpliwości związane z obszarami mającymi wyjątkowe znaczenie w kontekście inwestycji. W ocenie Odwołującego Zamawiający również powinien takie wątpliwości powziąć, szczególnie ze względu na konieczność realizacji 7 estakad o łącznej długości 3780 mb. Zamawiający powinien był dokonać weryfikacji, czy oferta Intercor w ogóle uwzględnia wykonanie estakad, a także jakie parametry tych obiektów wykonawca Intercor przewidział do wykonania, tj. jaką zaplanował ich długość i szerokość, w jakiej technologii zamierza je zrealizować - czy przewidział technologię nasuwania podłużnego, nawisową lub inną i czy parametry obiektów są zgodne z wymogami PFU oraz decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Dotychczas nie zdarzyło się postępowanie, gdzie w zakresie prac było do wykonania aż tyle obiektów inżynierskich o tak skomplikowanym charakterze. Zamawiający tymczasem nie wezwał na duży wykonawcy Intercor do przedstawienia podstawowych założeń koncepcyjnych oraz realizacyjnych przyszłego obiektu, polegając jedynie na szczątkowych informacjach zawartych w treści złożonej oferty.

Innym ważnym i nietypowym elementem, który należało uwzględnić w składanej ofercie, był zakres dotyczący zabezpieczenia osuwisk, czyli terenów znajdujących się na skarpach wzniesień, które należało zabezpieczyć przed niepożądanym osuwaniem się ziemi na terenach o dużym pochyleniu. Zamawiający sam zwraca uwagę na okoliczność organizacji prac budowlanych na bardzo trudnym terenie, podkreśla również szczególnie kwestię występowania obszarów osuwiskowych i predysponowanych osuwiskowo, głębokich jarów, wzniesień, dolin, co musi znaleźć odzwierciedlenie w ofercie wykonawcy.

Okoliczność, czy Intercor przewidział w ramach oferty zabezpieczenie osuwisk, jest kwestią kluczową. Zamawiający takiej weryfikacji nie dokonał.

W ocenie Odwołującego, gdyby wykonawca Intercor włączył do wyceny elementy związane ze zgodną z postanowieniami dokumentacji budową 7 estakad oraz uwzględnił zabezpieczenie osuwisk, nie byłby w stanie zaoferować ceny na poziomie określonym

w ofercie.

Odwołujący wskazał tabelaryczne zestawienie wyszczególnienia elementów zryczałtowanych przedstawionych przez Odwołującego, wykonawcę Intercor oraz wartości szacunkowych przyjętych przez Zamawiającego. Wynika z niego, że w zakresie kosztów wymagań ogólnych wykonawca Intercor zaoferował cenę różniącą się w sposób istotny od szacunkowej wartości przewidzianej przez Zamawiającego. Podobnie jeśli chodzi o elementy związane z dokumentami wykonawcy:

Z porównania wykazu płatności przedstawionego przez wykonawcę Intercor, Odwołującego oraz szacunkowej wartości zamówienia wynika, iż oferta Intercor uwzględnia jedynie 30 mln złotych na koszty wymagań ogólnych, przy czym sam Zamawiający przewidział na realizację

tej części 54,8 mln, zaś Budimex - 68,9 mln. Należy zatem uwzględnić, że wykonawca Intercor przewidział dwukrotnie niższe koszty niż Zamawiający czy Odwołujący. W celu zaprezentowania różnic w wycenie zaoferowanej przez Odwołującego i wykonawcę Intercor, Odwołujący przedstawił porównanie szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia z uszczegółowieniem poszczególnych pozycji Odwołującego.

Kolejnym ważnym i nietypowym elementem, który należało uwzględnić w składanej ofercie ze względu na stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia oraz charakterystykę terenu jest także koszt oraz technologia niezbędna do wykonania podpór pośrednich oraz ustrojów obiektów inżynierskich. Aby prawidłowo zrealizować podpory pośrednie oraz ustroje obiektów inżynierskich - do tego na znacznych wysokościach, należy uwzględnić odpowiednie technologie wznoszenia obiektów inżynierskich, które przekraczają przeszkody typu rzeki górskie, cieki i doliny. Taką technologią jest wykonywanie ustrojów obiektów metodą nasuwania podłużnego lub metodą nawisową. To samo tyczy się wykonania podpór pośrednich do wysokości rzędu 100 m. Aby prawidłowo wykonać podpory oraz ustrój obiektu, należy uwzględnić transport materiałów budowlanych na znaczne wysokości. Możliwe jest to poprzez zastosowanie odpowiednich żurawi budowlanych mogących przetransportować materiały na odpowiednią wysokość. To wszystko powoduje, iż należy uwzględnić w wycenie zwiększone koszty robocizny oraz sprzętu w porównaniu do standardowych obiektów inżynierskich projektowanych na terenach płaskich, gdzie wysokość podpór pośrednich i rozpiętość przęsła nie jest problematyczna i kłopotliwa. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien był zweryfikować, czy szacowana wartość robót uwzględnia niezbędne technologie do prawidłowego wykonania omawianych obiektów i jednocześnie zweryfikować, czy oferta wykonawcy Intercor zawiera niezbędne koszty do wykonania tych obiektów. Zamawiający jednak takiej weryfikacji nie dokonał.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, zgodnie z przedłożoną fakturą.

W zakresie zarzutu wyboru oferty najkorzystniejszej mimo braku udostępnienia wszystkich załączników do protokołu Zamawiający wskazał, że postępowanie odwoławcze KIO 3210/21 dotyczące czynności „odtajnienia” dokumentów Intercor zostało zakończone ogłoszeniem 25 listopada 2021 r. wyroku oddalającego odwołanie w całości. W konsekwencji przedstawione w tym zakresie przez Odwołującego zarzuty obecnie nie przystają do stanu faktycznego. Przystępujący złożył datowane na 25 listopada 2021 r. pismo stanowiące zapowiedź wniesienia skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie oraz wniosek o wstrzymanie ujawnienia dokumentów do czasu uprawomocnienia się przedmiotowego wyroku. Czynność ujawnienia dokumentów ma charakter nieodwracalny, zatem w przypadku uwzględnienia skargi Przystępującego zachodzi ryzyko odpowiedzialności odszkodowawczej Zamawiającego. Czynność „odtajnienia” dokumentów przedkładanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może nastąpić na każdym jego etapie, stosownie do decyzji zamawiającego. Żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie obliguje Zamawiającego do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej dopiero po zakończeniu badania ofert w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i uprawomocnienia się rozstrzygnięć dotyczących czynności w tym zakresie. Często czynności te dokonywane są wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej. Kwestia ta jest nieregulowana przepisami, zatem Zamawiający może ją podjąć na każdym etapie badania ofert, zaś wybór oferty najkorzystniejszej będzie najpóźniejszym momentem na tę czynność.

Udostępnienie protokołu w myśl § 5 ust. 4 rozporządzenia z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić niezwłocznie, tj. w realnym terminie, uwzględniającym okoliczności faktyczne. Jednocześnie, zgodnie z przepisem art. 577

ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie

może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze - a tym samym może podjąć każdą inną czynność w postępowaniu, w tym przykładowo dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Zamawiającego zarzut zaniechania odtajnienia załączników nr 14, 27, 28, 32 i 33 do wyjaśnień Przystępującego z 8 października 2021 r. jest spóźniony, ponieważ o czynności Zamawiającego, a tym samym i zaniechaniu stanowiącym substrat zaskarżenia, Odwołujący powziął wiadomość najpóźniej 2 listopada 2021 r., po doręczeniu treści odwołania Przystępującego KIO 3210/21. W treści przedmiotowego odwołania zostało wskazane, jakie załączniki zostały zachowane w poufności w związku z pismem w przedmiocie odtajnienia z 20 października 2021 r. Jednocześnie część jawna wyjaśnień Intercor została udostępniona Odwołującemu 5 listopada 2021 r. W konsekwencji Odwołujący w tym czasie powziął informację, a tym samym termin na wniesienie odwołania upłynął najpóźniej 15 listopada 2021 r. Dodatkowo pozostawienie w poufności załączników nr 14, 27, 28, 32 i 33 pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Treść przedmiotowych wyjaśnień dotyczyła jednej z przesłanek wykluczenia, a Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że nieudostępnione dokumenty mogą zawierać informacje wskazujące na okoliczności wykluczenia, a tym samym mogące mieć wpływ na wynik. Treść wyjaśnień w części jawnej została Odwołującemu udostępniona, zatem, skoro na tej podstawie Odwołujący nie skonstruował szczegółowego zarzutu, treść załączników pozostaje indyferentna dla przebiegu postępowania.

Co do zarzutu dotyczącego procedury wyjaśnień ceny oferty Zamawiający powołał się na treść art. 224 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że w niniejszej sprawie

wszystkie złożone oferty przekraczają wartość zamówienia powiększoną o podatek od

towarów i usług, będącą jednocześnie kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający dokonał czynności szacowania z należytą starannością na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie PFU, z uwzględnieniem optymalizacji kosztów prac projektowych i kosztów robót budowlanych ustalonych w koncepcji programowej dla wariantu B+1 z uwzględnieniem aktualnych tendencji rynkowych. Szacowanie wartości zamówienia uwzględnia także specyfikę zamówienia i wszystkie jego istotne elementy, w tym także estakady czy zabezpieczenie osuwisk.

Wykonawcy składając ofertę oświadczyli o znajomości treści specyfikacji warunków zamówienia. Ponadto należy wziąć pod uwagę swoiste domniemanie faktyczne poprawności kalkulacji ceny ofertowej, wynikające z okoliczności, że każdy wykonawca jest przedsiębiorcą, a więc podmiotem z definicji nastawionym na zysk, który działa na rynku w celu osiągnięcia możliwie godziwego dochodu. Trudno w świetle powyższego zaakceptować pogląd, że wykonawca intencjonalnie wskazuje cenę oferty nierynkową, nierealną i niepozwalającą na prawidłową realizację zamówienia i osiągnięcie zysku.

Wobec złożenia oferty zawierającej cenę ryczałtową wraz z oświadczeniem o jej zgodności z treścią specyfikacji warunków zamówienia oraz przedłożenia wykazu płatności zawierającego wyszczególnienie elementów zryczałtowanych Zamawiający nie widzi podstaw do kwestionowania takiego oświadczenia woli. Każdy wykonawca ma prawo do własnej polityki cenowej, w tym skali zyskowności, na co Zamawiający nie ma wpływu.

Z dowodów przedłożonych przez Odwołującego wynika, że w każdym postępowaniu, które prowadzi Zamawiający, dochodzi do różnic pomiędzy ofertami. Sposób działania Zamawiającego w innych postępowaniach jest indyferentny, konkretne prace wykonuje komisja przetargowa złożona z różnych osób i to w ich kompetencjach leży decydowanie o fakcie i treści wezwania do wyjaśnień. Tym samym okoliczność, iż w postępowaniu sprzed trzech lat Zamawiający wystosował wezwanie o określonej treści i celu, nie może determinować decyzji podejmowanych obecnie, gdyż każde postępowanie charakteryzuje się własną specyfiką i nie sposób twierdzić o jakichkolwiek analogiach pomiędzy nimi.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający podjął decyzję o zaniechaniu wzywania do wyjaśnień na podstawie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż komisja przetargowa dokonała badania wstępnego złożonych ofert pod kątem, czy zachodzą podstawy do przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego w zakresie rażącego zaniżenia ceny. Ustalona 21 kwietnia 2021 r. szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług wynosi 1.123.321.287,60 zł brutto. Z uwagi na brak zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia,

Zamawiający nie dokonał zmiany (aktualizacji) wartości zamówienia. W postępowaniu złożono oferty z cenami brutto: Polaqua Sp. z o. o. 1.844.134.183,32; PORR S.A. 1.510.230.940,41; Budimex S.A. 1.460.674.864,74; Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. 1.253.370.000,00; konsorcjum Mostostal Warszawa S.A i Acciona Construcción S.A

1.680.595.176,29; Strabag Sp. z o. o. 1.885.979.502,87; konsorcjum Stecol Corporation, Skabud Sp. z o. o. sp. komandytowa i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych KBI Sp. z o. o. 1.771.675.968,68; konsorcjum Metrostav Infrastructure a.s. i Metrostav Polska S.A. 1.476.646.621,06.

Przeprowadzone zostało badanie wstępne, którego celem była ocena, czy zachodzi konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w oparciu o następujące kryteria: a) kryterium arytmetyczne względem ubruttowionej wartości szacunkowej zamówienia oraz różnicy w stosunku do kolejnej droższej oferty, które przedstawiały się następująco (cena oferty, różnica w stosunku do kolejnej droższej oferty, różnica ofert w stosunku do wartości zamówienia brutto w złotych i procentach):

1.253.370.000,00	-207.304.864,74	130.048.712,40	11,6%
1.460.674.864,74	-15.971.756,32	337.353.577,14	30,0%
1.476.646.621,06	-33.584.319,35	353.325.333,46	31,5%
1.510.230.940,41	-170.364.235,88	386.909.652,81	34,4%
1.680.595.176,29	-91.080.792,39	557.273.888,69	49,6%
1.771.675.968,68	-72.458.214,64	648.354.681,08	57,7%
1.844.134.183,32	-41.845.319,55	720.812.895,72	64,2%
1.885.979.502,87		762.658.215,27	67,9%

Komisja przetargowa przyjęła, że wątpliwość co do sposobu kalkulacji ceny zachodzi w stosunku do ofert, których cena odbiega od ubruttowionej szacunkowej wartości zamówienia o więcej niż 30%. Analiza cen ofert wykazała, że wszystkie oferty zawierają ceny wyższe o więcej niż 11,0% od wartości zamówienia. Komisja przetargowa uznała więc, że przeprowadzona analiza nie daje podstaw do stwierdzenia, że zachodzą przesłanki do przeprowadzenia procedury wyjaśniania ofert.

b) kryterium arytmetyczne względem średniej cen ofert, w którym punktem odniesienia jest średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do ceny całkowitej oferty. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi

1.610.413.407,17 PLN brutto. Dało to odpowiednio w złotych i procentach		
1.253.370.000,00	-357.043.407,17	-22,2%
1.460.674.864,74	-149.738.542,43	-9,3%
1.476.646.621,06	-133.766.786,11	-8,3%
1.510.230.940,41	-100.182.466,76	-6,2%
1.680.595.176,29	70.181.769,12	4,4%
1.771.675.968,68	161.262.561,51	10,0%
1.844.134.183,32	233.720.776,15	14,5%
1.885.979.502,87	275.566.095,70	17,1%

Komisja przetargowa uznała, iż tylko cztery oferty są niższe od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, przy czym różnica ta w żadnym przypadku nie przekracza 30%, w związku z tym brak jest podstaw do stwierdzenia, że zachodzą przesłanki do przeprowadzenia procedury wyjaśniania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.

Wszystkie złożone oferty są wyższe od szacunkowej wartości zamówienia, komisja przetargowa nie powzięła więc wątpliwości, że cena którejs z ofert może być rażąco niska, stąd nie wynikała konieczność wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na podstawie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta Intercor znacząco (o 130.048.712,40 zł brutto) przewyższa kwotę szacunkowej wartości zamówienia i kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wykonawca w odwołaniu powołuje się na przeprowadzoną analizę postępowań prowadzonych przez Zamawiającego pod kątem szacunkowego budżetu w zestawieniu

z rozpiętością cenową ofert oraz procedur związanych z weryfikacją realnej możliwości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w kontekście zaoferowanej ceny i zgodności oferty z wymaganiami. Przeprowadzona analiza jest błędna, a jej wnioski chybione, ponieważ jako punkt wyjściowy Odwołujący przyjął postępowania jakoby zbliżone pod względem przedmiotu zamówienia do niniejszego. Jednak postępowania te nie są postępowaniami na tyle podobnymi do przedmiotowego, aby przyznać słuszność argumentacji Odwołującego.

Trudno też zgodzić się z poglądem Odwołującego, że sytuacja, w której różnica pomiędzy najtańszą ofertą (Intercor) a najdroższą (Strabag) sięgająca 50% powinna skłonić Zamawiającego do podjęcia konieczności sprawdzenia oferty najkorzystniejszej pod kątem rażąco niskiej ceny, skoro ustawodawca wyraźnie wskazuje na procentowy próg porównywalności ofert do średniej arytmetycznej złożonych ofert, nie zaś najdroższej. Jest to nadinterpretacja Odwołującego zbudowana wyłącznie na potrzeby udowodnienia żądań postawionych w odwołaniu.

Zamawiający tym samym nie podziela poglądu Odwołującego, że zaistniały okoliczności które generować powinny wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Intercor i powinny obligować Zamawiającego do wszczęcia procedury jej wyjaśnienia.

Zamawiający nie zgodził się również z poglądem, że oferta Intercor i kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zostały znacznie zaniżone i nie odzwierciedlają tendencji rynkowych. Zamawiający dokonał ustalenia wartości szacunkowej zamówienia z należytą starannością na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, z uwzględnieniem optymalizacji kosztów prac projektowych i kosztów robót budowlanych ustalonych w koncepcji programowej dla wariantu B+1 z uwzględnieniem aktualnych tendencji rynkowych (aktualnych ofert złożonych dla dwóch odcinków drogi ekspresowej S19: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Iskrzynia (z węzłem) do węzła Miejsce Piastowe (z węzłem) dł. ok. 10,3 km i Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Miejsce Piastowe (bez węzła) do węzła Dukla (z węzłem) dł. ok. 10,1 km).

Jak wynika z treści odwołania, przedstawione porównanie szacunkowej wartości przedmiotu

zamówienia z uszczegółowieniem poszczególnych pozycji kosztorysu sporządzonego przez Odwołującego na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego wskazuje, że większość pozycji nie odbiega znacząco do szacunku sporządzonego przez Zamawiającego, za wyjątkiem pozycji dotyczącej „Obiektów drogowych wraz z infrastrukturą związaną z drogą” oraz pozycji „Obiekty inżynierskie”. Zamawiający wyliczył, że obiekty mostowe znajdujące się w ciągu drogi ekspresowej mają łączną długość 3,47 km, zatem sama droga ma 8,13 km (11,60-3,47). Następnie Zamawiający wyliczone koszty robót drogowych dla 8,13 km, które wyniosły 370.536.951,67 zł brutto, podzielił na długość odcinka drogowego, co daje 44.070.324,43 zł brutto za 1 km odcinka samej drogi, a następnie dokonał porównania tej kwoty do najbardziej aktualnych postępowań przetargowych, przy czym porównania dokonano do całości oferty, a nie tylko kosztu samej drogi, co tym bardziej przekonało Zamawiającego, że szacunek w tym zakresie jest poprawny i rynkowy (dla

pierwszego z ww. zadań cena odcinka drogi ekspresowej wraz z obiektami mostowymi i robotami towarzyszącymi wyniosła 35.444.161,49 zł brutto za 1 km dla oferty najkorzystniejszej, a dla drugiego - 47 416 597,72 zł za 1 km dla oferty najkorzystniejszej.

W celu wyliczenia szacunkowej wartości zamówienia dla wszystkich obiektów mostowych Zamawiający posłużył się wyliczeniami sporządzonymi przez projektanta koncepcji programowej dla wariantu B+1, gdzie długość 7 estakad zlokalizowanych w ciągu głównym

drogi ekspresowej wynosi 3470 mb (260+202+232+282+847+499+1148), podczas gdy według Odwołującego to 3780 mb (458+202+232+342+847+551+1148), co wskazywałoby, że długość ta została przyjęta dla wariantu z koncepcji programowej, który został już na etapie wstępnym odrzucony przez Zamawiającego jako wariant nieekonomiczny. Stąd, jeśli Odwołujący założył w swojej ofercie taką właśnie długość tych estakad, to w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że zarówno wartość szacunkowa zamówienia, jak i wybrana oferta Intercor zostały zaniżone. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż Zamawiający w podstępowaniu wyraźnie zazaczył że „Materiały przekazane w TOM-ie V SWZ w zakresie niewymienionym powyżej oraz wszystkie inne materiały zawarte w TOM-ie V SWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystywać oraz interpretować na własne ryzyko.” Tym samym przedstawione w koncepcji programowej i zamieszczone w tomie V specyfikacji warunków zamówienia rozwiązania estakad nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. To zadaniem wykonawcy jest m.in. ich zaprojektowanie tych estakad zgodnie z wymogami PFU oraz DŚU. Zamawiający w PFU określił jedynie parametry przeszkód, nie definiując długości obiektów.

Również w wyjaśnieniach treści specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że dla celów oszacowania oferty należy przyjąć ilość obiektów wskazanych w tabeli 1.1 PFU, zaś docelowa ilość obiektów zależy będzie od rozwiązań projektowych przyjętych przez wykonawcę na etapie realizacji umowy (odpowiedź nr 42); Zamawiający w tabeli 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU nie określił ilości obiektów, wskazał jedynie ilość przeszkód do pokonania (odpowiedź nr 771); Zamawiający wyjaśnia, że dopuszcza zmianę sposobu pokonania przeszkody (tzn. zmianę obiektów góra/dół) wyłącznie w zakresie określonym w Programie Funkcjonalno- Użytkowym (odpowiedź nr 127); inwestycja jest prowadzona w trybie projektuj i buduj, do obowiązków wykonawcy należy zaprojektowanie m.in. niwelety drogi ekspresowej przy uwzględnieniu wymagań PFU oraz przepisów technicznych, przekazana w tomie V koncepcja programowa nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, poza zakresem opisanym w PFU, wykonawca otrzymał te materiały jedynie w celach informacyjnych i może je wykorzystywać oraz interpretować na własne ryzyko (odpowiedź nr 422).

Według kosztorysu z koncepcji programowej wartość wszystkich obiektów mostowych wynosi 624.277.114,05 zł brutto, gdzie projektant wskazuje, że kosztorys został sporządzony w oparciu o aktualne tendencje rynkowe na podstawie ofert wykonawców z ostatnich postępowań przetargowych na poziomie górnej granicy ofert.

Mając na uwadze fakt, że Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia nie wskazywał, jakie długości mają posiadać obiekty mostowe, a koncepcja programowa w tym zakresie jest materiałem niewiążącym dla wykonawców, wskazana powyżej cena została stosownie dostosowana do optymalizacji wynikających z zapisów PFU.

W wyniku dopuszczalności postanowieniami PFU optymalizacji rozwiązań projektowych wynikających z założeń koncepcji programowej, Zamawiający wyszacował, że wartość obiektów mostowych wynosi 569.877.114,06 zł brutto, co stanowi 50% wartości wszystkich robót objętych zamówieniem, co odpowiada proporcji wskazanej przez Odwołującego. Trudno więc również w tym przypadku dopatrzeć się zarzucanego zaniżenia wartości szacunkowej zamówienia, skoro sam Odwołujący wskazuje, że jego oferta odpowiada tendencjom rynkowym.

Zamawiający, sporządzając szacunkową wartość zamówienia dla pozycji „Wymagania Ogólne” przyjął na potrzeby wyceny maksymalną wartość ryczałtową tej pozycji (6%) w odniesieniu do całej wartości szacunkowej zamówienia, co wynika z jego doświadczeń, gdzie wykonawcy w przeważającej większości w swoich ofertach przyjmują maksymalną dopuszczoną przez zamawiającego wysokość zryczałtowaną. Niemniej przyjęcie niższej wartości ryczałtowej nie wskazuje w żadnej mierze na podejrzenie, że oferta taka może być rażąco niska, ponieważ Zamawiający przewidział jedynie maksymalny próg przyjęcia tej wartości, nie wskazując minimalnego. Podobne założenie dotyczy szacunkowej wartości zamówienia dla pozycji „Dokumenty Wykonawcy”, gdzie na potrzeby wyceny Zamawiający przyjął maksymalną wartość ryczałtową tej pozycji (5%) w odniesieniu do całej wartości szacunkowej zamówienia, gdyż wykonawcy w większości w swoich ofertach przyjmują maksymalną dopuszczoną przez Zamawiającego wysokość zryczałtowaną. Lecz przyjęcie niższej wartości ryczałtowej nie wskazuje na podejrzenie, że oferta taka może być rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że dokonał analizy przypadków postępowań prowadzonych przez GDDKiA w ciągu ostatnich lat i ustalił, że praktyką Zamawiającego kierowanie do wykonawców wezwań do wyjaśnień. Jednak Odwołujący nie wskazał, że przedmiotowe wezwania kierowane są do wykonawców, których oferty zostały skalkulowane poniżej szacunkowej wartości zamówienia lub wartości, jaką Zamawiający przewidział na sfinansowanie takiego zamówienia. Natomiast w 3 podstępowaniach, w których najniższą cenę zaoferował Odwołujący i przekraczała ona kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a jednocześnie różnica pomiędzy najtańszą a najdroższą ofertą wynosiła min. 40%, nie dokonano badania rażąco niskiej ceny oraz nie zadawano dodatkowych szczegółowych pytań technicznych w celu wyjaśnienia treści oferty. Nie jest więc prawdą, że Zamawiający standardowo korzysta ze swojego uprawnienia do weryfikacji. Twierdzenia te Odwołujący buduje wyłącznie na potrzeby niniejszego odwołania.

Odwołujący na potrzeby udowodnienia swoich żądań próbuje dowodzić, że inwestycja jest niezwykle skomplikowana, co jest okolicznością przemawiającą za koniecznością wdrożenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Jednak informacje prasowe zamieszczane przez Zamawiającego nie stanowią treści specyfikacji warunków zamówienia, stąd nie mogą stanowić dowodu, że oferta złożona przez Intercor może być rażąco niska i powinna być dodatkowo zbadana pod tym kątem.

Jak wynika z historii odwołań składanych w postępowaniach GDDKiA, wykonawcy w sposób

dowolny dokonują wykładni i interpretują fakty w sposób odmienny w zależności od żądania objętego konkretnym odwołaniem, nie bacząc na swoje wcześniejsze odmiennie stanowiska prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą. Z uwagi na powyższe, argumentacja przedstawiona w niniejszym odwołaniu, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący powołuje się na trudności związane z budową obiektów mostowych w terenie „górzystym” i konieczności stosowania technologii wykonywania ustrojów obiektów metodą nasuwania podłużnego lub metodą nawisową. Jednak inwestycja przebiega przez tereny co najwyżej „pagórkowate”, a wymienione technologie budowy dużych obiektów mostowych są od wielu lat z sukcesem stosowane na budowach. Nie są to rozwiązania nietypowe i innowacyjne każdy z profesjonalnych podmiotów zajmujących się budową mostów posiada umiejętność kosztorysowania tych robót i sporządzenia oferty.

Odnosząc się do zarzutu, iż „gdyby wykonawca Intercor włączył do wyceny swojej oferty elementy związane ze zgodną z postanowieniami dokumentacji budową 7 estakad, jak również uwzględnił w ramach wyceny zabezpieczenie osuwisk, nie byłby w stanie zaoferować ceny na poziomie określonym w ofercie” Zamawiający wskazał, że przeprowadził kalkulację, na podstawie której wywieść można, że zaoferowana przez wykonawcę Intercor cena oferty nie odbiega od wartości rynkowych. Przyjmując wyszacowane przez Odwołującego kwoty, przy założeniu, że uwzględniają one wszystkie wymagania specyfikacji warunków zamówienia w odniesieniu do obiektów inżynierskich i zabezpieczenia osuwisk, Zamawiający skalkulował, że w wykazie płatności Intercor w zakresie pozycji „Roboty” wyszacował kwotę 964.000.000,00 zł netto. Pomniejszając tę kwotę o kwoty wskazane w odwołaniu, na wykonanie drogi pozostaje kwota 270.657.221,77 zł netto (332.908.382,78 zł brutto), która obejmuje koszt budowy samej drogi ekspresowej o długości 8,13 km wraz z infrastrukturą związaną i niezwiązaną z drogą oraz elementami ochrony środowiska, melioracjami i innymi robotami, bez obiektów inżynierskich i zabezpieczenia osuwisk. Zatem koszt budowy jednego kilometra drogi ekspresowej, nie wliczając w to kosztu budowy obiektów inżynierskich i zabezpieczenia osuwisk, kosztów wymagań ogólnych i dokumentów wykonawcy, w ofercie Intercor może wynieść około 40.948.140,56 zł brutto za 1 km. Kwota ta nie jest kwotą, która odbiega od wartości rynkowych, a nawet przewyższa kwoty rynkowe. W bieżącym roku zawarte zostały umowy na zadania polegające na zaprojektowaniu i budowie drogi ekspresowej o przekroju dwujezdniowym dwupasowym, których wartość po przeliczeniu na kilometr drogi nie przekracza 40 mln zł brutto: S12 Obwodnica Chełma - 32.117.944,15 zł/km; S7 Miechów - Szczepanowice - 30 533 870,27 zł/km; obwodnica Opatowa w ciągu S74 - 36.603.269,95 zł/km; S19 Iskrzynia - Miejsce Piastowe - 35.441.540,13 zł/km. W świetle powyższego nie może potwierdzić się zarzut Odwołującego, iż gdyby wykonawca Intercor włączył do wyceny swojej oferty elementy związane ze zgodną z postanowieniami dokumentacji budową 7 estakad, jak również uwzględnił w ramach wyceny zabezpieczenie osuwisk, nie byłby w stanie zaoferować ceny na poziomie określonym w ofercie. Ponadto Odwołujący błędnie wyliczył całkowitą długość estakad. Odwołujący wskazał, że oferta Intercor i kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zostały znacznie zaniżone i nie odzwierciedlają tendencji rynkowych. Zamawiający dokonał symulacji wpływu poszczególnych ofert na średnią arytmetyczną, a następnie dokonał porównania tej średniej do oferty firmy Intecor. Z analizy tej wynika, że w żadnym z wariantów nie ziściłaby się konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W świetle całości powyższego zarzut Odwołującego jawi się jako nieuzasadniony.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Swoje szczegółowe stanowisko Przystępujący przedstawił w pismach procesowych z 30 listopada 2021 r. i 8 grudnia 2021 r. (omyłkowo datowanym na 30 listopada 2021 r.)

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub

może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia załączników nr: 14, 27, 28, 32 i 33 do wyjaśnień Przystępującego z 8 października 2021 r. jest spóźniony, ponieważ o czynności Zamawiającego, a tym samym i zaniechaniu stanowiącym substrat zaskarżenia Odwołujący powziął wiadomość najpóźniej 2 listopada 2021 r., po doręczeniu treści odwołania Przystępującego w sprawie o sygn. KIO 3210/21. Zatem Zamawiający wskazał na przesłankę odrzucenia zawartą w art. 528 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała jednak, że Odwołujący, pomimo wskazania powyższych okoliczności w treści odwołania, nie sformułował w niniejszym odwołaniu zarzutu w tym zakresie. Podobnie nie wskazywał podczas posiedzenia ani rozprawy na taki zarzut. Odwołanie dotyczy więc jedynie okoliczności związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej z 8 listopada 2021 r.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania, tj. w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, treść oferty Przystępującego oraz treść złożonych przez niego wyjaśnień (w części jawnej dla Odwołującego), a także czynności dokonywane przez Zamawiającego, nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism Stron i Przystępującego oraz stanowisk przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych w zw. art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez

nieprawidłowe i nieuzasadnione dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo że w tym czasie w toku znajdowało się postępowanie odwoławcze o sygn. KIO 3210/21, którego rozstrzygnięcie miało zdecydować o możliwości udostępnienia odtajnionych dokumentów dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu weryfikację prawidłowości dokonania przez Zamawiającego badania i oceny oferty Przystępującego,

2. art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2

ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieujawnienie wszystkich załączników do protokołu postępowania niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której sam Zamawiający uznał, iż dokumenty te nie zasługują na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, co spowodowało naruszenie zasady jawności postępowania i uniemożliwiło wykonawcom sformułowanie wszystkich potencjalnych zarzutów dotyczących prawidłowości wykazania przez Przystępującego braku podstaw do wykluczenia,

3. art. 224 ust. 1 w zw. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania weryfikacji przygotowania Przystępującego do realizacji przedmiotu zamówienia.

Powołane przepisy stanowią:

Art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się

przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740

i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: 1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: W toku badania i oceny ofert

zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (przy czym ust. 2 dotyczy możliwości poprawienia w ofercie oczywistych omyłki pisarskich i rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a art. 187 trybu dialogu konkurencyjnego). Art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Art. 5 Kodeksu cywilnego: Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 58 Kodeksu cywilnego: § 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. § 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. § 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez nieprawidłowe i nieuzasadnione dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo że w toku znajdowało się postępowanie odwoławcze o sygn. KIO 3210/21, którego rozstrzygnięcie miało zdecydować o możliwości udostępnienia odtajnionych dokumentów dotyczących przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania Izba stwierdziła, co następuje.

2 listopada 2021 r. Przystępujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odtajnienie wyjaśnień Przystępującego, podczas gdy wykazał on, że dokumenty te stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa; a w konsekwencji art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości oraz wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia dokumentów stanowiących wyjaśnienia oraz uznania, że wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wskazano w tym odwołaniu, Zamawiający pismem z 27 września 2021 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia zawartego w JEDZ w odniesieniu do podstawy wykluczenia z postępowania uregulowanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności: wyjaśnienia faktów i okoliczności

związanych z naliczeniem przez zamawiającego kar umownych, które są lub w niedalekiej przyszłości będą przedmiotem sporu sądowego, zwłaszcza wskazania, czy kary umowne naliczone zostały z przyczyn leżących po stronie odwołującego oraz wskazania, czy kary umowne zostały naliczone z uwagi na znaczny stopień lub zakres nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów o zamówienie publiczne lub umów koncesji. Pismem z 8 października 2021 r. Przystępujący przedłożył wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowiącymi w dużej mierze jego korespondencję z poszczególnymi zamawiającymi, stanowiska procesowe oraz dokumentację kontraktową, których tematem były szczegóły realizacji danego zamówienia publicznego. Przystępujący zastrzegł część opisową wyjaśnień wraz z częścią załączników jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 20 października 2021 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o odtajnieniu tych wyjaśnień z wyjątkiem załączników nr: 14, 27, 28, 32, 33. Przystępujący wskazał, że nie kwestionuje czynności Zamawiającego w zakresie odtajnienia załączników nr 47-51 (odwołanie nie obejmowało odtajnienia tych dokumentów).

Rozprawa przed Izbą odbyła się 24 listopada 2021 r., wyrok zaś - oddalający odwołanie - został ogłoszony 25 listopada 2021 r.

Pomiędzy wniesieniem odwołania a ogłoszeniem wyroku Izby Zamawiający, 8 listopada 2021 r., opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Pomimo wyroku w sprawie KIO 3210/21 oddalającego odwołanie, Zamawiający do dnia rozprawy nie udostępnił Odwołującemu żądanych dokumentów tłumacząc to zapowiedzianą skargą Przystępującego na wyrok Izby.

Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego narusza przepisy art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego, których treść została przywołana powyżej. Należy jednak zauważyć, że wszystkie przywołane przez Odwołującego przepisy mają jedynie charakter ogólny, natomiast sama ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obowiązku standstill, czy też nie zabrania wykonywania kolejnych czynności w postępowaniu pomimo wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i przed jego rozstrzygnięciem - poza jednym wyjątkiem wskazanym w art. 577 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z dyspozycją którego „w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze”. Tym samym - a contrario - przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych pozwalają mu na dokonywanie wszystkich innych czynności. Celem tego typu regulacji jest, aby nadmiernie nie opóźniać postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast jedynie czynność zawarcia umowy jest dla postępowania nieodwracalna i w sposób nieodwołalny kończy nie tylko samo postępowanie o udzielenie zamówienia, ale też konsumuje zamówienie publiczne w znaczeniu wykonania jego przedmiotu, pozostałe zaś czynności mogą zostać unieważnione i powtórzone, nawet w przypadku złożenia ofert. Czynność złożenia ofert jest bowiem również niepowtarzalna, ale tylko w ramach danej procedury postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast jeszcze nie konsumuje samego zamówienia publicznego (wykonania jego przedmiotu), które może być udzielone po unieważnieniu wadliwego postępowania i wszczęciu nowego. Regulacja taka ma wywierać ekonomikę postępowania przetargowego z interesami wykonawców korzystających ze środków ochrony prawnej. Z tych też powodów od nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w 2008 r. zakaz zawarcia umowy dotyczy tylko postępowania przed Izbą, a nie przed sądem.

Należy też zwrócić uwagę, że - zgodnie z poglądami orzecznictwa i piśmiennictwa uformowanymi wobec braku regulacji ustawowych w tym zakresie - decyzja co do zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie i dokumentach związanych z badaniem i oceną ofert, w tym wyjaśnieniach oferty, jest jedną z decyzji podejmowanych w toku czynności „badania i oceny ofert”, zatem zamawiający ma prawo ją podjąć na całym jej etapie, zatem nie tylko przed wyborem oferty najkorzystniejszej, ale także równocześnie z tym wyborem.

Wobec powyższego należy uznać, że dokonywanie przez Zamawiającego kolejnych czynności w postępowaniu, nawet w przypadku zawisłości przed Izbą odwołań, choć może być bardzo niekomfortowe dla wykonawców chcących korzystać ze środków ochrony prawnej wobec ofert konkurentów, samo w sobie nie jest uznawane za naruszenie wskazanych zasad postępowania czy zasad współżycia społecznego (choć oczywiście może się tak zdarzyć w indywidualnych stanach faktycznych) - w przeciwnym przypadku wprowadzono by stosowne regulacje, jak też uformowałyby się stosowne poglądy

orzecnictwa.

W związku z powyższym zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 74 ust. 1 w zw. z art. 74 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieujawnienie wszystkich załączników do protokołu postępowania niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, co spowodowało naruszenie zasady jawności postępowania Izba stwierdziła, co następuje.

Pismem z 27 września 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia zawartego w JEDZ w odniesieniu do podstawy wykluczenia z postępowania uregulowanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnień tych Przystępujący udzielił pismem z 8 października 2021 r., którego część wraz z częścią załączników zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismem z 20 października 2021 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o odtajnieniu tych wyjaśnień z wyjątkiem załączników nr: 14, 27, 28, 32, 33.

2 listopada 2021 r. Przystępujący wniósł odwołanie (sygn. KIO 3210/21) wobec powyższej decyzji Zamawiającego, przy czym wskazał, że nie kwestionuje odtajnienia załączników nr

47-51.

8 listopada 2021 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Wyrok Izby w sprawie KIO 3210/21 został ogłoszony 25 listopada 2021 r. Pomimo, iż w wyroku tym Izba oddaliła odwołanie Przystępującego uznając decyzję Zamawiającego o odtajnieniu wskazanych, zastrzeżonych dokumentów za prawidłową, Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu żądanych dokumentów tłumacząc to zapowiedzianą skargą Przystępującego na wyrok Izby i obawą o zapłatę odszkodowania w przypadku uwzględnienia przez sąd tej skargi.

W przeciwieństwie do poprzedniego zarzutu w niniejszym zakresie ustawodawca przewidział stosowne regulacje wskazując w art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek, a załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, za wyjątkiem ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które udostępnia się wcześniej, przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny.

Użyte w tym przepisie pojęcie „załączników do protokołu” zostało wyjaśnione w art. 73 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i są to: oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego. Pojęcie to obejmuje zatem również wyjaśnienia Przystępującego z 8 października 2021 r. Powyższa regulacja stanowi jeden z elementów realizacji zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonej w art. 18 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z ustępu 2. i 3. tego artykułu wynika, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie, w tym m.in. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy czym warunkiem jest, aby zastrzeżone informacje rzeczywiście miały charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawca je zastrzegający wykazał to w stosownym momencie. Kwestię tę zamawiający bada po otrzymaniu tych informacji.

W dalszej kolejności regulacje art. 74 oraz art. 18 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią wykonanie postulatu zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania, o których mowa w art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W rozważanym przypadku Zamawiający uznał, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje w przeważającej części nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, o czym poinformował Przystępującego 20 października 2021 r.

Zatem 8 listopada 2021 r., w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, stanowisko

Zamawiającego w tej kwestii było takie, że zastrzeżone dokumenty nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem powinny być jawne. Zamawiający wiedział też w chwili

wyboru oferty najkorzystniejszej, że jego decyzja z 20 października 2021 r. została zakwestionowana przez Przystępującego, a postępowanie odwoławcze jest w toku. Pomimo więc znajomości regulacji art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wiedzy o odwołaniu KIO 3210/21, zdecydował się na przekazanie wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a więc i na wszystkie konsekwencje tej decyzji, w tym wynikające z art. 74 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie ulega więc wątpliwości, że Zamawiający naruszył przepis art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji także art. 18 ust. 1 i 2 oraz art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie naruszył natomiast wskazanego art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem powyższe naruszenie obowiązku informacyjnego nie oznacza jeszcze, że sam wybór wykonawcy (oferty najkorzystniejszej) został dokonany z naruszeniem przepisów prawa.

Co do przywołanego przez Zamawiającego § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. poz. 2434): „Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie”, należy stwierdzić, że przepis ten nie stoi w opozycji do regulacji art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - nawet nie mógłby jako przepis niższej rangi. § 5 rozporządzenia jednak reguluje jedynie kwestie techniczne i organizacyjne udostępnienia protokołu, tj. w oryginale lub kopii, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz niezwłocznie.

To zaś, że Zamawiający zdecydował się poczekać z ujawnieniem spornych dokumentów do upływu terminu na wniesienie skargi do sądu lub wydania orzeczenia przez sąd, jest jego własną decyzją, za którą sam ponosi odpowiedzialność. Jak wskazano powyżej, ustawodawca nie bez przyczyny, lecz kierując się ekonomią postępowania o udzielenie zamówienia i czasowym urealnieniem działań zamawiających, od nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z 2008 r. nie powiązał obowiązków zamawiających z orzeczeniami sądu.

Pomimo jednak powyższego stwierdzenia naruszenia przepisów Izba uznała, że nie zachodzi formalna przesłanka uwzględnienia odwołania w tym zakresie, wskazana w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że Zamawiający co prawda nie wykonał swojego obowiązku wynikającego z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do wszystkich dokumentów składających się na wyjaśnienia Przystępującego z 8 października 2021 r., które uznał za podlegające ujawnieniu, a wyjaśnienia te dotyczyły potencjalnie istotnej kwestii związanej z wykluczeniem Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak zasadnicza część i kierunek wyjaśnień Przystępującego była jawna i znana zainteresowanym wykonawcom, zwłaszcza Odwołującemu, który pomimo tego nie zakwestionował niewykluczenia Przystępującego z postępowania. Sama zaś potencjalna możliwość, że po zapoznaniu się z innymi dokumentami Odwołujący być może jeszcze doszuka się jakichś podstaw faktycznych takiego wykluczenia, jest zbyt abstrakcyjna, by uznać, że powyższe naruszenie przepisów miało lub może mieć rzeczywisty wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba oddaliła również ten zarzut.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 w zw. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do realizacji przedmiotu zamówienia, co przejawia się w zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaofferowanej ceny lub jej istotnych części składowych oraz zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień elementów treści oferty dotyczących weryfikacji, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia Izba stwierdziła, co następuje.

Postępowanie dotyczy wykonania robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a Zamawiający, przygotowując wzór formularzy składających się na ofertę, które mieli złożyć wykonawcy, przewidział jedynie tabelę „Wykaz płatności”, w której zawarł 3 pozycje określone jako „ryczałt”: „Wymagania ogólne”, „Dokumenty wykonawcy” i „Roboty”, które Przystępujący wycenił odpowiednio na kwoty: 30.000.000, 25.000.000 i 964.000.000 złotych netto, łącznie 1.019.000.000 złotych netto i 1.253.370.000 złotych brutto.

W postępowaniu złożono osiem ofert z cenami brutto: Polaqua Sp. z o.o. 1.844.134.183,32;

PORR S.A. 1.510.230 940,41; Budimex S.A. 1.460.674 864,74; Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercom Sp. z o. o. 1.253.370.000,00; konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Construcción S.A. 1.680.595.176,29; Strabag Sp. z o. o. 1.885.979.502,87; konsorcjum Stecol Corporation, Skabud Sp. z o. o. sp. komandytowa i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych KBI Sp. z o. o. 1.771.675 968,68; konsorcjum Metrostav Infrastructure a.s. i Metrostav Polska S.A. 1.476.646.621,06.

Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego z ceną 1.253.370.000 zł brutto, która była ofertą z ceną najniższą spośród złożonych. Kolejne pod względem cenowym oferty opiewały na kwotę 1.460.674 864,74 i 1.476.646.621,06, a najdroższa na kwotę 1.885.979.502,87 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.123.321.287,60 zł brutto i taką też kwotę zamawiający wskazał jako kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia.

Jak podkreślił Zamawiający, wszystkie oferty przekroczyły ustaloną wartość szacunkową zamówienia, żadna z nich nie była też niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, zatem nie zachodziła przesłanka do obowiązkowego wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z tym przepisem obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny został nałożony na zamawiających jedynie w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Tym samym Zamawiający, jak i odwołujący się wykonawca musiałby przeanalizować, czy zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. czy zaoferowana przez Przystępującego cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. A w przypadku odwołującego - czy Zamawiającemu powinny wydawać się rażąco niskie i czy powinny budzić jego wątpliwości. Powyższe (że tak jest) Odwołujący powinien wykazać w odwołaniu jak też podczas rozprawy, tj. na tym etapie przynajmniej uprawdopodobnić, że tak jest, a Zamawiający owych podejrzeń i wątpliwości nie powziął w sposób nieuzasadniony.

W tym celu, w opinii Izby, niezbędne jest dokonanie przez Odwołującego i przedstawienie w odwołaniu poprawnej, jego zdaniem, kalkulacji ceny ofertowej wraz z uzasadnieniem, dlaczego uważa, że kalkulacja ta jest poprawna. Elementu tego, pomimo że jest kluczowy dla zarzutu, brak jednak w odwołaniu. Odwołujący wskazał jedynie pewne elementy tej kalkulacji - w części odwołania zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa (str. 33 i 34 odwołania) - w postaci kwot za poszczególne elementy: obiekty drogowe z infrastrukturą, obiekty inżynierskie (w tym podział na poszczególne estakady), infrastrukturę niezwiązaną z drogą, ochronę środowiska, zabezpieczenie osuwisk, melioracje, organizację i bezpieczeństwo ruchu, porównując obliczone przez siebie wartości z wartością szacunkową według Zamawiającego, w żaden jednak sposób nie wskazując, z czego akurat te wskazane przez niego kwoty wynikają i dlaczego akurat taka ich wartość jest prawidłowa.

Również samo wskazanie różnic w cenach ofert nie przesądza jeszcze o tym, że cena najniższa jest rażąco niska. Jest bowiem naturalne, że ceny ofert wykonawców się od siebie różnią, często w sposób znaczący.

Nie ma też proceduralnego znaczenia dla niniejszego postępowania „standardowa praktyka” oddziałów GDDKiA, jak też fakt, że w innych postępowaniach przetargowych GDDKiA wzywała wykonawców o wyjaśnienia. Praktyka ta zresztą również budziła pewne proceduralne wątpliwości i niedogodności - przykładowo vide wyrok KIO 1466/21, w której Przystępujący był odwołującym, a Odwołujący był przystępującym.

Tym samym Izba nie miała żadnych podstaw, by uznać, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony nie powziął wątpliwości co do poziomu ceny oferty Przystępującego i w sposób nieuzasadniony zaniechał wezwania z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Izba nie miała również żadnych podstaw, by uznać, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony zaniechał wezwania, o którym mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy zwrócić tu uwagę, że sformułowany przez Odwołującego zarzut dotyczy ogólnie „zaniechania dokonania weryfikacji przygotowania wykonawcy Intercor do realizacji przedmiotu zamówienia”, w tym „zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień elementów treści oferty dotyczących weryfikacji, czy oferta uwzględniła wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia”.

Trudno powiedzieć, w oparciu o jakie podstawy Zamawiający obecnie miałby dokonywać weryfikacji przygotowania wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia. Jeżeli Zamawiający chciałby badać tę kwestię, powinien był tego wymagać w ofercie, a nie w ramach wyjaśnień jej treści, która to treść „do wyjaśnienia” w zasadzie niemal nie istnieje. Jak bowiem wskazano powyżej, postępowanie dotyczy wykonania robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a Zamawiający, przygotowując wzór formularzy składających się na ofertę, które mieli złożyć wykonawcy, przewidział jedynie tabelę „Wykaz płatności”, w której zawarł 3 pozycje do wyceny, w tym pozycję „Roboty” oraz pozycje „Wymagania ogólne” i „Dokumenty wykonawcy”, których maksymalną wartość określił (narzucił) procentowo (odpowiednio 6 i 5% ceny oferty). Zatem w ofertach, w tym w ofercie Przystępującego, w ogóle nie opisywano zakresu zaoferowanego przedmiotu, w szczególności w odniesieniu do robót budowlanych, a jedynie podano globalną cenę ich wykonania. Tym samym trudno wskazać, jakie wątpliwości merytoryczne co do treści oferty mogłyby mieć Zamawiający. Wątpliwości te mogły dotyczyć jedynie zaoferowanej ceny, która była jedynym elementem wskazywanym przez wykonawcę w ofercie i która w przypadku Przystępującego rzeczywiście była co najmniej o kilkanaście procent niższa od cen pozostałych ofert.

Jako że wykonawcy w ogóle nie opisywali w ofercie zakresu planowanych robót, deklarując jedynie ogólnie ich wykonanie zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, to - wobec takiego sformułowania przedmiotu zamówienia i treści oferty, jaki ma miejsce w niniejszym postępowaniu - wykonawcy składają oferty w oparciu o wstępną koncepcję wykonania zamówienia, która zostanie sprecyzowana dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, która, co oczywiste, będzie musiała uwzględniać wszystkie wymagania PFU, DŚU, przepisów prawa oraz sztuki budowlanej. Zatem na tym etapie głównym elementem

rozważań co do poprawności merytorycznej/rzeczowej oferty jest to, czy zaoferowana cena pozwoli na wykonanie planowanych robót budowlanych zgodnie z powyższymi wymaganiami. Tym samym z logicznego i proceduralnego punktu widzenia - jeśli w ogóle - to odpowiednie wydawałoby się raczej zastosowanie trybu wezwania z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który również stanowi wyjaśnienie treści oferty, ale w konkretnym kierunku, tj. jej ceny. Zatem musiałaby tu zostać przeprowadzona kompleksowa analiza wyceny oferty w celu ustalenia, czy podana kwota jest wystarczająca dla poprawnego wykonania zamówienia, w szczególności w zakresie robót budowlanych. Jak jednak wskazano powyżej, Odwołujący nie udowodnił ani nie uprawdopodobnił, że zachodziły podstawy do zastosowania takiego wezwania.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie również w zakresie tego zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący, a Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od

odwołującego na rzecz zamawiającego.

Izba uwzględniła zatem uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: