

Sygn. akt: KIO 2746/23

WYROK z dnia 5 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Aleksandra Kot

Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 2 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby 18 września 2023 r. przez odwołującego:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones spółka akcyjna z siedzibą w Madrycie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, przy udziale:

- 1) Mostostal Warszawa spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- 2) Budimex spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, „Sp „Sine Midas Storny” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Aktobe oraz Yörük Yapı İnşaat A.Ş. z siedzibą w Ankarze, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez

Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą,

- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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 2022 r. poz. 1710 ze 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2746/23

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku od węzła „Czosnów” (z węzłem) do miejscowości Kiełpin”, nr postępowania: O/WA.D-3.2410.1.2023.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 3 lutego 2023 r., nr 2023/S 025-069833.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (dalej: „Odwołujący”) Aldesa Construcciones Polska spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones spółka akcyjna z siedzibą w Madrycie złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego i zaniechań podjętych w postępowaniu o zamówienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty Konsorcjum FABE, podczas gdy jej treść (treść składanych przez Konsorcjum FABE Wyjaśnień) jest niezgodna z warunkami zamówienia sprecyzowanymi przez Zamawiającego (treścią odpowiedzi na pytania do SWZ) w zakresie sposobu w jaki Konsorcjum FABE zaplanowało realizację odwodnienia przy realizacji zamówienia,
- 2) art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum FABE jako niejawnych części

Wyjaśnień, podczas gdy Konsorcjum FABE nie wykazało, że w stosunku do jakiejkolwiek części Wyjaśnień zachodzą przesłanki uzasadniające skuteczne zastrzeżenie ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa,

- 3) art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp przez dalsze prowadzenie procesu wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Konsorcjum FABE, podczas gdy już po otrzymaniu Wyjaśnień 1 przedłożonych przez Konsorcjum FABE Zamawiający powinien był dojść do wniosku, że Konsorcjum FABE nie sprostало obowiązкови wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a w dodatku prowadzony następnie przez Zamawiającego proces był niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
- 4) art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FABE jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy całość Wyjaśnień Konsorcjum FABE prowadzi do wniosku, że zaoferowana przez nie w Postępowaniu cena jest rażąco niska.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 8 września 2023 roku,
- 2) ponowne badanie i ocenę ofert i odrzucenie oferty Konsorcjum FABE,
- 3) odtajnienie informacji składanych przez Konsorcjum FABE w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku.

Ad zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum Fabe z SWZ

W ocenie Odwołującego niezgodność dotyczy sposobu w jaki wykonawca ten zaplanował realizację odwodnienia. Zdaniem Odwołującego, kluczowe znaczenie ma w tym kontekście pytanie 3 w Wezwaniu 3, które Zamawiający skierował do Konsorcjum Fabe

wskutek posiadanych wątpliwości. Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na nie, Konsorcjum Fabe oświadczyło między innymi, że „woda z przelewów awaryjnych zostanie odprowadzona do odbiornika Skarbu Państwa” (s. 7 Wyjaśnień 3). Odwołujący wskazał, że wykonawcy nie mogą zakładać, że woda z przelewów awaryjnych zostanie odprowadzona do odbiornika Skarbu Państwa, gdyż na obszarze sąsiadującym z inwestycją takich odbiorników nie ma. Powyższe Odwołujący wywodzi bezpośrednio z pisma Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie z 11 września 2019 roku, które było załączone do dokumentacji przetargowej postępowania dotyczącego rozbudowy drogi krajowej nr 7 na odcinku

Czosnów-Kiełpin do parametrów drogi ekspresowej. Z tego względu, zdaniem Odwołującego, założony przez Konsorcjum Fabe sposób odwodnienia stoi wprost w sprzeczności z zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia obowiązującej w

Postępowaniu. Konkretnie, w odpowiedzi na pytanie nr 34 w zestawie 2, Zamawiający oświadczył, że „oczekuje, aby eksploataowanie wód było na danym odcinku realizacyjnym” i nie dopuścił odprowadzania wód do rowów drogowych sąsiadujących odcinków drogi ekspresowej.

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że w żadnym miejscu Wyjaśnień Konsorcjum Fabe nie wskazuje na uwzględnienie w cenie ofertowej osadnika/separatora. Tymczasem, jak wynika z odpowiedzi na pytanie 71 do SWZ z zestawu 34, elementy te powinny zostać uwzględnione w ofertach wykonawców.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Konsorcjum Fabe zaplanowało realizację zamówienia w zakresie odwodnienia w sposób wprost sprzeczny z wymaganiami Zamawiającego. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, Zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada warunkom zamówienia. W tej sprawie, zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum Fabe jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z treścią odpowiedzi na pytania do SWZ. Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w orzecznictwie Izby, tj. w wyroku z dnia 2 listopada 2022 r., o sygn. akt 2721/22.

Ad zarzutu zaniechania odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Fabe Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Fabe ani nie „wykazało”, że zastrzegane w Wyjaśnieniach informacje posiadają wartość gospodarczą, ani nie „wykazało”, że podjęło działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Odwołujący argumentował, że Konsorcjum Fabe w Wyjaśnieniach zastrzegało dwa typy informacji: dane dotyczące kalkulacji ceny ofertowej oraz informacje pozyskane w tym zakresie od podwykonawców. Zdaniem Odwołującego, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej aktualnie panuje pogląd o braku możliwości zastrzegania kalkulacji ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący w tym zakresie wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21 oraz na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 197/22.

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum Fabe w Wyjaśnieniach w żaden sposób nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w zakresie kalkulacji ceny, ograniczając się do lakonicznych i gołosłownych twierdzeń, że są one wyrazem ich przewagi konkurencyjnej. Jednocześnie, Konsorcjum Fabe wskazało, że „wartość ta może być jednocześnie skwantyfikowana, jako różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Wykonawcę, a drugą w kolejności ceną w niniejszym postępowaniu” (s. 3 Wyjaśnień 1), co jest, zdaniem Odwołującego, wnioskiem zupełnie nielogicznym – wartość gospodarcza zastrzeganych przez Konsorcjum Fabe informacji zależałaby bowiem w istocie od wyceny konkurentów. Podążając tą logiką, gdyby oferta Konsorcjum Fabe nie była najtańsza, to wartość gospodarcza zastrzeganych informacji musiałaby być ujemna. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum Fabe nie przedstawiło w tym zakresie jakichkolwiek argumentów, które miałyby świadczyć o tym, że podane przez nie dane uwzględnione przy kalkulacji ceny ofertowej miałyby być takie same w innych postępowaniach. W wyjaśnieniach Konsorcjum Fabe brakuje konkretnych obrazujących, w jaki negatywny sposób na jego działalność może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie wyjaśnił jaka jest jego pozycja na rynku, a przede wszystkim - jak ewentualnie mogłaby ta pozycja ucierpieć wskutek odtajnienia zastrzeżonych informacji. Konsorcjum Fabe nie wskazało ponadto jakichkolwiek negatywnych konsekwencji ujawnienia zastrzeżonych informacji, a także jakiegokolwiek związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy tym ujawnianiem a negatywnymi konsekwencjami.

W zakresie informacji pochodzących od podwykonawców, Odwołujący przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zajęte w wyroku z dnia 25 września 2020 r. (sygn. akt KIO 2123/20). Zdaniem Odwołującego niezrozumiałe jest zatem postępowanie Konsorcjum Fabe, które zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa zaledwie część ofert podwykonawców. Skoro w ofertach oznaczonych jako Załączniki nr 5.1-5.10 do Wyjaśnień 1 brak było informacji wskazujących na to, że rzeczywiście mogą być one uznane za poufne, to analogicznie trudno przyjąć, żeby w ofertach oznaczonych jako Załączniki nr 5.11-5.17 do Wyjaśnień 1, a także w ofertach załączanych do Wyjaśnień 2 i 3 takie zastrzeżenia się znalazły.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Fabe jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zasługują na ochronę wobec braku wykazania, że w istocie posiadają one określoną wartość gospodarczą.

Zdaniem Odwołującego, niespełniona została również kolejna przesłanka, dotycząca podjęcia przez wykonawcę działań mających na celu utrzymanie tych informacji w poufności. Jak wskazał Odwołujący, w Wyjaśnieniach znalazły się gołosłowne stwierdzenia niepoparte

dowodami, takie jak np. „Dane zawarte w Wyjaśnieniach przechowywane są na serwerach Wykonawcy, które zabezpieczone są przed nieupoważnionym dostępem z zewnątrz Spółki oraz przed atakami cybernetycznymi” (s. 4 Wyjaśnień 1). Konsorcjum Fabe nie przedstawiło jednocześnie jakichkolwiek dowodów, że środki o charakterze informatycznym i fizycznym rzeczywiście są podejmowane przez poszczególne spółki.

Odwołujący argumentował, że choć do Wyjaśnień 1 załączono dokumenty mające świadczyć o podjętych przez Konsorcjum Fabe środkach, to również je trudno uznać za przekonujące dowody:

- w zakresie regulaminu poufności (załącznik nr 1), należy wskazać, że przedstawiono go tylko dla spółki Fabe – brak jest analogicznych dokumentów dla pozostałych członków Konsorcjum Fabe,
- w zakresie zobowiązania zespołu (załącznik nr 2), należy wskazać, że nie zawiera ono żadnych sankcji za jego złamanie, co poddaje w wątpliwość jego egzekwowalność w praktyce,
- w zakresie porozumienia pomiędzy członkami Konsorcjum Fabe (załącznik nr 3), należy wskazać, że Wyjaśnienia składane w Postępowaniu świadczą o tym, że w praktyce jego postanowienia nie są przestrzegane – skoro bowiem zgodnie z pkt 1 porozumienia jako informacje mogące być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa są traktowane w szczególności informacje o „oferowanych przez podwykonawców, robotach, usługach, dostawach,

itp.", to niejasne jest dlaczego oferty podwykonawców stanowiące Załączniki nr 5.1-5.10 do Wyjaśnień 1 nie zostały zastrzeżone przez Konsorcjum FABE. W każdym wypadku, strona, która jest za to odpowiedzialna, winna była już zapłacić karę umowną w wysokości 200 tysięcy złotych (pkt 7 porozumienia).

Ad zarzutu rażąco niskiej ceny

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Fabe w istocie czterokrotnie składało deklaracje co do zaoferowanej w Postępowaniu ceny. Oprócz Wyjaśnień 1, Wyjaśnień 2 oraz Wyjaśnień 3 nie można bowiem zapominać o samej ofercie (formularzu ofertowym), której rzecz jasna składane następnie Wyjaśnienia nie mogą modyfikować, a wręcz przeciwnie – to właśnie oferta determinuje ich zakres i treść. Odwołujący podniósł, że w pkt 5 formularza ofertowego Konsorcjum Fabe wskazało, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: „wszystkie prace i Roboty za wyjątkiem zastrzeżonych przez Zamawiającego kluczowych części zamówienia przeznaczonych do wykonania przez Wykonawcę z wyłączeniem podwykonawców zgodnie z SWZ- firmy podwykonawców nie są znane na tym etapie”. Odwołujący stoi na stanowisku, że w celu prawidłowego odczytania tego oświadczenia, należy pamiętać, że zgodnie z pkt. 6.5 SWZ obowiązującej w

Postępowaniu, Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę wyłącznie prace w zakresie „nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług”. Tylko zatem w tym zakresie Konsorcjum Fabe ma zamiar zrealizować zamówienie samodzielnie, we wszelkich pozostałych elementach posilając się podwykonawcami. Zdaniem Odwołującego powyższe w istotny sposób winno wpłynąć na interpretację Wyjaśnień składanych przez Konsorcjum Fabe, zarówno w odniesieniu do ich zakresu, jak i samej treści. Należy bowiem wskazać, że prace zastrzeżone według SWZ do osobistego wykonania przez wykonawcę odpowiadają jedynie około 15% zakresu zamówienia. Zdaniem Odwołującego powyższe powoduje, że wszelkie stwierdzenia Konsorcjum Fabe zawarte w Wyjaśnieniach 1, a odnoszące się do rzekomej przewagi konkurencyjnej wynikającej z sytuacji samego wykonawcy, siłą rzeczy mogą dotyczyć tylko wspomnianych 15% zakresu zamówienia. W szczególności dotyczy to deklaracji o:

- dysponowaniu przez Konsorcjum FABE „potencjałem ponad 300 własnych maszyn budowlanych oraz pojazdów transportowych” i jednoczesnego braku konieczności korzystania „z zewnętrznych źródeł wynajmu maszyn lub z podwykonawców, co w oczywisty sposób obniża koszty wykonywania prac o marże tychże podmiotów”; jak zaś wskazuje samo Konsorcjum FABE, „czynnik ten wpłynął na obniżenie ceny w znacznym stopniu, sięgając nawet kilku milionów złotych” – s. 12 Wyjaśnień 1,
- dysponowaniu przez Konsorcjum FABE „zasobami ludzkimi, które znacznie przekraczają potrzeby realizacji niniejszej umowy (np. ok. 1500 pracowników)” – s. 12 Wyjaśnień 1.

Zdaniem Odwołującego te elementy nie mają znaczenia dla oceny przeważającej części oferty Konsorcjum Fabe. Odwołujący wskazał, że mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której Konsorcjum Fabe z jednej strony podkreśla swoją rzekomo unikalną sytuację na rynku, a z drugiej w formularzu ofertowym twierdzi wprost, że samodzielnie wykona wyłącznie minimalny zakres prac wymagany przez Zamawiającego. Skoro zaś ok. 85% zamówienia mają w istocie wykonać podwykonawcy, to Konsorcjum FABE winno w szczegółowy sposób udowodnić, że to właśnie wybrany sposób realizacji zamówienia zapewni, że zaoferowana w Postępowaniu cena nie jest rażąco niska, tj. wykazać realność cen oferowanych przez podwykonawców.

Odwołujący wskazał, że do Wyjaśnień 1 zostało bowiem załączonych wyłącznie 17 ofert od podwykonawców Konsorcjum FABE. Co więcej, oferty te niekiedy dotyczą tożsamego samego zakresu zamówienia, co w konsekwencji powoduje, że obejmują one zaledwie około 38% ceny ofertowej.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że w Wyjaśnieniach 1 Konsorcjum Fabe w istocie próbowało wykazać zasadność ceny ofertowej wyłącznie w odniesieniu do jej 53%:

- wszelkie twierdzenia o przewadze konkurencyjnej samego Konsorcjum FABE (posiadany przez nią sprzęt i personelu) siłą rzeczy mogą dotyczyć bowiem wyłącznie 15% zakresu zamówienia, które Konsorcjum FABE zadeklarowało wykonać osobiście.
- w odniesieniu zaś do realizacji zamówienia przez podwykonawców, Konsorcjum FABE w Wyjaśnieniach 1 przedłożyło jakiegokolwiek dowody odpowiadające wyłącznie 38% zakresu zamówienia – i jest to interpretacja już nadzwyczaj korzystna dla Konsorcjum FABE, bowiem chociażby w odpowiedzi na pytanie 7 w Wyjaśnieniach 1, wskazało ono, że „zamierza wykonać obiekty własnymi siłami”, a załączone oferty podwykonawców 5.1-5.3 są składane wyłącznie „na potwierdzenie rynkowego charakteru przyjętej wyceny”.

Odwołujący wskazał, że w Wyjaśnieniach 1 Konsorcjum Fabe w istocie nie wskazało w jaki konkretnie sposób ma zamiar wykonać (co najmniej) pozostałe 47% zakresu zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Fabe nie przedstawiło w Wyjaśnieniach 1 dowodów na realizację istotnych części zamówienia, takich jak chociażby projektowanie (w odniesieniu do którego Konsorcjum Fabe samo przyznało, że zaledwie „nawiązało kontakt z podmiotem posiadającym wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych zadań” – s. 24 Wyjaśnień 1), czy asfalt (lepiszcza), grysy i kruszywa, bariery ochronne, ogrodzenia, prefabrykaty, oznakowania pionowe i poziome stałe, wycinka drzew i nasadzenia, obwód drogowy, stabilizację, rozbiórki, roboty ziemne, geosyntetyki. Dopiero w Wyjaśnieniach 2 oraz Wyjaśnieniach 3 Konsorcjum Fabe odnosiło się bardziej szczegółowo do tych kwestii.

Porównując zakres i szczegółowość Wyjaśnień 1 złożonych przez Konsorcjum FABE oraz analogicznych wyjaśnień

złożonych przez Odwołującego, nie można zdaniem Odwołującego twierdzić, że Konsorcjum FABE przedłożyło „szczegółową i wyczerpującą informację”, jak oczekiwał tego Zamawiający w Wezwaniu 1. Ponadto, Zamawiający wskazywał wprost, że „przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaofertowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia”. Nie sposób uznać, że Konsorcjum FABE sprostало temu wymogowi.

Przykładem powyższej gołostowności i lapidarności wyjaśnień Konsorcjum Fabe pozostają zdaniem Odwołującego także deklaracje w zakresie terminu realizacji zamówienia. W tym kontekście Konsorcjum Fabe przyznało wprost, że założyło „w ofercie zrealizowanie Zamówienia jeszcze przed terminami umownymi na jego ukończenie” (s. 14 Wyjaśnień 1). Samo Konsorcjum Fabe podkreśla przy tym, że jest to istotny element cenotwórczy, bowiem

„pozwoли Wykonawcy na obniżenie części kosztów budowy, występujących w każdym miesiącu, a co za tym idzie zakończenie Zadania z jeszcze lepszym rezultatem finansowym” (s. 14 Wyjaśnień 1). Odwołujący podniósł też, że Konsorcjum Fabe nie wskazało nawet o ile konkretnie zamierza skrócić termin realizacji zamówienia ani tym bardziej – jak zamierza to osiągnąć. Z niewiadomych przyczyn, Zamawiający nie dopytał o tę okoliczność w Wezwaniu 2 (ani Wezwaniu 3). Nawet jednak na podstawie gołostownej deklaracji w Wyjaśnieniach 1, można stwierdzić, że stanowi ona wyraz niezrozumienia realiów rynkowych przez Konsorcjum Fabe i braku doświadczenia tego podmiotu w realizacji zamówień o podobnej skali na rynku polskim. Odwołujący podkreślił, że już termin domyślnie przewidziany przez Zamawiającego jest nad wyraz wymagający wystarczy zauważyć, że przedmiotowe Postępowanie obejmuje realizację zamówienia tylko na jeden odcinek trasy S7. Dla Odwołującego jest niezrozumiałe, w jaki konkretnie sposób Konsorcjum FABE zamierza skrócić i tak już wymagający termin realizacji zamówienia. Jeszcze bardziej niezrozumiałe jest czemu Zamawiający, dotychczas dbający przecież o istnienie terminów minimalnych, w ogóle nie spytał następnie o tę kwestię.

Zdaniem Odwołującego, w Wyjaśnieniach 1 Konsorcjum FABE poczyniło szereg nad wyraz wątpliwych założeń. Przede wszystkim, pytany w Wezwaniu 1 o ryzyko zmian cen (pytanie 22), wykonawca odparł, że „na podstawie powszechnie dostępnych analiz, także państwowych instytucji (np. NBP i inne agendy rządowe), zakładana jest systematyczna obniżka inflacji w Polsce (ale także na świecie) i generalna stabilizacja sytuacji na rynku, co wskazuje, że brak jest zasadniczo podstaw do czynienia negatywnych założeń (scenariuszy) w tym zakresie (przyjmowania np. drastycznych wzrostów cen). Przyjmuje się raczej, że ceny te osiągnęły już swój szczyt. Wykonawca zobowiązany jest przy tym do rzetelnego, a nie noszącego znamiona „spekulacji” kalkulowania ceny ofertowej. Uwzględniając powyższe, nie jest wykluczone, iż w kolejnych latach nastąpić może nie tylko stabilizacja, ale nawet pewna obniżka cen i kosztów”. (s. 21 Wyjaśnień 1). Zdaniem Odwołującego, założenie Konsorcjum FABE co do braku dalszego wzrostu cen, a nawet możliwości ich spadku wydaje się zupełnie nierealne. Nawet prognozy Narodowego Banku Polskiego, które w ostatnich latach były znacząco niedoszacowane, co stanowi wiedzę notoryjną, przewidują bowiem występowanie w Polsce inflacji w latach realizacji zamówienia.

Równie niejasne, zdaniem Odwołującego, pozostają założenia Konsorcjum FABE co do „zorganizowania relokacji zasobów [personalnych] do celów wykonania niniejszego zamówienia” z terenów Azji Centralnej, biorąc pod uwagę przepisy związane z pracą na terytorium Polski, w tym wymagania związane z minimalnym wynagrodzeniem za pracę obowiązujące rzecz jasna niezależnie od kraju pochodzenia pracowników.

Zdaniem Odwołującego, Wyjaśnienia 1 złożone przez Konsorcjum FABE były lapidarne i w wielu kluczowych elementach gołostowne, a jednocześnie – uwzględniając

treść formularza ofertowego - odnosiły się zaledwie do nieco ponad połowy zakresu zamówienia. W ocenie Odwołującego oznacza to, że zamiast kierować do Konsorcjum FABE Wezwanie 2 (a następnie Wezwanie 3), Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum FABE już po otrzymaniu Wyjaśnień 1 – wykonawca ten nie sprostал bowiem wymaganiom PZP oraz samego Wezwania 1 w odniesieniu do spoczywającego na nim ciężarowi dowodu.

Koszty utrzymania zimowego

Odwołujący zwrócił uwagę na koszty zimowego utrzymania dróg. Poświęcone temu zagadnieniu zostały pytanie 8 („Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w Ofercie koszty bieżącego i zimowego utrzymania dróg?”) oraz pytanie 10 („Jakie Koszty utrzymania zimowego Wykonawca przyjął do Oferty? Czy Wykonawca wykona prace utrzymaniowe samodzielnie czy za pomocą podwykonawców?”) Wezwania 1. W odpowiedzi, Konsorcjum Fabe oświadczyło, że „zasadniczo nie posiada własnych zasobów sprzętowych przeznaczonych do tego typu usług utrzymaniowych (utrzymanie zimowe) i w tym zakresie w części zakłada zawarcie umowy z Podwykonawcą (np. bezpośrednim wykonawcą robót utrzymaniowych dla GDDKiA), wykorzystując ich zasoby”. Ponadto, wykonawca wskazał, że oszacował te koszty „na podstawie informacji z rynku i własnego doświadczenia” (s. 17 Wyjaśnień 1). Wreszcie, Konsorcjum Fabe załączyło do Wyjaśnień 1 ofertę podwykonawcy oznaczoną jako załącznik 5.12 i podpisaną jako „oferta Eko Agrotech”. W ocenie Odwołującego kwestia zimowego utrzymania nie zależy wyłącznie od koncepcji wykonawcy, który musi spełnić w tym zakresie także wymagania stawiane przez Zamawiającego. Konkretnie, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad 5 września 2017 roku wydał Zarządzenie nr 31 w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg”, co spowodowało standaryzację tych prac. Odwołujący wskazał ponadto, że ma już doświadczenie w realizacji analogicznych prac na rzecz GDDKiA, gdyż Odwołujący jest stroną porozumienia nr 80/S/2023 z 9 lutego 2023 roku, dotyczącego utrzymania zimowego analogicznego odcinka trasy S7, który aktualnie projektuje i buduje. Odwołujący wyjaśnił, że do zimowego utrzymania potrzebny jest sprzęt w postaci pługów oraz pługosolarek. Kierując się własnym doświadczeniem i przywołanymi powyżej wytycznymi, Odwołujący jednocześnie wskazuje, że w przypadku standardowego zapobiegania śliskości do realizacji przedmiotu zamówienia wystarczający powinien być 1 pług oraz 2 pługosolarki, zaś przy intensywnych opadach śniegu konieczne będą 3 pługi oraz 2

plugosolarki. Na tej podstawie, Odwołujący wskazał, że szacuje, że koszty utrzymania drogi w ramach jednego okresu zimowego powinny wynieść ok. 771 tysięcy złotych, co przy dwóch okresach zimowych, podczas których prowadzone będą prace, daje kwotę 1.542 miliona złotych.

Ponadto Odwołujący poniósł, że choć nie zna ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Fabe w tym zakresie, to jedyną podstawą jej ustalenia ma być „informacja z rynku”, a konkretnie od firmy Eko Agrotech. Odwołujący wskazał, że według jego najlepszej wiedzy nie istnieje firma Eko Agrotech, która specjalizowałaby się w usłudze utrzymania dróg.

Koszty wykopów

Odwołujący podniósł, że Zamawiający spytał Konsorcjum Fabe: „Jaki koszt wykonania wykopów w rozbiciu na trasę główną, węzły i łącznice, drogi poprzeczne oraz dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren założył Wykonawca w Ofercie?”. Odwołujący wskazał, że choć szczegółowy podział został objęty przez Konsorcjum Fabe tajemnicą przedsiębiorstwa, to zgodnie z ogólną deklaracją, „Wykonawca na potrzeby wykonania wykopów założył łączny zasadniczy koszt na poziomie około 2.5 mln zł netto” (s. 22 Wyjaśnień 1). Jednocześnie, informację tę należy czytać łącznie z odpowiedzią na pytanie 37 Wezwania 1, w której Konsorcjum Fabe wskazało, że maksymalna głębokość wykopu będzie wynosić 2.4 metra (s. 27 Wyjaśnień 1). Według Odwołującego zaoferowana przez Konsorcjum Fabe cena jest niewystarczająca do pokrycia kosztu wykopów. Choć nie jest jasne, jaką konkretnie ilość materiału do wykopania przewidziało Konsorcjum Fabe, to pewne jest, że jest to ilość większa od tej zaoferowanej przez Odwołującego, który w odpowiedzi na analogiczne pytanie wskazał, że maksymalna głębokość wykopu będzie wynosić 1.7 metra. Zdaniem Odwołującego, skoro Konsorcjum Fabe zamierza kopać głębiej, to powinno wycenić większą ilość wykopanego materiału. Odwołujący argumentował, że przyjął, że obaj wykonawcy mają zamiar wykopać taką samą ilość materiału, tj. 368.654,00 m³. W ocenie Odwołującego, cena zaoferowana przez Konsorcjum Fabe wynosi zatem najwyżej 6,78 zł/m³ wykopu, podczas gdy cena zaoferowana przez Odwołującego wynosi 10,57 zł/m³ wykopu. Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez Konsorcjum Fabe w tym zakresie nie pokrywa nawet kosztów świadczenia tej usługi przy użyciu sprzętu własnego. Biorąc pod uwagę niezbędne do poniesienia przez każdego wykonawcę koszty (utrzymanie sprzętu, jego ubezpieczenie, transport na budowę, koszty pracy robotników) oraz specyfikę kontraktu, podczas którego na jednej jezdni stale prowadzony będzie ruch pojazdów, cena jednostkowa musi wynosić najmniej 8,79 zł/m³ wykopu. Odwołujący wskazał, że minimalna cena jednostkowa wykonania wykopu (bez żadnego transportu tego materiału) wg Sekocenbudu w III kwartale 2023 roku wyniosła 12,66 zł/m³. O ile zatem jest możliwe uzyskanie nieznacznie korzystniejszych warunków, jak zrobił to Odwołujący, to już cena niższa niemal o połowę, niepokrywająca kosztów świadczenia usługi, musi być nierealna.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego albo koszt wykonania 1m³ wykopów został przez Konsorcjum Fabe istotnie zaniżony albo też Konsorcjum Fabe nieprawidłowo obliczyło ilość materiału do wykopania. W każdym wypadku, oznacza to niedoszacowanie przez Konsorcjum Fabe tego istotnego składnika ceny ofertowej.

Koszty czasowej organizacji ruchu

Odwołujący wskazał, że Zamawiający spytał zarówno Odwołującego, jak i Konsorcjum Fabe „W jaki sposób Wykonawca zamierza zapewnić przez cały okres trwania Kontraktu prowadzenie ruchu w ciągu drogi krajowej co najmniej czterema pasami ruchu o szerokości co najmniej 3,0m (na odgięciach i łukach poziomych jezdni z dostosowaniem szerokość pasów ruchu do przejezdności)?” (pytanie 35 Wezwania 1).

Odwołujący wyjaśnił, że Konsorcjum Fabe lakonicznie odparło, że uczyni to „w sposób zgodny z dokumentacją Postępowania (w szczególności pkt 2.1.22.2 PFU), w tym przy uwzględnieniu pytań i odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego” (s. 26 Wyjaśnień 1).

Odwołujący wskazał, że w Wezwaniu 2 Zamawiający ponowił pytanie, wskazując, że załączona przez Konsorcjum Fabe do wyjaśnień oferta „nie obejmuje niektórych elementów czasowej organizacji ruchu (np. barier oraz separatorów ruchu)” (pytanie 5 Wezwania 2).

Odwołujący następnie podał, że W odpowiedzi, Konsorcjum Fabe wskazało, że „oferta firmy TM-VIA Sp. z o.o. dotyczy wyłącznie elementów czasowej organizacji ruchu, których ten podwykonawca dostarcza, natomiast w pozostałym (wyłączonym) zakresie (np. bariery sztywne, separatory ruchu), będą one zapewnione przez Wykonawcę lub innego podwykonawcę. Wartość ww. elementów dodatkowych Wykonawca wycenił na podstawie rozeznania rynku i własnego doświadczenia w realizacji tego typu prac i uwzględnił w swojej ofercie” (s. 9 Wyjaśnień 2).

Odwołujący wskazał, że w Wezwaniu 3 Zamawiający ponownie poruszył tę kwestię, prosząc Konsorcjum Fabe o odpowiedź na kolejne pytania (pytanie 8 Wezwania 3). Odwołujący wskazał też, że Konsorcjum Fabe udzieliło odpowiedzi na pytania Zamawiającego, nie załączając jednak jakichkolwiek dowodów do Wyjaśnień 3, w tym w szczególności nie wykazując kosztu barier tymczasowych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się nierównego traktowania wykonawców w trakcie tego procesu, gdyż wezwanie skierowane do Konsorcjum Fabe nie zawierało w tym zakresie analogicznych pytań jak to skierowane do Odwołującego, które zawierało już wprost nakaz „przekazania posiadanych ofert podmiotów [zewnętrznych] oraz

obowiązek przedłożenia „posiadanych dowodów uzasadniających założony koszt”. Niemniej jednak, zdaniem Odwołującego nawet taka postawa Zamawiającego nie zwalniała Konsorcjum Fabe z obowiązku przedłożenia stosownych dowodów w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego, obowiązek ten wynika bezpośrednio z Prawa zamówień

publicznych, a Zamawiający informował o tym we wszystkich kolejnych Wezwaniach. Konsorcjum FABE nie przedłożyło jednak jakichkolwiek dowodów w zakresie barier tymczasowych (separatorów ruchu), mimo że aż trzykrotnie było pytane o ten element cenotwórczy. Dla Odwołującego jest to o tyle istotne, że w Wyjaśnieniach 3 Konsorcjum Fabe wskazało, że w ofercie założyło „zastosowanie separatorów ruchu o parametrach bariery tymczasowej, w tym w szczególności: poziom powstrzymywania T3 i szerokości pracującej W1”. Są to zaś elementy o wyższych parametrach niż te wymagane przez Zamawiającego i zaoferowane chociażby przez Odwołującego (poziom powstrzymywania T3 i szerokość pracująca W2).

W złożonej pismem z 28 września 2023 odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał m.in., że:

Ad zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia

W ocenie Zamawiającego Konsorcjum FABE w sposób wystarczający opisało realizację odwodnienia na Kontrakcie. Zamawiający wskazał, że Odwołujący pominął istotną część zapisów PFU, przede wszystkim zapisu stanowiącego o tym, że wystąpienie Wykonawcy jedynie do Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie nie jest wystarczające do tego, by Wykonawca ustalił stan własnościowy nieruchomości zajętych pod wszystkie cieki wodne i urządzenia melioracji wodnych, które znajdują się na trasie lub w sąsiedztwie planowanej inwestycji drogowej. Zamawiający podkreślił, że obowiązkiem Wykonawcy jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz przyjęcie rozwiązań zgodnych z przepisami prawa, wydanymi decyzjami, uzyskanymi uzgodnieniami i warunkami technicznymi oraz wymaganiami zawartymi w SWZ. Wobec powyższego nie było podstaw do kierowania dalszych pytań odnośnie tej kwestii do Konsorcjum FABE.

Zamawiający zwrócił uwagę, że przy piśmie z dnia 13.04.2023 r. sprostował odpowiedź na pytanie nr 34 z zestawu 2 na treść: „Zamawiający nie dopuszcza odprowadzenia wód do rowów drogowych zlokalizowanych poza obszarem objętym Kontraktem”. Odnosząc się do kwestii poruszonej w odwołaniu Zamawiający przypomina, że w odpowiedzi na pytanie nr 125 z zestawu 34 wskazał, że „wymaga aby odprowadzanie wód było wyłącznie do odbiorników zlokalizowanych na działkach Skarbu Państwa”. Stąd odpowiedź udzielona przez Konsorcjum FABE nie jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Ponadto odnosząc się do twierdzenia o konieczności uwzględnienia osadnika/separatora, Zamawiający wskazał, że powyższe Odwołujący niezasadnie wywodzi z odpowiedzi na pytanie 71 do SWZ z zestawu 34. Zamawiający wskazał na treść pytania 71: „Czy Zamawiający dopuszcza lokalizację osadnika/separatora z zbiornikiem retencyjnym, a przed odbiornikiem końcowym?”. Odpowiedź Zamawiającego: „Zamawiający informuje, że inwestycja jest prowadzona w systemie „Projektuj i Buduj”. Zatem do obowiązków Wykonawcy należy opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie wszelkich wymaganych warunków, opinii, uzgodnień i decyzji oraz przyjęcie rozwiązań zapewniających funkcjonalność i bezpieczeństwo użytkownika zgodnie z SWZ, przepisami prawa, obowiązującymi normami technicznymi w tym zakresie oraz wiedzą ekspercką. Zaprojektowane przez Wykonawcę rozwiązania powinny zostać przedstawione w raporcie do ponownej oceny oddziaływania na środowisko i zatwierdzone Postanowieniem RDOŚ na etapie postępowania w sprawie ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Na etapie postępowania przetargowego Zamawiający nie uzgadnia szczegółowych rozwiązań”.

Zdaniem Zamawiającego z przedstawionej odpowiedzi w żaden sposób nie wynika, by Konsorcjum Fabe miało obowiązek uwzględnić w cenie ofertowej osadnik bądź separator. Zamawiający podkreślił, że z odpowiedzi udzielonych przez Odwołującego również nie wynika, by w cenie ofertowej taki osadnik/separator uwzględnił.

W ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie zachodzą okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty Konsorcjum Fabe, kwestionowanie oferty Konsorcjum Fabe przez Odwołującego w zakresie odwodnienia ma na celu wykazanie rażąco niskiej ceny, gdyż w tym aspekcie Odwołujący jedynie domniemywa, że skoro cena niektórych składników oferty nie odpowiada przedstawionej przez Odwołującego metodologii wyliczenia kosztu tego składnika, to oferta Konsorcjum Fabe nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego określonym w SWZ bowiem w odczuciu Odwołującego nie zawiera całkowitego wyliczenia kosztu tej pozycji. Zamawiający wskazał, że koszt realizacji odwodnienia wskazany przez Konsorcjum Fabe w toku 3 tury wyjaśnień przewyższa koszt oszacowany przez Zamawiającego, dlatego Zamawiający nie zdecydował się na dalsze pytania w tym zakresie.

Ad zarzutu tajemnicy przedsiębiorstwa

Zamawiający podkreślił, że Konsorcjum Fabe nie utajniło całych wyjaśnień, ale jedynie pojedyncze, ściśle określone dane m.in. dot. przyjętych strategii i podejścia do marży oraz sposobu organizacji pracy. Zamawiający wskazał, że w toku badania ofert Zamawiający zapoznając się z wyjaśnieniami przedkładanymi przez Wykonawców, nie miał wątpliwości, że wskazane przez Konsorcjum Fabe informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający podkreślił, że w przypadku zastrzeżonych przez Konsorcjum Fabe ofert w oparciu o udzielone wyjaśnienia, Zamawiający uznał, że nie powinny zostać

ujawnione. W związku z tym, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, niespotykane byłoby działanie oferenta, który zastrzegłby wszystkie oferty podwykonawców.

Ad zarzutu rażąco niskiej ceny

Odnosząc się do kwestii poruszanych w pkt 4.9-4.18, Zamawiający wskazał, że Konsorcjum FABE przedstawiło uzasadnienie w zakresie 53% ceny złożonej Oferty, gdyż o ten zakres zostało zapytane w wezwaniach do przedłożenia wyjaśnień. Zresztą na tej samej zasadzie postępował przy udzielaniu odpowiedzi Odwołujący. Zdaniem Zamawiającego jest to istotne wobec twierdzeń Odwołującego, iż Konsorcjum FABE nie przedstawiło dowodów na realizację „istotnych części zamówienia” – projektowanie, asfalt, grysy i kruszywa, bariery ochronne, ogrodzenie, prefabrykaty, oznakowanie pionowe i poziome stałe, wycinka drzew i nasadzenia, obwód drogowy, stabilizacja, rozbiórki, roboty ziemne, geosyntetyki. Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że przedstawił on wykaz 75 ofert. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący przedstawił jedynie wykaz ofert – nie załączył natomiast tych ofert, za wyjątkiem wskazanych w kolejnym wezwaniu Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że zarzucając Konsorcjum FABE brak szczegółowej i wyczerpującej informacji sam Odwołujący zachował się w ten sposób przy udzieleniu odpowiedzi. Nie bez znaczenia, w ocenie Zamawiającego, pozostaje jednak fakt, że Konsorcjum FABE w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego nie ograniczyło się jedynie do wykazu ofert, jak zrobił to Odwołujący, ale przedstawiło te oferty w celu wykazania prawidłowości kalkulacji swojej wyceny. Zamawiający wskazał również, iż nietrafiony jest zarzut dotyczący braku przedstawienia dowodu na realizację projektowania (pkt 4.17 Odwołania). Zamawiający wskazał, że w 3 turze odpowiedzi Konsorcjum FABE przedstawiło oferty dwóch podmiotów w zakresie świadczenia usługi projektowej, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nietrafny jest również zarzut dotyczący braku przedstawienia dowodu na potwierdzenie kosztów asfaltu (lepiszcza) (pkt 4.17 Odwołania). Zamawiający wskazał, że w 2 turze odpowiedzi Konsorcjum FABE przedstawiło ofertę podmiotu w tym zakresie – załącznik nr 22 zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nietrafiony jest również, zdaniem Zamawiającego, zarzut dotyczący braku przedstawienia dowodu na potwierdzenie kosztów kruszyw (pkt 4.17 Odwołania). Zamawiający wskazał, że w 2 turze odpowiedzi Konsorcjum FABE przedstawiło ofertę Lafarge kruszywa na dostawy kruszyw dolomitowych do produkcji mma – załącznik nr 12 zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz ofertę podmiotu na kruszywo 0/31,5 - załącznik nr 13 zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Konsorcjum FABE przedstawiło także dowód na potwierdzenie kosztów prefabrykatów (pkt 4.17 Odwołania). Zamawiający wskazał, że w 2 turze odpowiedzi Konsorcjum FABE przedstawiło oferty podmiotów w tym zakresie – załączniki nr 16, 17 oraz 18 (na belki typu T)

zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał również, że w 2 turze odpowiedzi Konsorcjum FABE przedstawiło ofertę podmiotu na koszt barier ochronnych (pkt 4.17 Odwołania) – załącznik nr 19 zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący wskazał także, że w wyjaśnieniach Konsorcjum FABE brak jest dowodów na realizację „istotnych części zamówienia” (pkt 4.17), sam jednak również nie przedstawił dowodów w zakresie realizacji m.in. ogrodzenia, oznakowania pionowego i poziomego stałego, obwodu drogowego (za wyjątkiem instalacji PV i magazynów energii). Zamawiający podkreślił, że te elementy nie były przedmiotem pytań ze strony Zamawiającego. W odniesieniu do pkt 4.19-4.25 w zakresie wyjaśnień Konsorcjum FABE w odniesieniu do możliwości skrócenia terminu realizacji Konsorcjum FABE było dopytywane o ten aspekt w 2 turze (pytanie nr 4) oraz 3 turze (pytanie nr 5). Konsorcjum FABE potwierdziło, że przyjęło terminy realizacji zamówienia są zgodne z terminami wskazanymi w dokumentacji postępowania. W odniesieniu do pkt 4.33 – 4.42 (koszty utrzymania zimowego) Odwołujący wskazał, że na podstawie własnego doświadczenia na analogicznym odcinku trasy S7, koszt utrzymania zimowego powinien dla dwóch okresów zimowych wynosić 1,542 mln złotych. Zamawiający wyjaśnił, że w wyjaśnieniach Konsorcjum FABE oraz na podstawie przedstawionej oferty i doświadczenia Zamawiającego w tym zakresie, Zamawiający uznał, że zakładany przez Konsorcjum FABE szacowany koszt nie odbiega od cen rynkowych. Nie bez znaczenia, zdaniem Zamawiającego, pozostaje fakt, że z kolei Odwołujący udzielając wyjaśnień na etapie badania RNC wskazał, że przyjął koszt zimowego utrzymania ponad dwukrotnie mniejszy niż wskazany w Odwołaniu jako realny koszt do poniesienia w toku realizacji Robót. Wobec twierdzeń, iż wskazany przez Konsorcjum FABE podmiot Eko Agrotech, który miałby zajmować się zimowym utrzymaniem dróg, nie istnieje, a Zamawiający wyjaśnił, że nie drażył tej kwestii po otrzymaniu Wyjaśnień 1 złożonych przez Konsorcjum FABE. Zamawiający wskazał, że całorocznym, nie tylko zimowym, utrzymaniem dróg, jako podwykonawca na terenie Oddziału GDDKiA w Warszawie, zajmuje się np. podmiot, który w przeważającej działalności gospodarczej wykazuje - 49.41.Z Transport drogowy towarów, co w żaden sposób nie wpływa na jakość usług, które świadczy. Odnosząc się do zarzutów dotyczących kosztów wykopów, Zamawiający wskazał, że to, iż maksymalna głębokość wykopu będzie wynosiła 2,4 m jak podało Konsorcjum FABE nie determinuje jeszcze ilości całkowitej wykopu. To, że Konsorcjum Aldesa kalkulowało ok. 370 000 m³ wykopu nie dowodzi, zdaniem Zamawiającego, w żaden sposób, że Konsorcjum FABE musiało kalkulować taką samą ilość. Zamawiający wyjaśnił, że w kosztorysie inwestorskim ilość wykopów dla robót drogowych wynosi ok. 280 000 m³, co przy cenie podanej przez Konsorcjum FABE ok. 2,5 mln daje cenę jednostkową $2\,500\,000/280\,000 = 8,93 \text{ zł/m}^3$. Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w kontekście wyjaśnień dotyczących kosztów czasowej

organizacji ruchu, zaszło nierówne traktowanie wykonawców, z uwagi na to, że w 3 wezwaniu Zamawiający skierował do Odwołującego i Konsorcjum FABE inne zapytania w szczególności zapytał Konsorcjum Aldesa o to, jakie koszty czasowej organizacji ruchu założył Wykonawca w Ofercie wraz z przekazaniem posiadanych dowodów uzasadniających założony koszt, przy czym, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący zapomina, że Konsorcjum FABE już we wcześniejszych pierwszych wyjaśnieniach wskazało ofertę firmy TM-VIA Sp. z o.o. jako podwykonawcy elementów czasowej organizacji ruchu, zatem przedmiotowy zarzut jest chybiony. Zamawiający podkreślił, że w 1 wezwaniu do złożenia wyjaśnień Konsorcjum FABE, Konsorcjum Aldesa oraz Konsorcjum NDI otrzymali te same pytania, natomiast dalsze zapytania w kolejnych wezwaniach wynikają z odpowiedzi udzielonych przez oferentów. Trudno oczekiwać, że pytania będą te same skoro odpowiedzi oferentów były różne, a Zamawiający dopytywał o kwestie, które wzbudziły jego wątpliwości i wymagały dalszych wyjaśnień.

W ustawowym terminie skutecznie zgłoszenie przystąpienia w charakterze uczestników postępowania złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, po stronie Odwołującego,

2) Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, po stronie Odwołującego,

3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fabe Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, „Sp „Sine Midas Stroy” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Aktobe oraz Yoruk Yapi inŞaat A.Ş. z siedzibą w Ankarze, po stronie Zamawiającego (dalej: „Przystępujący Fabe”).

Pismem z 2 października 2023 r., Przystępujący Fabe wniósł o oddalenie odwołania, prezentując obszerną argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony

prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zamawiający wskazał w treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), że będzie stosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp (tj. tzw. procedurę odwróconą).

Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania usług projektowych oraz robót budowlanych (tzw. formuła „zaprojektuj i wybuduj”).

Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie I-V SWZ.

Zamawiający wskazał, że zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj.

a) nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że wymaga, aby prace projektowe i Roboty wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie zostały ukończone w terminie nie dłuższym niż 36 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Do czasu realizacji Robót nie wlicza się okresów zimowych (tj. od 16 grudnia do 15 marca). Do czasu objętego projektowaniem wlicza się okresy zimowe (tj. od 16 grudnia do 15 marca).

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji, Izba ustaliła również, że w toku postępowania wykonawcy kierowali szereg pytań do treści SWZ, a odpowiedzi na

te pytania Zamawiający udzielił w podziale na 13 tur.

W treści PFU Zamawiający wskazał m.in.:

- Użyte w PFU sformułowania „należy”, „powinien”, „wymaga się” lub „będzie”, są tożsame i mogą być używane zamiennie, a zwroty, w których zostały użyte, uznaje się za stanowiące zobowiązanie Wykonawcy.
- System odwodnienia powinien wynikać z przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań, zgodnych z ustaleniami decyzji środowiskowej, Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych, uzyskanych zgód wodnoprawnych, warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków oraz opracowanej dokumentacji hydrologicznej. (vide str. 27 PFU)
- Przed zaprojektowaniem systemu odwodnienia drogi krajowej Wykonawca uzyska od właściwych zarządców cieków informacje umożliwiające prawidłową ocenę możliwości odprowadzenia wód opadowych do odbiorników, a następnie przeanalizuje i uwzględni w dokumentacji projektowej możliwości techniczne odbiorników oraz uzgodni warunki odbioru wód z właścicielem odbiornika. Wody opadowe mogą być odprowadzane wyłącznie do cieków

należących do Skarbu Państwa. Jakiegokolwiek inne rozwiązania wymagają uprzedniej akceptacji Zamawiającego. (vide str. 74 PFU)

- Wykonawca zobowiązany jest do:
 - ustalenia stanu własnościowego nieruchomości zajętych pod wszystkie ciekі wodne i urządzenia melioracji wodnych, które znajdują się na trasie lub w sąsiedztwie planowanej inwestycji drogowej. Wystąpienie Wykonawcy jedynie do Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie nie jest wystarczające, gdyż Wody Polskie nie udziela odpowiedzi w zakresie cieków wodnych Skarbu Państwa, którymi nie zarządzają,
 - pozyskania wypisów z ewidencji gruntów i budynków prowadzonej przez właściwe Starostwa Powiatów/Urzędy Miasta, dla nieruchomości zajętych pod ww. ciekі wodne i urządzenia melioracji wodnych w przypadku, gdy są one zlokalizowane na wyodrębnionych działkach ewidencyjnych. W przypadku gdy ww. ciekі wodne i urządzenia melioracji wodnych nie znajdują się na działkach o wyodrębnionych granicach ewidencyjnych, Wykonawca pozyska wypisy z ewidencji gruntów i budynków dla działek przez które przepływają, aż do odbiornika będącego własnością Skarbu Państwa,
 - pozyskania wypisów z ewidencji gruntów i budynków dla nieruchomości powinno nastąpić przed zaprojektowaniem odwodnienia drogi. Kserokopie ww. wypisów wraz z wykazem numerów działek zawierającym wskazanie ich właścicieli i zarządców, Wykonawca przekaże niezwłocznie Zamawiającemu i Inżynierowi Kontraktu w celu umożliwienia weryfikacji poprawności zaprojektowanego odwodnienia.

Wykonawca wykona analizę możliwości odprowadzenia wód opadowych i roztopowych z projektowanego układu drogowego na grunty Lasów Państwowych bezpośrednio przyległe do pasa drogowego. Wykonawca będzie działał w oparciu o wcześniejsze uzgodnienia (notatki, listy intencyjne, porozumienia) Zamawiającego. Odprowadzenie wód opadowych i roztopowych m.in. z terenów bezodpływowych na tereny Lasów Państwowych wymaga uzgodnienia z Zamawiającym Projektu odwodnienia uwzględniającego warunki Porozumienia z Nadleśniczym. Wykonawca może zaproponować zastosowanie analogicznych rozwiązań w zakresie odprowadzenia wód na teren innych właścicieli lub zarządców. W takim przypadku zastosowanie mają Warunki Kontraktu. (str. 75-76 PFU)

Izba ustaliła następnie, że 22 lutego 2023 r. odbyło się zebranie z wykonawcami w celu wyjaśnienia treści SWZ. Na podstawie plików znajdujących się w folderze o nazwie „2023.03.08 Informacja z zebrania Wykonawców”, Izba ustaliła, że w odpowiedzi na pytanie nr 34 z zestawu nr 2 o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza odprowadzenie wód do rowów drogowych sąsiadujących odcinków drogi ekspresowej? Jeśli tak, to w jakiej ilości?”, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający oczekuje, aby eksploataowanie wód było na danym odcinku realizacyjnym.”.

Następnie ustalono, że powyższa odpowiedź na powyższe pytanie została przez Zamawiającego sprostowana. Zgodnie z treścią sprostowania z 13 kwietnia 2023 r. do „Informacja z zebrania Wykonawców” tury wyjaśnień treści SWZ (dotyczy zestawu 2, pyt. 34) w odpowiedzi na pytanie „Czy Zamawiający dopuszcza odprowadzenie wód do rowów drogowych sąsiadujących odcinków drogi ekspresowej? Jeśli tak, to w jakiej ilości?”, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający nie dopuszcza odprowadzenia wód do rowów drogowych zlokalizowanych poza obszarem objętym Kontraktem.”

Podczas V tury odpowiedzi na pytania do treści SWZ z 17 marca 2023 r., w odpowiedzi na pytanie nr 2 z zestawu nr 14 o treści: „Czy w świetle zapisów PFU pkt. 2.1.9 cyt. „...Wody opadowe mogą być odprowadzane wyłącznie do cieków należących do Skarbu Państwa. ...”, wody z pasa drogowego mogą być odprowadzane tylko do cieków, z wykluczeniem rowów, w tym melioracyjnych, oraz wykluczeniem odprowadzaniem wód do ziemi poprzez infiltrację?”, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający wyjaśnia, że przed zaprojektowaniem systemu odwodnienia należy przeanalizować i uwzględnić w dokumentacji projektowej możliwości techniczne odbiorników oraz uzgodnić warunki odbioru wód z właścicielem odbiornika. System odwodnienia powinien spełniać wymagania wynikające z wydanych decyzji administracyjnych i przepisów prawa, w tym warunków wynikających z ponownej oceny oddziaływania inwestycji na środowisko oraz zapewniać skuteczne odprowadzenie wody na etapie realizacji oraz eksploatacji. Inwestycja jest prowadzona w

systemie Projektuj i Buduj, dlatego do obowiązków Wykonawcy należy opracowanie dokumentacji projektowej, przyjęcie rozwiązań zgodnych z wymaganiami PFU (w tym w zakresie systemu odwodnienia), oraz obowiązującymi przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej. Wykonawca zgodnie z Kontraktem wykona przedmiot zamówienia obejmujący rezultaty rzeczowe określone w PFU wraz z załącznikami. Na etapie postępowania przetargowego Zamawiający nie uzgadnia szczegółowych rozwiązań.”

Odpowiadając na pytania wykonawców w IX turze, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 71 z zestawu 34 o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza lokalizację osadnika/separatora za zbiornikiem retencyjnym, a przed odbiornikiem końcowym?” wskazał: „Zamawiający informuje, że inwestycja jest prowadzona w systemie „Projektuj i Buduj”. Zatem do obowiązków Wykonawcy należy opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie wszelkich wymaganych warunków, opinii, uzgodnień i decyzji oraz przyjęcie rozwiązań zapewniających funkcjonalność i bezpieczeństwo użytkowania zgodnie z SWZ, przepisami prawa, obowiązującymi normami technicznymi w tym zakresie oraz wiedzą ekspercką. Zaprojektowane przez Wykonawcę rozwiązania powinny zostać przedstawione w raporcie do ponownej oceny oddziaływania na środowisko i zatwierdzone Postanowieniem RDOŚ na etapie postępowania w sprawie ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Na etapie postępowania przetargowego Zamawiający nie uzgadnia szczegółowych rozwiązań.”

Dodatkowo Izba ustaliła, że podczas X tury odpowiedzi na pytania do treści SWZ z 5 kwietnia 2023 r., Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 125 z zestawu 34 o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza rezygnację z przelewów awaryjnych,

w przypadku zbiorników, które mają zapewniony odpływ do istniejących odbiorników (np. cieki naturalne, rowy melioracyjne)? Odprowadzenie wód, będzie w takiej sytuacji występowało w sposób ciągły, stąd wyeliminowane jest ryzyko ich przepełnienia, czy przelania.” odpowiedział: „Zamawiający w przypadku zbiorników, które mają zapewniony odpływ do istniejących odbiorników nie dopuszcza rezygnacji z przelewów awaryjnych. Jednocześnie Zamawiający wymaga aby odprowadzanie wód było wyłącznie do odbiorników zlokalizowanych na działkach Skarbu Państwa.”

Decyzja Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Warszawie z 20 listopada 2017 r., o środowiskowych uwarunkowaniach określa m.in. warunki wykorzystania terenu w fazie realizacji i eksploatacji przedsięwzięcia, w tym w pkt 1.2.20 stanowi: „Utrzymanie i konserwację systemu odwadniającego drogę, w tym oczyszczenie zbiorników i osadników wpustowych, prowadzić z uwzględnieniem możliwości przebywania w nich zwierząt, pod nadzorem przyrodniczym. W ramach konserwacji systemu odwadniającego drogę

kontrolować zbiorniki nie przeznaczone do przebywania w nich zwierząt, osadniki oraz separatory jako końcowe punkty, do których docierają zwierzęta, a w razie zdiagnozowania w nich osobników wprowadzić dodatkowe zabezpieczenia przed dostawaniem się zwierząt”.

Zgodnie z pismem Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie z 11 września 2019 r., na obszarze Zarządu Zlewni w Warszawie nie występują urządzenia melioracji wodnych wymienione w art. 197 ust. 1 Prawa wodnego.

Art. 197 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r., Prawo wodne (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1478 ze zm.) stanowi, że urządzeniami melioracji wodnych są: 1) rowy wraz z budowlami związanymi z nimi funkcjonalnie, 2) drenowania, 3) rurociągi, 4) stacje pomp służące wyłącznie do celów rolniczych, 5) ziemne stawy rybne, 6) groble na obszarach nawadnianych, 7) systemy nawodnień grawitacyjnych, 8) systemy nawodnień ciśnieniowych

- jeżeli służą celom, o których mowa w art. 195.

Do upływu terminu składania ofert, złożonych zostało 9 ofert, w tym przez Odwołującego i Przystępującego Fabe. Zamawiający ogłosił, że na realizację zamówienia przeznaczył kwotę w wysokości 831 265 363,12 PLN brutto. Przystępujący Fabe zaoferował cenę 536 313 784,41 zł brutto, a Odwołujący zaoferował cenę 565 736 230,91 zł. Jak wynika z notatki komisji przetargowej w zakresie badania rcn z 7 sierpnia 2013 r., Zamawiający ustalił, że podejrzenie co do rażąco niskiej ceny zachodzi wobec 3 złożonych ofert, w tym wobec oferty Odwołującego i Przystępującego Fabe. Na podstawie skierowanych do Przystępującego wezwań Izba ustaliła, że Przystępujący Fabe został wezwany trzykrotnie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, następującymi pismami:

- 1) 1 wezwanie z 24 maja 2023 r. – odpowiedź udzielona 6 czerwca 2023 r., (informacje zastrzeżono tajemnicą przedsiębiorstwa),
- 2) 2 wezwanie z 23 czerwca 2023 r. – odpowiedź udzielona 4 lipca 2023 r. (informacje zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa),
- 3) 3 wezwanie z 17 lipca 2023 r. – odpowiedź udzielona 24 lipca 2023 r. (informacje zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa).

Zamawiający ocenił, że Przystępujący Fabe udzielił odpowiedzi na wszystkie zdane pytania, a także załączył dowody pozwalające określić sposób wyliczenia ceny poszczególnych elementów, o które pytał Zamawiający. Ponadto Przystępujący Fabe przedstawił w wyjaśnieniach wszystkie założenia projektowe i realizacyjne o jakie pytał

Zamawiający. Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do dalszego badania ani do odrzucenia oferty Przystępującego Fabe. Analogiczna ocena została dokonana wobec oferty Odwołującego i złożonych przez niego wyjaśnień.

8 września 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego Fabe.

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp

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.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

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. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp

1. 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.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

art. 11 ust. 2 uznk

2. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Ad zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum Fabe z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba przypomina, że na zarzut składa się nie tylko wskazanie podstawy prawnej ale przede wszystkim okoliczności faktycznych, będących podstawą zarzutu. Okoliczności te powinny zostać przez odwołującego wskazane w pełnym zakresie. Budowanie zarzutu w oparciu o niepełny zakres okoliczności faktycznych skutkuje tym, że

przywołane na późniejszym etapie postępowania odwoławczego fakty muszą zostać uznane za spóźnione jako niewskazane w terminie i tym samym wykraczające poza zakres odwołania. Ponadto, w sytuacji gdy odwołujący decyduje się na zbudowanie zarzutu w oparciu o wybrane tylko okoliczności faktyczne, zarzut taki skazany jest na oddalenie, jak to ma miejsce w przedmiotowej sprawie odwoławczej. Nie może być bowiem uznany za zasadny zarzut, na potwierdzenie którego odwołujący przytacza w sposób wybiórczy niektóre okoliczności faktyczne, pomijając pozostałe z nich, które mają znaczenie dla rozpoznania takiego zarzutu. Innymi słowy, Odwołujący powinien w celu skutecznego zbudowania zarzutu przytoczyć wszystkie istotne dla jego rozpoznania okoliczności i podjąć z nimi polemikę, bądź uzasadnić dlaczego potwierdzają one podniesiony zarzut. Słusznie bowiem podniósł Przystępujący Fabe, że zarzut

odwołania co do zaplanowania przez Konsorcjum Fabe odwodnienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia został sformułowany o wybiórczo przywołany stan faktyczny. Odwołujący bowiem oprócz wskazania na pismo PGW Wody Polskie z 11 września 2019 r. powołał się na odpowiedź na pytanie 34 w zestawie 2 (bez wskazania daty jej udzielenia) o treści „oczekuje aby eksploataowanie wód było na danym odcinku realizacyjnym”. Odwołujący przy tym nie przywołał treści pytania. Tymczasem jak wskazali zgodnie Zamawiający i Przystępujący Fabe, a co wynika przede wszystkim z akt sprawy, 22 lutego 2023 r., podczas zebrania z wykonawcami, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 34 z zestawu nr 2 o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza odprowadzenie wód do rowów drogowych sąsiadujących odcinków drogi ekspresowej? Jeśli tak, to w jakiej ilości?”, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający oczekuje, aby eksploataowanie wód było na danym odcinku realizacyjnym.”. Jednak Odwołujący pominął, że odpowiedź na powyższe pytanie została następnie przez Zamawiającego sprostowana, co miało miejsce w sprostowaniu z 13 kwietnia 2023 r. do „Informacja z zebrania Wykonawców” tury wyjaśnień treści SWZ (dotyczy zestawu 2, pyt. 34), gdzie w odpowiedzi na pytanie „Czy Zamawiający dopuszcza odprowadzenie wód do rowów drogowych sąsiadujących odcinków drogi ekspresowej? Jeśli tak, to w jakiej ilości?”, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający nie dopuszcza odprowadzenia wód do rowów drogowych zlokalizowanych poza obszarem objętym Kontraktem.”

Zatem, po pierwsze odpowiedź na pytanie wskazane jako podstawa zarzutu została następnie sprostowana, a po drugie, pytanie dotyczyło możliwości odprowadzenia wód do rowów drogowych, na co Zamawiający nie wyraził zgody. Natomiast pismo z 11 września 2019 r. dotyczy urządzeń melioracji wodnych wskazanych w art.197 ust. 1 prawa wodnego. Z kolei w wezwaniu z 17 lipca 2023 r. Zamawiający w pytaniu 3 d) zwrócił się do Przystępującego Fabe: „d) W jaki sposób Wykonawca przewidział realizację przelewów awaryjnych w zbiornikach? Gdzie zostanie odprowadzona woda z przelewów awaryjnych?”. Przystępujący Fabe odpowiedział: „Wykonawca na etapie oferty przewidział realizację

przelewów awaryjnych zgodnie z dokumentacją postępowania, a w szczególności (zgodnie m.in. z punktem 2.1.14 PFU) przewidziano przelewy awaryjne poprzez pompowanie wody za pomocą przepompowni wód opadowych. Wykonawca zakładał m.in. że woda z przelewów awaryjnych zostanie odprowadzona do odbiornika Skarbu Państwa.”

Ponadto Odwołujący pominął zupełnie postanowienia zawarte w pkt 2.1.9 PFU dotyczące odwodnienia, na które wskazali Zamawiający i Przystępujący Fabe, a także odpowiedź na pytanie nr 125 zestaw 34.

W tym stanie rzeczy zarzut zasługiwał na oddalenie z powodów formalnych. Ponadto Izba uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego za wiarygodne i znajdujące oparcie w treści dokumentacji zamówienia.

Zarzut w zakresie niezgodności treści oferty Przystępującego Fabe z uwagi na nie wskazanie w treści wyjaśnień, że w cenie oferty został uwzględniony osadnik/separator również podlegał oddaleniu. Zarzut jest bardzo lakoniczny i opiera się tylko na twierdzeniu o zaniechaniu wskazania przez Przystępującego w udzielonych wyjaśnieniach, że uwzględnił on w cenie oferty osadnik/separator mimo takiego obowiązku wynikającego z odpowiedzi na pytanie 71 zestaw 34. Jednocześnie Odwołujący zaniechał wykazania, że takie pytanie zostało Przystępującemu Fabe przez Zamawiającego zadane i w którym wezwaniu. Tymczasem Przystępujący Fabe podniósł, że w tym zakresie wezwanie do Przystępującego nie było skierowane. Natomiast Zamawiający zwrócił uwagę, że z przywołanej przez Odwołującego odpowiedzi na pytanie 71 nie wynika obowiązek uwzględnienia w cenie osadnika/separatora. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że sam Odwołujący w swoich wyjaśnieniach również tak szczegółowo nie opisywał odwodnienia aby można było wnioskować, że sam wycenił sporne elementy.

Reasumując, zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego Fabe z warunkami zamówienia podlegał oddaleniu już z powodów formalnych. Odwołujący nie przywołał w treści zarzutu wszystkich okoliczności faktycznych, tym samym nie podjął polemiki w pełnym zakresie dążąc do wykazania zasadności zarzutu. Zarzut zarówno w zakresie twierdzenia o błędnym założeniu odprowadzenia wody z przelewów awaryjnych jak i w zakresie zaniechania wykazania wyceny osadników/separatorów jest bardzo lakoniczny i został skonstruowany w oparciu o wybiórcze twierdzenia udzielone przez Przystępującego Fabe w toku wyjaśnienia ceny, a także o wybiórcze i nie zawsze aktualne postanowienia dokumentacji zamówienia, w tym udzielone wyjaśnienia.

Ad zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zarzut podlegał oddaleniu. Odwołujący w zakresie tego zarzutu kwestionował spełnienie przez uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego Fabe w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanek w zakresie wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji oraz w zakresie wykazania, że podejmuje odpowiednie działania w celu ochrony tych informacji. Ponadto Odwołujący wskazał, że Przystępujący Fabe zastrzegł dwa typy informacji: dane dotyczące kalkulacji ceny ofertowej oraz informacje pozyskane w tym zakresie od podwykonawców.

W ocenie Izby zarzut również został sformułowany w sposób lakoniczny w zakresie, w jakim Odwołujący neguje sposób wykazania przez Przystępującego Fabe wartości gospodarczej. Odnotowania wymaga, że Odwołujący buduje zarzut zaniechania wykazania przez Przystępującego Fabe wartości gospodarczej na podstawie tylko jednego twierdzenia „wartość ta może być jednocześnie skwantyfikowana, jako różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Wykonawcę, a drugą w kolejności ceną w niniejszym postępowaniu” wskazanym na s. 3 wyjaśnień 1 (analogicznie w wyjaśnieniach 2 i 3). Jednocześnie jednak w tym samym miejscu Przystępujący Fabe wskazał szereg innych twierdzeń, z którymi Odwołujący polemiki nie podjął. Przystępujący Fabe wskazał m.in., że „Informacje zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy pozwoliły mu bowiem na zaoferowanie ceny niższej od konkurentów, a więc informacje te mają co najmniej taką wartość gospodarczą”. W ocenie Izby w zakresie wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji uzasadnienie Przystępującego Fabe wskazane w wyjaśnieniach 1 (i analogicznie w wyjaśnieniach 2 i 3) jest wystarczające. Skład orzekający podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, że wartość ta nie zawsze musi być wyrażana przez wskazanie konkretnej kwoty pieniężnej. W tym postępowaniu Przystępujący Fabe uzasadnił wartość gospodarczą w sposób

opisowy, który Izba uznała za wystarczający. Dodatkowo odnotować należy powołane przez Przystępującego Fabe podczas rozprawy stwierdzenie wskazane na stronie 4 wyjaśnień 1 drugi akapit, gdzie Przystępujący Fabe argumentował, że wartość gospodarcza poszczególnych informacji wskazana jest i nierzadko wynika z ich opisu, który wskazuje jakie korzyści płyną dla Przystępującego Fabe z poszczególnych rozwiązań, co Odwołujący w treści uzasadnienia zarzutu zupełnie pominął. Wreszcie odnotować należy, na co słusznie zwrócił uwagę Przystępujący Fabe, że w zarzucie Odwołujący nie sprecyzował informacji, których odtajnienia się domaga. Odwołujący wskazał bowiem jedynie bardzo ogólnie, że wnosi o nakazanie odtajnienia informacji składanych przez Konsorcjum Fabe w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny lecz nie sprecyzował, o które informacje mu chodzi. Tymczasem Przystępujący składał wyjaśnienia trzykrotnie i w każdym z nich zastrzegał jakieś informacje. Istotne przy tym jest, że informacje te były możliwe do zidentyfikowania, ponieważ pisma były datowane a ich graficzna konstrukcja ukazywała, w którym miejscu

doszło do utajnienia informacji. Ewentualne stwierdzenie naruszenia przepisów przez Zamawiającego i w konsekwencji uwzględnienie odwołania (gdyby zaszyły ku temu przesłanki, co jednak nie ma miejsca w tej sprawie) byłoby więc problematyczne w tej sytuacji, z uwagi na uniemożliwienie Izbie precyzyjnego określenia zakresu informacji, które miałyby podlegać odtajnieniu zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Przechodząc do części zarzutu odnoszącej się do zaniechania przez Przystępującego Fabe podjęcia stosownych kroków zmierzających do ochrony informacji, Izba również i w tym zakresie uznała, że zarzut zasługuje na oddalenie. Odwołujący w treści zarzutu podjął polemikę z regulaminem poufności – załącznik nr 1 zarzucając, że został taki regulamin przedstawiony tylko dla spółki Fabe przy jednoczesnym braku analogicznych dokumentów dla pozostałych członków Konsorcjum Fabe, jednak analiza treści przedstawionych przez Przystępującego wraz z zastrzeżeniem wszystkich dowodów pozwala ustalić, że okoliczność ta nie może stanowić podstawy dla negatywnej oceny podjętych przez Przystępującego działań na gruncie ochrony spornych informacji. Po pierwsze, choć rzeczywiście jak wskazał Odwołujący analogiczne regulaminy jak obowiązujące w spółce Fabe nie zostały załączone dla pozostałych członków konsorcjum, to z treści pkt 6 porozumienia w sprawie zachowania poufności z 20 marca 2023 r., które zawarto w związku z ubieganiem się o to zamówienie publiczne, wynika wprost, że strony wdrożyły odpowiednie procedury wewnętrzne i posiadają regulaminy ochrony informacji poufnych i stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnotować też należy, że porozumienie to zostało podpisane przez samych członków zarządu wszystkich trzech podmiotów. W ocenie Izby nie ma podstaw do tego aby twierdzić, że takie oświadczenie nie polega na prawdzie (nie jest to również twierdzenie składające się na zarzut), a wobec przedstawienia porozumienia zawierającego zobowiązanie wszystkich trzech podmiotów do zachowania w poufności tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym odpowiedniego zobowiązania swoich pracowników oraz wobec przedstawienia zobowiązania zespołu z 23 marca 2023 r., twierdzenie, że Przystępujący Fabe nie przedstawił wystarczających dowodów na podjęcie środków w celu ochrony informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa, byłoby w ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy, przejawem skrajnego formalizmu. Przechodząc do oceny zobowiązania zespołu i podniesionej przez Odwołującego okoliczności, że brak jest w jego treści sankcji za naruszenie jego postanowień, zdaniem Izby Przystępujący Fabe zasadnie podniósł kwestię regulacji zawartej w art. 23 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba zwraca uwagę, że stanowisko to jest wystarczające wobec treści pkt 10 porozumienia, zgodnie z którym zastosowanie ma prawo polskie, a ponadto postanowienia zawartego w pkt 7 porozumienia. Nie budzi wątpliwości Izby, że skoro w porozumieniu tym w pkt II jest mowa o powołaniu zespołu, co nie jest sporne, to postanowienia tego porozumienia odnoszą się do członków tego zespołu.

W ocenie Izby podniesiona przez Odwołującego okoliczność wskazana w pkt 3.14.3 uzasadnienia odwołania jest jedynie czystą spekulacją i nie dowodzi, że zawarte porozumienie nie działa.

Reasumując, w ocenie Izby przedstawione przez Przystępującego Fabe dowody stanowią potwierdzenie podjęcia właściwych działań w celu ochrony zastrzeżonych informacji, mimo braków na które wskazał Odwołujący. Tym samym również w zakresie tej okoliczności faktycznej zarzut podlegał oddaleniu.

Ad zarzutu rażąco niskiej ceny

Zarzut został oddalony z następujących powodów.

W aspekcie formalnym Izba nie dopatrzyła się naruszeń wskazanych przez Odwołującego. Przede wszystkim odnotować trzeba, że Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący Fabe udzielił wyjaśnień nieadekwatnych do treści wezwania z 24 maja 2023 r. Odwołujący w treści zarzutu nie wskazał, na które konkretnie z zadanych Przystępującemu Fabe 41 pytań nie udzielił on wystarczającej odpowiedzi. Odwołujący podniósł w pkt 4.17, że wskazanych okoliczności Przystępujący Fabe nie poparł stosownymi dowodami udzielając pierwszych wyjaśnień, nastąpiło to dopiero w wyjaśnieniach 2 i 3, co przyznał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jednak Izba miała na uwadze, iż w treści wezwania 1 Zamawiający zadał Przystępującemu Fabe szereg bardzo konkretnych pytań. Ponadto Zamawiający w sytuacjach gdy uznawał to za niezbędne, wzywał Przystępującego Fabe do odpowiedniego zaprezentowania ceny czy pokazania sposobu kalkulacji określonych kosztów. Izba dostrzega, że Zamawiającemu zależało na przedstawianiu merytorycznych wyjaśnień popartych dowodami. Jednak nie może też umknąć, że Zamawiający wskazał „dlatego prosimy o przesłanie wszelakich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej”. W ocenie Izby nie można wykonawcy obarczać negatywnymi konsekwencjami tego, że nie uznał jakiegось dowodu za istotnego skoro przy tak szczegółowym wezwaniu zamawiający co do zasady pozostawił mu swobodę w decyzji. Następnie odnosząc się do liczb procentowych wskazanych w pkt 4.94.18 w ocenie Izby są to tylko daleko idące wnioski własne Odwołującego. Zestawiając to stanowisko ze stanowiskami Zamawiającego i Przystępującego Fabe, przedstawione

odpowiednio w odpowiedzi na odwołanie i w piśmie procesowym z 2 października 2023 r., Izba ocenia stanowisko Odwołującego jako luźną i dowolną interpretację treści oferty i wyjaśnień Przystępującego Fabe. Szczególnie unaocznia

to stanowisko Zamawiającego wskazane w treści odpowiedzi na odwołanie str. 8, gdzie Zamawiający wskazał, że po pierwsze o taki właśnie zakres zapytał w wezwaniu Przystępującego Fabe, a po drugie, że o analogiczny zakres zapytał samego Odwołującego. Co do twierdzeń zawartych w pkt 4.19 – 4.25 a odnoszących się do terminu, w tym zakresie Izba oparła się na stanowisku Zamawiającego i wyjaśnieniach Przystępującego Fabe, które uznała za wiarygodne i spójne. W zakresie pkt 4.26 – 4.30 słusznie podniósł Przystępujący Fabe, że w treści zarzutu Odwołujący oparł się na inflacji CPI, niezależnie od tego, czy ten punkt odniesienia jest miarodajny dla tej sprawy czy nie, nie sposób pominąć, że zarówno z tabeli przywołanej przez Odwołującego, jak i wykresu przedstawionego przez Przystępującego (dowód nr 2) wynika, że prognozowana jest tendencja spadkowa. Stąd też stanowisko Przystępującego co do tego, że nie przeczy to ewentualnej stabilizacji cen czy nawet spadkowi cen materiałów budowlanych, wskazane w pkt 60 pisma procesowego, Izba uznała za przekonujące.

Przechodząc natomiast do skonkretyzowanych zarzutów merytorycznych, w zakresie kosztów zimowego utrzymania, podniesiona przez Przystępującego Fabe w pkt 70 pisma procesowego okoliczność, przesądziła o oddaleniu zarzutu. Odnosząc się zatem jedynie dodatkowo do dowodu złożonego przez Odwołującego podczas rozprawy w postaci pisma GDDKiA z dnia 26 września 2023 r. Izba uznała, że ma on charakter irrelevantny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Niemniej jednak uwadze Izby nie umknęła różnica w pisowni spornej spółki zawarta na stronie 20 odwołania oraz w przedłożonym przez Odwołującego dowodzie, na co wskazywał Zamawiający. Co do kosztów wykopu Izba również w tym zakresie oddalając zarzut oparła się na stanowisku Przystępującego Fabe wskazanym w szczególności w pkt 71 – 73 pisma procesowego. Podobnie, rozpoznając zarzut dotyczący kosztu czasowej organizacji ruchu, w tym kosztu barier, Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego Fabe zaprezentowanego w piśmie procesowym. Istotne przy tym jest, że Odwołujący sam dostrzegł, że Zamawiający wobec Przystępującego nie sformułował wprost pytania o ten koszt. Izba nie zgadza się przy tym ze sformułowaniem w pkt 4.58 uzasadnienia odwołania stwierdzeniem jakoby brak takiego zapytania wprost i tak nie zwalniał Przystępującego Fabe z obowiązku jego wykazania. Skład orzekający prezentuje stanowisko, zgodnie z którym treść udzielanej odpowiedzi w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest w głównej mierze determinowana treścią wezwania.

Reasumując, Izba oddalając zarzut oparła się głównie na stanowisku Zamawiającego i Przystępującego Fabe, które oceniła jako przekonujące. Odwołujący upatrywał zasadności zarzutu w treści udzielonych przez Przystępującego Fabe wyjaśnień, pomijając że ich treść była determinowana treścią kierowanych do niego wezwań. Jednocześnie Odwołujący nie

wykazał aby wyjaśnienia Przystępującego Fabe były niepełne, czy aby w niewystarczającym stopniu odpowiedział on na kierowane do niego wezwania.

Odnosząc się do złożonych wraz z odwołaniem dowodów złożonych na poparcie twierdzeń w nim zawartych, nie mogły one przesądzić o uwzględnieniu odwołania z przyczyn podanych w treści uzasadnienia poszczególnych zarzutów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w związku z §5 pkt 1 i 2 lit. b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: