

**WYROK**

Warszawa, dnia 8 lipca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez wykonawcę P.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.B. P.P. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Warmińsko – Mazurskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie

przy udziale uczestników po stronie:

A.Odwołującego: BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie

B.Zamawiającego: PORR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 1) i nr 2) w *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych oferty uczestnika postępowania PORR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę P.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.B. P.P. w części 1/2 oraz zamawiającego Województwo Warmińsko – Mazurskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie w części 1/2 i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.B. P.P. tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę oraz Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika
  - 3.2. zasądza od zamawiającego: Województwo Warmińsko – Mazurskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie na rzecz wykonawcy P.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.B. P.P. kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 sumy kosztów poniesionych przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania
  - 3.3. znosi wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

**Sygn. akt KIO 2088/24**

**UZASADNIENIE:**

Zamawiający Województwo Warmińsko – Mazurskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa drogi wojewódzkiej (w ciągu DW592) stanowiącej obejście miejscowości Kętrzyn (Obwodnica Miasta Kętrzyna)”, nr referencyjny: ZDW/NZP.IP/PN-1/3220/164/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2023 r. pod numerem: 2023/S 190-593896.

W postępowaniu tym wykonawca P.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U.B. P.P. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 17 czerwca 2024r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności wyboru przez Zamawiającego oferty PORR S.A. (dalej „PORR”), jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ), pomimo tego, że treść oferty PORR jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wyceny przez PORR poz. 4 i 8 „- wypełnienie materaca” Działu 2. Roboty Ziemne Kosztorysu ofertowego branży drogowej, podczas gdy Zamawiający wymagał wyceny tych pozycji w poz. 2.

„Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntów kat. I-IIz pozyskaniem i transportem gruntu (wraz ze zbiornikami)” Działu 2. ROBOTY ZIEMNE tego samego kosztorysu, a w przypadku uwzględnienia udzielonych przez PORR wyjaśnień z dnia 19 marca 2024 r. i 4 kwietnia 2024 r. oferta PORR jest niezgodna także z wymaganiami pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robot Budowlanych ST D.02.01.01.WS WZMOCNIENIE MATERACAMI GEOSYNTETYCZNYMI (dalej „STWIORB”) w zakresie podania ceny wykonania za jednostkę obmiarową;

- 3) czynności prowadzenia z PORR niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie ustalenia elementów wycenionych przez PORR w poz. 4 i 8 „wypełnienie materaca” Działu 2. Roboty Ziemne Kosztorysu ofertowego branży drogowej pismem z dnia 27 marca 2024 r.;
- 4) zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp z uwagi na to, że zawiera błędy w obliczeniu ceny pomimo tego, że oferta PORR zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie wyceny poz. 4 i 8 „- wypełnienie materaca” Działu 2. Roboty Ziemne Kosztorysu ofertowego branży drogowej, podczas gdy Zamawiający wymagał wyceny tej pozycji w poz. 2. „Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntów kat. I-II z pozyskaniem i transportem gruntu (wraz ze zbiornikami)” Działu 2. ROBOTY ZIEMNE tego samego kosztorysu, a w przypadku uwzględnienia udzielonych przez PORR wyjaśnień z dnia 19 marca 2024 r. i 4 kwietnia 2024 r. oferta PORR zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na niezgodnej z wymaganiami pkt 9.2 STWIORB podania ceny wykonania za jednostkę obmiarową;
- 5) zaniechania przez Zamawiającego czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez PORR, jako tajemnicy przedsiębiorstwa pismem z dnia 4 kwietnia 2024 r. części wyjaśnień oferty PORR w postaci:
  - szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej pozycji 2, 4 i 8 kosztorysu ofertowego Branży drogowej (Załącznik nr 1)
  - kalkulacji kosztów bezpośrednich wbudowania materiałów (robocizna i sprzęt) dla ww. pozycji kosztorysowych (Załącznik nr 2) (dalej „Kalkulacje PORR”)

i w konsekwencji zaniechania czynności udostępnienia Odwołującemu Kalkulacji PORR, pomimo tego, że PORR nie wykazało, że Kalkulacje PORR spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”).

#### **Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR jako niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ), pomimo tego, że treść oferty PORR nie jest zgodna z warunkami zamówienia w zakresie wyceny poz. 4 i 8 „- wypełnienie materaca” Działu 2. Roboty Ziemne Kosztorysu ofertowego branży drogowej, podczas gdy Zamawiający wymagał wyceny tej pozycji w poz. 2. „Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntów kat. I-II z pozyskaniem i transportem gruntu (wraz ze zbiornikami)” Działu 2. ROBOTY ZIEMNE tego samego kosztorysu, a w przypadku uwzględnienia udzielonych przez PORR wyjaśnień z dnia 19 marca 2024 r. i 4 kwietnia 2024 r. oferta PORR jest niezgodna także z wymaganiami pkt 9.2 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robot Budowlanych ST D.02.01.01.WS WZMOCNIENIE MATERACAMI GEOSYNTETYCZNYMI (dalej „STWIORB”) w zakresie podania ceny wykonania za jednostkę obmiarową;
- 2) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez czynność prowadzenia z PORR niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie ustalenia elementów wycenionych przez PORR w poz. 4 i 8 „- wypełnienie materaca” Działu 2. Roboty Ziemne Kosztorysu ofertowego branży drogowej pismem z dnia 27 marca 2024 r.;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp z uwagi na to, że zawiera błędy w obliczeniu ceny pomimo tego, że oferta PORR zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie wyceny poz. 4 i 8 „- wypełnienie materaca” Działu 2. Roboty Ziemne Kosztorysu ofertowego branży drogowej, podczas gdy Zamawiający wymagał wyceny tej pozycji w poz. 2. „Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntów kat. I-II z pozyskaniem i transportem gruntu (wraz ze zbiornikami)” Działu 2. ROBOTY ZIEMNE tego samego kosztorysu, a w przypadku uwzględnienia udzielonych przez PORR wyjaśnień z dnia 19 marca 2024 r. i 4 kwietnia 2024 r. oferta PORR zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na niezgodnej z wymaganiami pkt 9.2 STWIORB podania ceny wykonania za jednostkę obmiarową;
- 4) art. 18 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez PORR, jako tajemnicy przedsiębiorstwa pismem z dnia 4 kwietnia 2024 r. Kalkulacji PORR i w konsekwencji zaniechania czynności udostępnienia Odwołującemu Kalkulacji PORR, pomimo tego, że PORR nie wykazało, że Kalkulacje PORR spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 uznk.

#### **Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty PORR, jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na doprecyzowaniu pismem z dnia 27 marca 2024 r. elementów wycenionych przez PORR w poz. 4 i 8 „wypełnienie materaca” Działu 2. Roboty Ziemne Kosztorysu ofertowego branży drogowej pismem z dnia 27 marca 2024 r.;

- 3) odrzucenie oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 10) ustawy Pzp;
- 4) uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez PORR, jako tajemnicy przedsiębiorstwa pismem z dnia 4 kwietnia 2024 r. Kalkulacji PORR i w konsekwencji udostępnienie Odwołującemu Kalkulacji PORR;
- 5) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

**W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał min.:**

**Zarzut nr 1), 2) i 3)**

Odwołujący przytoczył treść art. 218 ust. 2, art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, jak również powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający określił w SWZ, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych opisanych szczegółowo w dokumentacji projektowej wraz ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, przedmiarach robót i kosztorysach ofertowych stanowiących załączniki nr 9 i 10 do SWZ. W pkt 15.1 SWZ Zamawiający wyraźnie postanowił, że „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Przedmiary Robót na kosztorysie ofertowym zamieszczonym na Platformie przetargowej”. Zamówienie obejmuje zatem wykonanie robót budowlanych w formule „buduj” z kosztorysowym rozliczeniem należnego wykonawcy wynagrodzenia. W formule tej Zamawiający przygotował dokumentację projektową i określił ilości robót budowlanych do wykonania, a wykonawca wycenił wykonanie jednostki danej pozycji kosztorysu ofertowego, która rozliczana jest podwykonawczo. Odwołujący przytoczył treść pkt. 15.2, 15.4 i 15.6 SWZ.

W ramach wyceny przedmiotu zamówienia na podstawie Kosztorysów ofertowych wykonawcy winni byli wycenić w Branży drogowej ST D-02.00.00 2. Roboty Ziemne, ST D-02.03.01 Nasypy, „Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntów kat. I-II z pozyskaniem i transportem gruntu (wraz ze zbiornikami)” w ilości 433 902,14 m<sup>3</sup>.

Odwołujący przytoczył treść pytań oraz odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 16.01.2024r., na pytanie nr 2 i nr 4 z dnia 24.01.2024 r., na pytanie nr 2 z dnia 06.02.2024r., na pytanie nr 1 z dnia 08.02.2024 r., na pytanie nr 1 z dnia 13 lutego 2024r.

Tym samym wykonawcy wyceniając na podstawie Kosztorysów ofertowych Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia winni byli wycenić pozycję „Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntów kat. I-II z pozyskaniem i transportem gruntu (wraz ze zbiornikami)” natomiast pozycję „- wypełnienie materaca” pozostawić niewypełnioną, bowiem została ona podana przez Zamawiającego jedynie informacyjnie.

Wykonawca PORR S.A. pomimo jednoznacznych wytycznych Zamawiającego wypełnił pozycję „wypełnienie materaca”: W konsekwencji PORR S.A. dwukrotnie wycenił roboty w postaci wypełnienia materacą geosyntetycznego, raz w pozycji nasypy w cenie 69,18 zł netto m<sup>3</sup> oraz po raz kolejny dla różnych pozycji raz na cen 63,14 zł netto m<sup>3</sup> oraz 104,23 zł netto m<sup>3</sup>.

Zdaniem Odwołującego zastosowany przez PORR S.A. sposób wypełnienia kosztorysu ofertowego w powyższym zakresie jest z pewnością niezgodny z warunkami zamówienia i udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1479/18.

W ocenie Odwołującego PORR nie zastosował się do wiążącej treści SWZ i niezgodnie z warunkami zamówienia wycenił przedmiot zamówienia. W konsekwencji tego, zaoferował wykonanie pozycji „wypełnienie materaca” w innej cenie niż pozycja nasypu. Konsekwencją tego jest także zaistnienie tej okoliczności, że wskutek wyceny w kosztorysie ofertowym pozycji „wypełnienie materaca” w ilości odpowiednio 35 019,23 m<sup>3</sup> i 12 639,00 m<sup>3</sup>, podczas gdy pozostali wykonawcy wycenili pozycję „wypełnienie materaca” w pozycji nasypu, nie jest możliwe porównanie oferty PORR S.A. z ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców. Wymaga bowiem wskazania, że PORR S.A. wycenił więcej niż wymagane w SWZ ilości wypełnienia materaca - które winno być ujęte w ilości pozycji nasypu - 433 902,14 m<sup>3</sup>. Powoduje to, że zakres zaoferowanego przez PORR S.A. świadczenia jest inny niż zakres świadczenia wymagany w SWZ i zaoferowany przez pozostałych wykonawców. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3020/21.

Zdaniem Odwołującego sposób wypełnienia kosztorysu ofertowego przez PORR stanowi także błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt. 10) ustawy Pzp. PORR wypełnił bowiem kosztorysy niezgodnie z odpowiedziami na pytania Zamawiającego oraz niezgodnie z pkt. 15.1 SWZ. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2939/22.

Odwołujący podniósł, że błąd popełniony przez PORR, a zarazem sprzeczność oferty z warunkami zamówienia nie mogą zostać przy tym poprawione w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mając na względzie, że z oferty PORR S.A. w żadnej mierze nie wynika sposób jej poprawienia, a nadto, zaoferowane ceny w poszczególnych pozycjach nasyp oraz odpowiednio dwóch pozycjach „wypełnienie materaca” są inne. Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2200/22 oraz Sądu Okręgowego z dnia 13 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 136/21.

Zdaniem Odwołującego oferta PORR jest jednoznacznie sprzeczna z warunkami zamówienia nie ulega wątpliwości, że PORR błędnie wypełnił kosztorys ofertowy. Oferta PORR jest nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi przez pozostałych wykonawców i obejmuje inny zakres świadczenia niż wymagany w SWZ. Z uwagi nadto, że pozycje nasyp i „wypełnienie materaca” zostały wycenione na inne ceny jednostkowe, nie istnieje możliwość poprawienia oferty PORR S.A. na podstawie wynikających z niej informacji. Nie ma także jakichkolwiek okoliczności wskazujących na to, że wycena pozycji „wypełnienie materaca” stanowiło nieświadome i omyłkowe działanie PORR S.A.

Nadto, błąd w wypełnieniu kosztorysu ofertowego przez PORR jest tego rodzaju, że uniemożliwia prawidłowe rozliczenie należnego wykonawcy wynagrodzenia zgodnie z wymaganiami SWZ. Nie wiadomo bowiem, czy „wypełnienie materaca” winno być rozliczane zgodnie z ceną jednostkową nasypu, czy też ceną jednostkową podaną osobno przez PORR S.A.

Odwołujący przytoczył treść pisma Zamawiającego z dnia 14 marca 2024 r. stanowiącego wezwanie do złożenia wyjaśnień, jak również treść wyjaśnień wykonawcy PORR S.A. Odwołujący wskazał, że oświadczenie PORR S.A. o tym, że cena obejmuje wszystkie koszty jest irrelevantne mając na względzie, że zamówienie opiera się na formule „buduj” i wynagrodzeniu kosztorysowym, jak również, że wyjaśnienia de facto dowodzą o sprzeczności oferty PORR z warunkami zamówienia oraz o popełnieniu przez PORR błędu w obliczeniu ceny.

Odwołujący przytoczył treść pisma Zamawiającego z dnia 27 marca 2024 r. stanowiącego wezwanie do udzielenie dalszych wyjaśnień, jak również treść wyjaśnień PORR z dnia 4 kwietnia 2024 r. Odwołujący wskazał, że PORR zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki do wyjaśnień wskazujące na szczegółowe elementy, które zostały wycenione przez PORR w poz. 4 i 8. W konsekwencji, żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie ma wiedzy, co faktycznie PORR wycenił w poz. 4 i 8 poza ogólnikowym stwierdzeniem, że wyceniony został „koszt wbudowania materiału tj. koszt robocizny i sprzętu za ułożenie warstw materaca”. Niemniej jednak z oferty PORR nie wynika, koszty jakiej robocizny oraz jakiego sprzętu zostały wycenione w tejsze pozycji.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia PORR z dnia 19 marca 2024 r. i 4 kwietnia 2024r. nie można interpretować inaczej jak tylko próbę doprecyzowania treści oferty po upływie terminu na składanie ofert. Z treści oferty w żadnej mierze nie wynika bowiem, że w poz. 4 i 8 wyceniono koszt wbudowania materiałów tj. koszt robocizny i sprzętu na ułożenie warstw materaca. Sam Zamawiający po lekturze wyjaśnień PORR z dnia 19 marca 2024r. wskazał, że z wyjaśnień tych nie wiadomo w ogóle, jakie elementy kosztotwórcze zostały w niej wycenione - inaczej mówiąc, nie wiadomo, za jakie usługi Zamawiający będzie płacił w ramach rozliczenia tej pozycji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że PORR w chwili obecnej nie wskazuje nawet, że omyłkowo wycenił poz. 4 i 8 „wypełnienie materaca”, ale zdaje się twierdzić, że w tej pozycji - co nie wynika z treści oferty PORR - wycenił nie roboty budowlane, ale usługi wynikające z ich wykonaniem tj. koszt robocizny i sprzętu na ułożenie warstw materaca. W konsekwencji, w przypadku wykonania przez PORR robót opisanych w poz. 4 i 8 kosztorysu ofertowego, PORR będzie otrzymywał wynagrodzenie składające się z:

- ceny jednostkowej z poz. 2 za wypełnienie materaca (materiał budowlany)
- ceny jednostkowej z poz. 3 wykonanie kolumn betonowych zbrojonych i niezbrojonych o średnicy ok. 0,4 m lub odpowiednio poz. 7 wykonanie kolumn wymiany dynamicznej;
- ceny jednostkowej z poz. 4 lub odpowiednio 8 wykonanie materaca geosyntetycznego;
- ceny jednostkowej z poz. 4 lub odpowiednio 8 wypełnienie materaca - pozycja dodatkowa względem Odwołującego i innych wykonawców, którzy wypełnili kosztorys zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego;
- ceny jednostkowej z poz. 5 i 6 w przypadku Wzmocnienia podłoża kolumnami betonowymi zbrojonymi i niezbrojonymi.

Końcowo, Odwołujący wskazał, że o ile możliwe jest dokonanie w m3 wypełnienia materaca materiałem budowlanym, a także obmiar w m2 wykonania materaca geosyntetycznego, to nie wiadomo w jaki sposób Zamawiający ma dokonać obmiaru w m3 „koszt wbudowania materiału tj. koszt robocizny i sprzętu za ułożenie warstw materaca”. Co do zasady w ramach wyceny robót budowlanych opisanych kosztorysami ofertowymi wycena wykonania robót uwzględnia także koszty robocizny i sprzętu wykonania tychże robót budowlanych - w żadnej innej pozycji kosztorysu nie znajduje się wycena kosztów robocizny i sprzętu - bowiem nie da się dokonać obmiaru robocizny i sprzętu, który jest zawsze uwzględniony w pozycjach asortymentowych wykonania robót budowlanych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że konieczność ujęcia kosztów robocizny i sprzętu związanych z wykonaniem danych robót budowlanych wynika ze Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robot (STWiORB) ST D.02.01.01.WS WZMOCNIENIE MATERACAMI GEOSYNTETYCZNYMI:

## **9. PODSTAWA PŁATNOŚCI**

### **9.1. Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności**

Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności podano w STWiORB D-M-00.00.00 „Wymagania ogólne” [5] pkt 9.

### **9.2. Cena jednostki obmiarowej**

Cena wykonania za jednostkę obmiarową m<sup>2</sup> (metr kwadratowy), wykonanego wzmocnienia słabonośnego podłoża za pomocą geosyntetyku:

- prace pomiarowe,
- oznakowanie robót,
- wykonanie robót przygotowawczych,
- dostarczenie materiałów i sprzętu,
- przygotowanie podłoża,
- ułożenie geosyntetyku,
- przeprowadzenie pomiarów i badań wymaganych w niniejszej specyfikacji technicznej,
- odwiezienie sprzętu.

Zatem wyjaśnienia PORR są niezgodne z obowiązującą STWiORB w zakresie obliczenia ceny wykonania jednostki obmiarowej w poz. 4 i 8 „- Wykonanie materaca geosyntetycznego”, ponieważ podana przez PORR cena nie obejmowałaby wówczas wszystkich wymaganych elementów wskazanych w pkt. 9.2 STWiORB tj. kosztów robocizny sprzętu. W przypadku uwzględnienia udzielonych przez PORR wyjaśnień z dnia 19 marca 2024 r. i 4 kwietnia 2024 r. oferta PORR zawierałaby także błąd w obliczeniu ceny poz. 4 i 8 „- Wykonanie materaca geosyntetycznego” polegający na niezgodnej z wymaganiami pkt 9.2 STWiORB podaniu ceny wykonania za jednostkęobmiarową poz. 4 i 8 bez kosztów robocizny i sprzętu wykonania tej pozycji. Końcowo, Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia PORR są niewiarygodne z tej przyczyny, że koszt robocizny i sprzętu związany z wykonaniem poz. 4 i 8 to co najwyżej 10-20 zł netto za 1 m<sup>3</sup>, natomiast PORR wycenił swoje koszty robocizny i sprzętu na odpowiednio 63,14 zł netto i 104,23 zł netto za 1 m<sup>3</sup>. Tak wysoka wycena świadczy dobitnie, że podane ceny jednostkowe obejmują także materiały związane z wypełnieniem materaca, co potwierdza niezgodność treści oferty PORR z wymaganiami zamówienia.

#### **Zarzut nr 4)**

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia przez PORR Kalkulacji PORR w tym zakresie jest na tyle ogólna, że może odnosić się do jakiegokolwiek postępowania i jakiegokolwiek wyceny.

PORR nie wykazał, że dokonane utajnienie jest zasadne i uzasadnione stanem faktycznym i prawnym. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem zarówno orzecznictwa jak i doktryny, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane ściśle. Zaniechanie odtajnienia Kalkulacji PORR uniemożliwia Odwołującemu ocenę prawidłowości kalkulacji PORR.

W ocenie Odwołującego nie może zostać uznana jako tajemnica przedsiębiorstwa kalkulacja ceny jednostkowej dla poszczególnych pozycji, gdyż ze względu na swoją jednorazowość i jako odzwierciedlenie warunków wykonywania wyłącznie tego konkretnego zamówienia ustanowionych przez Zamawiającego nie przedstawia żadnej wartości gospodarczej. Treść kalkulacji nie pozwala na odtworzenie stałych uwarunkowań wykonawcy, dotyczących kalkulacji realizacji robót. Na podstawie treści kalkulacji nie sposób poznać również metodologii wykonywania robót, bowiem wykonawca ograniczony jest konkretnymi wymogami w zakresie realizacji zamówienia, a kalkulacja ceny jest jedynie odzwierciedleniem tych wymogów. Odwołujący podkreślił, że każde zamówienie charakteryzuje się innymi wymogami i nie sposób przenosić rozwiązań i założeń, przyjętych przez wykonawcę w ramach jednego z zamówień na inne, bowiem w stosunku do innych zamówień będą one nieaktualne. W ocenie Odwołującego, kalkulacja ceny nie stanowi również informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa. z treści kalkulacji nie sposób wywieść jakichkolwiek informacji o organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego PORR nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa Kalkulacji PORR. Poza gołosłownym przytoczeniem ogólnych sformułowań PORR nie wykazał konkretnych procesów organizacyjnych czy technologicznych stosowanych przez wykonawcę unikalnych dla PORR zasługujący na ochronę. PORR nie wykazał także, a jest to niezbędne przesłanka zastrzeżenia danych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, że ujawnienie wskazanych danych narazi PORR na jakąkolwiek szkodę, poza gołosłownymi twierdzeniami, iż będzie to skutkowało uzyskaniem przez konkurentów PORR bezpłatnego dostępu do wiarygodnych zestawień dotyczących istotnych cech PORR mających bezpośredni wpływ na jego sytuację rynkową, których pozyskanie przez nich w innych okolicznościach nie byłoby możliwe.

PORR w żaden sposób nie wykazał, ani nie objaśnił, jakie konkretnie skutki będzie miało ujawnienie zastrzeżonych informacji i w czym upatruje PORR swojej przewagi konkurencyjnej, którą mógłby potencjalnie utracić i w jaki sposób. PORR nie objaśnia w żadnej mierze, z jakiego powodu poznanie przez konkurentów elementów wskazanych w Kalkulacji PORR i to w dodatku wyłącznie w odniesieniu do 2 pozycji wskazanych przez Zamawiającego, a więc nie w odniesieniu do całej ceny, mogłoby być wykorzystane przez innych wykonawców. PORR nie wykazał w żadnej mierze podjęcia przez PORR niezbędnych działań w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Wskazania wymaga, że poza gołosłownymi twierdzeniami, PORR w żaden sposób nie dokumentował podjętych przez siebie działań. Do Wyjaśnień załączono bowiem wyłącznie kopie pierwszych stron dokumentów, spisu treści, czy wreszcie wprowadzenia do tych dokumentów, które w żadnym stopniu nie potwierdzają podjęcia przez PORR działań

opisanych w Wyjaśnieniach mających na celu zachowanie zastrzeżonych danych w poufności. W szczególności, z żadnych z tych dokumentów nie wynikają procesy obiegu dokumentów związanych ze składaniem ofert czy wyjaśnień w toku postępowania, pracy osobnych zespołów i umieszczania wrażliwych danych wyłącznie w wewnętrznych zasobach sieciowych Działu Ofertowania. Próżno szukać w Wyjaśnieniach dokumentów, którymi PORR wykazałby przeprowadzenie jakiegokolwiek szkolenia z ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa PORR, pomimo tego, iż twierdzi, że takie szkolenia przeprowadza się w przedsiębiorstwie regularnie. PORR nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na to, że także podjął stosowne środki ochrony fizycznej w celu zachowania informacji w poufności, a mógł PORR przedstawić chociażby umowę na ochronę fizyczną, regulamin użytkowania kart dostępu do budynku lub stosowne oświadczenie zarządcy budynku, procedury zapewniające bezpieczeństwo danych poufnych w sieci informatycznej - skoro na takie środki PORR zdecydował się powołać.

W konsekwencji, PORR nie wykazał ziszczenia się określonych w art. 11 ust. 2 uznk przestanek objęcia jakiegokolwiek części Wyjaśnień, w tym Kalkulacji PORR, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i z tego powodu, Zamawiający winien był udostępnić całą treść Wyjaśnień i Kalkulacji PORR, a zaniechawszy tej czynności, naruszył przepisy ustawy Pzp.

W złożonym piśmie z dnia 25 czerwca 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

#### **W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:**

Zamawiający wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa występował między innymi do PORR o wyjaśnienie treści oferty, wobec tego, że wykonawca ten wypełnił pozycje 4 i 8 mimo tego, że w świetle udzielanych na pytania wykonawców Zamawiający konsekwentnie utrzymywał, że koszt materiału niezbędnego do wykonania materacy ma być ujętych w pozycjach odnoszących się do nasypu.

Jak utrzymuje się w doktrynie oraz ugruntowanym orzecznictwie zmodyfikowanie oferty skutkujące zmianą wymagań określonych w SWZ powinno skutkować jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp. Modyfikacja powinna być rozumiana poprzez brzmienie art. 68 kc. Przepis powyższy w tym zakresie nie uległ zmianie, co oznacza, że zamawiający mogą utrzymać dotychczasową praktykę w zakresie odrzucania oferty (...) Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady, są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (tzw. dokumenty przedmiotowe, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 PrZamPub12004) [uw. aut. — obecnie art. 106]. Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści. Na treść oferty składa się wskazane wyżej zdefiniowanie i dookreślenie zaciąganego zobowiązania. (...) Należy jednak zwrócić uwagę na godne rozważenia zapatrywanie dotychczasowego orzecznictwa, że pomimo dyspozycyjności art. 223 ust. 1 pzp zamawiający jest zobowiązany żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki. "Istotą bowiem całego prawa zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji, jasnych i przejrzystych reguł udzielania tychże zamówień oraz przede wszystkim troski o racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi, nie zaś skrajne formalizowanie trybu udzielania zamówień publicznych i eliminowania oferentów z ubiegania się o zamówienie publiczne z powodu uchybień ofert, niewpływających na ich istotę, jak też na zakres przyszłych, ewentualnych wzajemnych zobowiązań stron" (...) Zamawiający przytoczył tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający wskazał, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Prawa zamówień publicznych musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Wykonawca składając ofertę nie może domyślać się, co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli ustali, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy musi być możliwe do określenia, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ.

W niniejszym wypadku nie da się przyjąć, że Zamawiający prowadził z PORR negocjacje, które w świetle obowiązujących przepisów prawa są niedopuszczalne. Zamawiający bez wątpienia wskazywał wyłącznie na potrzebę wyjaśnienia treści oferty bez dokonywania w jej jakichkolwiek zmian, bo te są co oczywiste zakazane. W istocie więc Zamawiający nie wie na czym w ocenie odwołującego polega naruszenie normy art. 223 ust. 1 pzp. Trzeba również podkreślić, że już w pierwotnych wyjaśnieniach PORR jednoznacznie wskazał, że w pozycjach są ujęte inne koszty niż te związane z samym materiałem bowiem ten bez wątpienia ma być ujęty w koszcie nasypu.

Co prawda niektórzy z pozostałych wykonawców pozostawili te rubryki puste ale ta okoliczność nie może wpływać na uznanie tego, że oferta PORR w jakikolwiek narusza obowiązujące przepisy prawa i jest sprzeczna z wymaganiami Zamawiającego.

Zgodnie z warunkami zamówienia PORR podobnie jak i każdy inny oferent miał wykonać określony przedmiot umowy, przy czym Zamawiający w toku prowadzonego postępowania wskazał jednoznacznie, że w pozycjach nr 4 i 8 nie może być ujmowany materiał jaki jest niezbędny do wykonania nasypów. PORR jak sam wskazał materiału w tych pozycjach nie ujmował, a wyłącznie koszt związany z wbudowaniem, co w ocenie Zamawiającego nie może prowadzić do niezgodności z warunkami zamówienia bowiem takiej sprzeczności w tym wypadku nie ma. W przypadku PORR, co nie było zakazane nasyp będzie rozliczany z dwóch, a nie jednej pozycji w zależności od przypadku. Odwołujący wskazał, że w STWIOBR wskazano w pkt 9.2 jakie składniki wchodzi w skład robót związanych ze wzmocnieniem podłoża i to zestawienie ma przesądzać o tym, że w istocie wszelkie prace w tym zakresie powinny być rozliczane z jednej, a nie większej ilości pozycji, skoro podano dla celów rozliczeń konkretną jednostkę obmiarową j wedle takiej właśnie jednostki, prace będą rozliczane tyle, że jak już zaznaczono powyżej nie z jednej, a dwóch pozycji.

W ocenie Zamawiającego w tym konkretnym wypadku nie będzie przy tym trudności z rozliczeniem robót choć oczywiście w sytuacji, kiedy wszelkie koszty byłyby w jednej, a nie dwóch pozycjach działanie matematyczne w takim wypadku byłoby prostsze. Tyle tylko, że oferta, aby możliwe było jej odrzucenie musi być niezgodna z warunkami zamówienia, a nie można odrzucić takiej oferty jaka z takimi warunkami jest zgodna tylko, że dla właściwego rozliczenia prac Zamawiający będzie musiał poświęcić większą ilość czasu dla ustalenia wartości robót wedle przyjętej jednostki obmiarowej, która to się nie zmienia i ta zawiera wszelkie elementy niezbędne do jej wykonania.

W tym wypadku, co nie może być w ocenie Zamawiającego sporne PORR w przypadku oddalenia odwołanie nie będzie otrzymywał dwukrotnie wynagrodzenia za wykonanie tych samych prac budowlanych bowiem w żadnej pozycji nie były dublowane prace czy inne koszty niezbędne do wykonania prac. W tych okolicznościach nie da się również przyjąć, że faktycznie oferowana przez PORR cena jest wyższa niż ta wynikająca z oferty odwołującego. Samo też to, że być może przedstawione w pozycjach 4 i 8 przez PORR ceny są dość wysokie nie ma wpływu na dokonaną ocenę oferty bowiem w tym wypadku kluczowa jest całkowita cena ofertowa, a nie poszczególne jej składniki. Właściwa umiejętność wyceny danych prac w wielu wypadkach przesądza o tym jaka oferta okazuje się najkorzystniejsza skoro na rynku lokalnym częstokroć wykonawcy korzystają z tych samych podwykonawców prac, dostawców i usługodawców. Zresztą, choć ma to marginalne znaczenie sam odwołujący się wskazuje na własnej stronie, że to właśnie PORR między innymi zaufał odwołującemu się (odcinek S-19 Kuźnica Sokółka, gdzie to PORR był GW).

Oferta PORR nie zawiera także błędu w obliczeniu ceny lub kosztu. Z błędem w obliczeniu ceny skutkującym odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawa zamówień publicznych mamy do czynienia wyłącznie wówczas, gdy nie można go zakwalifikować jako innej omyłki, możliwej do poprawienia zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy. Inna omyłka ma miejsce wtedy, gdy wykonawca w ofercie przyjął element zamówienia inny niż Zamawiający w dokumentach zamówienia, ale możliwe jest wykazanie, że było to wynikiem omyłki, a nie świadomego działania. Omyłka może bowiem polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, jak i ich pominięciu.

Jeżeli w cenie całkowitej oferty zysk został uwzględniony i jest on realny, kwestionowanie ujęcia go w tej a nie innej pozycji kalkulacji stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję w swobodę kalkulacji ceny. Skoro Zamawiający w SWZ nie określił wymagań w tym zakresie, to nie ma podstaw kwestionować miejsca ulokowania zysku i szacowania oferty według metody indywidualnie przyjętej przez wykonawców.

Zamawiający przytoczył tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak wskazano powyżej PORR ujął całość spornych prac w dwóch, a nie jednej pozycji z racji tego, że wyjaśnienia

Zamawiającego odnosiły się do konieczności ujęcia w innych pozycjach niż 4 i 8 kosztu materiału niezbędnego do wykonania nasypów. W pozycjach 4 i 8 ujęto koszty wbudowania materiału. Odwołujący się wskazał, że w istocie nie wiadomo jakie koszty zostały ujęte, kiedy to każdy z Wykonawców musi mieć pełne rozeznanie jakie czynności należy wykonać w związku z koniecznością wykonania nasypów. Oczywiście szczegółowe kalkulacje poszczególnych Wykonawców mogą się w tym wypadku różnić bowiem nie było w tym wypadku konieczności składania kalkulacji szczegółowych. Tak więc nie da się przyjmować w danym wypadku, że PORR popełnił błąd w obliczeniu ceny, skoro ten ujął wszelkie roboty jakich wykonania żądał Zamawiający w warunkach postępowania.

Odnosnie tajemnicy przedsiębiorstwa - w ocenie Zamawiającego ta kwestia nie ma wpływu na dokonany wybór oferty, czy możliwość dochodzenia praw w niniejszym postępowaniu przez odwołującego się skoro jak już zaznaczono powyżej w trakcie pierwszych wyjaśnień wskazano na sposób wyceny pozycji nr 4 i 8. Zamawiający wzywał przy tym Wykonawcę do kolejnych wyjaśnień nie dlatego, że te były nielogiczne ale wyłącznie po to, aby PORR przedstawił szczegółowe kalkulację ułatwiające następnie rozliczenie robót oczywiście przy założeniu, że PORR byłby wybrany skoro jego oferta w rankingu okazywała się najkorzystniejsza. Zamawiający chciał i miał to tego prawo wiedzieć jakie konkretnie koszty zostały ujęte w pozycji 4 i 8 aby nie było w tym zakresie jakichkolwiek wątpliwości co do sposobu kalkulacji ceny. Bez wątplenia koszt materiału wbrew zarzutom odwołującego nie został w tym wypadku ujęty.

Zdaniem Zamawiającego, PORR przedstawił przy tym przekonywujące argumenty za uznaniem tego, aby faktycznie niektóre z przekazanych danych nie były dostępne dla innych niż Zamawiający podmiotów. Przypomnieć należy, że PORR utajnił szczegółową kalkulację pozycji 2, 4, 8 oraz kalkulację kosztów bezpośrednich wbudowania materiałów ujętych w tych samych pozycjach.

Wykonawca BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawca PORR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie (dalej: „PORR”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 1 lipca 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę PORR SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiącej części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożone przez:

1. Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania, tj.: tabeli obrazującej zmianę ceny ogólnej należnej PORR w stosunku do zmiany ceny ogólnej oferowanej przez Odwołującego; zestawienie cen wraz z kosztorysami; umowę zawartą pomiędzy PORR a Odwołującym
2. Uczestnika postępowania PORR S.A. wraz z pismem procesowym, tj. poglądowy rysunek materaca geosyntetycznego jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa drogi wojewódzkiej stanowiącej obejście miejscowości Kętrzyn (Obwodnica Masta Kętrzyna).

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 23 lutego 2024 r. w postępowaniu złożono siedem ofert:

1. Polbud-Pomorze sp. z o.o., Łącko 18, 88-170 Pakość
2. Unibep S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski
3. STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
4. PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
5. Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

6.TORHAMER Sp. z o.o. sp. k., ul. Mściwoja 9/U5, 81-361 Gdynia

7.P.H.U.B. PIOTR PAWLICA, ul. Bankowa 3, 21-570 DRELÓW

Poza sporem było to, że wraz z ofertą, wykonawcy ubiegający się o przedmiot zamówienia, zobowiązani byli złożyć uzupełniony kosztorys ofertowy, zawierający wycenę poszczególnych elementów zamówienia (branż).

W toku prowadzonego postępowania sposób wyceny ww. pozycji kosztorysu był przedmiotem licznych zapytań wykonawców. W ramach pytań skierowanych do Zamawiającego, wykonawcy dopytali Zamawiającego m. in. o kwestię wyceny dodanej do kosztorysu podpozycji – „wypełnienie materaca” (podpozycja ta, została dodana do kosztorysu do pozycji 4 i 8 dla branży drogowej w ramach odpowiedzi na pytanie nr 2 w pakiecie nr 37 z dnia 16 stycznia 2024 r.).

1)zestaw nr 39 z dnia 24 stycznia 2024 r.:

Pytanie 2

K.O. "Wzmocnienie podłoża kolumnami betonowymi zbrojonymi i niezbrojonymi - Wykonanie materaca geosyntetycznego". Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o udzielenie informacji w której pozycji należy wycenić materiał wypełniający w materacu.

Odpowiedź

Do Kosztorysu ofertowego branży drogowej dodano pozycję 'wypełnienie materaca' w m3, której wartość jest ujęta w cenie nasypu.

2)zestaw nr 45 z dnia 6 lutego 2024 r.

Pytanie 2

W nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie nr 2 z pakietu nr 39 z dnia 24.01.2024 „Do Kosztorysu ofertowego branży drogowej dodano pozycję 'wypełnienie materaca' w m3, której wartość jest ujęta w cenie nasypu.” Prosimy o sprecyzowanie, co Zamawiający miał na myśli pisząc „której wartość jest ujęta w cenie nasypu” oraz o sprecyzowanie, co należy ująć w wycenie pozycji.

Odpowiedź

Odpowiadając na pytanie nr 2 z pakietu nr 39 określono, że koszt materiału jakim jest wypełnienie materaca jest ujęty w koszcie nasypu. Oznacza to tyle, że ilość materiału użyta do wypełnienia materaca stanowi część całości nasypu jaki został określony do wykonania.

3)zestaw nr 46 z dnia 8 lutego 2024 r.

4)zestaw nr 47 z dnia 13 lutego 2024 r.

Bezsporne było również to, że trzech wykonawców, tj.: Polbud – Pomorze Sp. z o.o. z siedzibą w Pakości, TORHAMER Sp. z o.o., sp. k. z siedzibą w Gdyni oraz PORR S.A. z siedzibą w Warszawie dokonali wyceny poz. 2, poz. 4 i poz. 8 (Dział 2. ROBOTY ZIEMNE) w KOSZTORYSIE OFERTOWYM „BRANŻA DROGOWA”.

Poza sporem było również, że PORR dokonał wyceny poz. 2, poz. 4 i poz. 8 (Dział 2. ROBOTY ZIEMNE) w KOSZTORYSIE OFERTOWYM „BRANŻA DROGOWA” w następujący sposób:

#### **Poz. 2**

Przy czym łączna wartość tej pozycji poprawiona została przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp (oczywista omyłka rachunkowa) i wynosi finalnie 30 017 350,05 zł.

#### **Poz. 4**

Przy czym łączna wartość dla pozycji „wykonanie materaca geosyntetycznego” poprawiona została przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp (oczywista omyłka rachunkowa) i wynosi finalnie 1 505 826,68 zł.

#### **Poz. 8**

Przy czym łączna wartość dla pozycji „wykonanie materaca geosyntetycznego” poprawiona została przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp (oczywista omyłka rachunkowa) i wynosi finalnie 275 024,64 zł. Zamawiający pismem z dnia 14 marca 2024 r. wezwał PORR do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego przez PORR kosztorysu ofertowego.

Tożsame wezwania Zamawiający skierował do wykonawców: Polbud-Pomorze Sp. z o.o. oraz TORHAMER Sp z o.o., sp. k.

PORR pismem z dnia 19 marca 2024 r. udzielił wyjaśnień, wskazując m.in.

„- pozycja 2 „Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntów kategorii I-II z pozyskaniem i transportem gruntu (wraz ze zbiornikami)” (w ramach działu: „Nasypy”) – pozycja obejmuje m.in. ilość i koszt wykonania wypełnienia materacy geosyntetycznych (koszt kruszywa);

- pozycja 4 „wypełnienie materaca” (w ramach działu: „Wzmocnienie podłoża kolumnami betonowymi zbrojonymi i niezbrojonymi”) - pozycja obejmuje wyłącznie koszt wbudowania ww. materiału (kruszywa), tj. koszty robocizny i sprzętu za ułożenie warstw materaca;

- pozycja 8 „wypełnienie materaca” (w ramach działu: „Wzmocnienie podłoża kolumnami wymiany dynamicznej”) - pozycja obejmuje wyłącznie koszt wbudowania ww. materiału (kruszywa), tj. koszty robocizny i sprzętu za ułożenie warstw materaca.”.

Zamawiający pismem z dnia 27 marca 2024 r. wezwał PORR do złożenia wyjaśnień w zakresie szczegółowej ceny jednostkowej ujętej w pozycji 2, 4 i 8 kosztorysu ofertowego dla branży drogowej.

PORR pismem z dnia 4 kwietnia 2024 r. przedłożył szczegółowe wyliczenia, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Kalkulacje te zostały zastrzeżone jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 7 czerwca 2024 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty PORR S.A. oraz o odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, oferty wykonawcy Polbud-Pomorze Sp. z o.o. oraz wykonawcy TORHAMER Sp. z o.o., sp. k.

Poza sporem było to, że koszt materiału (kruszywa) do wypełnienia materaca należało wycenić w cenie nasypu. Osią sporu było to, czy wykonawcy w poz. 4 i 8 „wypełnienie materaca” mogli wycenić inne koszty związane z wbudowaniem materiału (kruszywa), tj. koszt robocizny, sprzętu.

***Izba zważyła, co następuje:***

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jak nr 1) oraz nr 2) w *petitum* odwołania.

**Zarzut nr 1 – naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz zarzut nr 2 – naruszenie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Art. 233 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Zgodnie z art. 7 pkt 29), że *Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Tytułem wstępu, kosztorys bez wątpienia stanowi "merytoryczną" część oferty, zresztą o dużym znaczeniu dla określenia przedmiotu i zakresu oferowanego świadczenia oraz jego ceny czy kosztu poszczególnych elementów i, w przypadku jego braku, błędów lub wad, nie może podlegać uzupełnieniu czy to w całości, czy o informacje w nim zawarte.

Na etapie postępowania po terminie składania ofert jakakolwiek zmiana w postępowaniu jest niedopuszczalna. Przyjęcie odmiennego poglądu skutkowało naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dotyczy to nie tylko wykonawców biorących udział w postępowaniu, ale także tych, którzy nie wzięli udziału w postępowaniu kierując się jednoznacznymi postanowieniami SWZ.

Nie ulega wątpliwości, że postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego cechuje się wysokim formalizmem i choć samo postępowanie nie powinno być formalizmem samym w sobie, to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ. Oferta musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego, które to sobie sam zamawiający zdefiniował w dokumentach postępowania. Z tego też względu wykonawcy biorący udział w takim postępowaniu powinni dochować należytej staranności i spełnić wszystkie wymagania zamawiającego. Co za tym idzie nie mogą dokonywać modyfikacji kosztorysu ofertowego według własnego uznania, a następnie w ramach wyjaśnień uzupełniać jego treść.

Analiza dokumentacji postępowania, treści pytań i odpowiedzi na pytania oraz analiza, jak to określił PORR - niejednoznacznego znaku przy wskazanych pozycjach - doprowadziła Izbę do przekonania, że wykonawca PORR S.A. dokonał modyfikacji kosztorysu wyceniając pozycję, która nie podlegała wycenieniu. W przedmiotowej sprawie istotne znaczenie ma pytanie 1 i odpowiedź na wskazane pytanie - zestaw nr 47 z dnia 13 lutego 2024 r. Z tego też względu należało przeprowadzić dokładną analizę zarówno treści pytania jak i odpowiedzi. Pytanie 1 brzmiało: (...) *Prosimy o potwierdzenie, że w poniższej pozycji należy wycenić koszt materiału (kruszywo) i koszt wbudowania? Lub prosimy o potwierdzenie, że pozycji tej nie należy wyceniać i należy pozostawić ją pustą, a ilość została podana jedynie w celu informacyjnym.* Zamawiający, odpowiadając na tak postawione pytanie, wskazał jednoznacznie: *Kruszywo – wypełnienie materaca, podano informacyjnie (ilość 35 019,23 m3) i wycenione powinno być w pozycji nasypu.* Co do zasady Izba zgadza się z PORR, że Zamawiający nie wskazał konkretnie, w której pozycji należy wycenić koszt wbudowania kruszywa (konstrukcja pytania niewątpliwie miała na to wpływ), jednak w sposób jasny i zrozumiały wskazał, że ilość w pozycji „wypełnienie materiału” została podana jedynie w celu informacyjnym. Brak wskazania konkretnie w której pozycji należy wycenić koszt wbudowania kruszywa nie upoważniało PORR do wyceny pozycji, która nie podlegała wycenieniu i, jak jednoznacznie wskazał Zamawiający, podano ją informacyjnie. Nadto, Zamawiający w spornych pozycjach wstawił znak „-”, i, z dniem Izby, nie był to znak „niejednoznaczny”.

Odnosząc się do wyjaśnień udzielonych przez PORR - dodanie treści jest czynnością zupełnie odmienną od złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienie (tłumaczenie) jest jedną z odmian rozumowania, jest zadaniem myślowym, które polega

na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, czyni coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie treści oferty polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści”, a nie na dodaniu nowej treści – tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu. Z tego też względu rację ma Odwołujący wskazując, że z treści oferty PORR nie wynika aby wykonawca ten wycenił w poz. 4 i 8 koszty robocizny i sprzętu. PORR podejmując decyzję o wycenie pozycji, która była informacyjna, powinien chociaż poczynić jakąś wzmiankę, że w tej pozycji została wyceniona robocizna i sprzęt. Skoro tego zabrakło, to nie można mówić o wyjaśnieniu kosztorysu, bo PORR niczego nie wyjaśnił – PORR uzupełnił kosztorys o dane, których w ofercie de facto nie zawarł. Podkreślić należy, oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy Zamawiającego, ani oferenta.

I choć faktycznie z kosztorysu przedłożonego przez PORR wynika, że pozycja ta nie obejmuje kosztu materiału, to obejmuje dodatkowy składnik, nie wskazany w pierwotnych wyjaśnieniach – z uwagi na fakt, że kosztorys ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba przedstawiając argumentację w tym zakresie, składnik ten pomija. Powyższe nie ma jednak znaczenia, bowiem jak już wskazano, PORR uzupełnił a nie wyjaśnił treść kosztorysu.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

### **Zarzut nr 3 – naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.*

Z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp mamy do czynienia wtedy, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Inaczej mówiąc, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkuluje w niej czynności/materiały, które nie są objęte przedmiotem zamówienia (czyli wykonawca przyjmuje niewłaściwe dane) lub też uwzględnia elementy, których ująć nie powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Co za tym idzie dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmiennosc sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna.

Twierdzenia Odwołującego, że oferta PORR winna być odrzucona z uwagi na to, że zawiera błędy w obliczeniu ceny nie zasługiwały na aprobatę. Nawet przyjmując, że faktycznie PORR w poz. 4 i 8 „wypełnienie materaca” wycenił koszt robocizny i sprzętu, to przecież czynności te są objęte zamówieniem.

Poza powyższym, Odwołujący nie zdołał wykazać, że ewentualny błąd w wycenie PORR wpłynął na ustalenie ostatecznej ceny jego oferty.

### **Zarzut nr 4 – naruszenie art. 18 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp**

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 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.*

Zdaniem Izby z treści uzasadnienia zastrzeżonych informacji nie wynika, że ziściły się wszystkie przesłanki, które decydują o możliwości zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać tylko informacje co do których wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu KPC. Co za tym idzie wykonawca winien udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych jest niewystarczające dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej. Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą. Powszechnie wiadomo, że żaden przedsiębiorca nie jest zainteresowany ujawnieniem informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Jednakże wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Co za tym idzie powinni liczyć się z tym, że oferta oraz inne dokumenty składane w toku postępowania, będą jawne.

Wbrew logice byłoby uznanie, że na podstawie ujawnienia wysokości kosztów wchodzących w skład trzech pozycji kosztorysowych możliwe będzie odtworzenie strategii biznesowej PORR czy też stosowanych metod kalkulacji, w szczególności gdy metoda kalkulacji przy tego typu postępowania jest jednakowa dla wszystkich. Nie ma nic nadzwyczajnego w metodzie polegającej na wskazaniu ceny za usługę i wysokości pozostałych kosztów. Zwykle matematyczne obliczenia.

Za abstrakcyjne należało uznać twierdzenia PORR, że na podstawie trzech pozycji (z wielu innych) pozostali wykonawcy uzyskają możliwość kształtowania własnych cen na poziomie odpowiednio niższym w kolejnych postępowaniach oraz mogą wykorzystać schematy kalkulacji zastosowane przez Wykonawcę, bez ponoszenia żadnych, dodatkowych wydatków na modyfikację czy aktualizację własnych strategii cenowych. Jak wskazano wyżej, jest to czysto matematyczne działanie, jakie „schematy kalkulacji” PORR miał na myśli – tego już nie wyjaśnił.

Zdaniem Izby PORR nie wykazał również niezbędnych działań celem zachowania tychże informacji w poufności. PORR wskazał na ogólne środki organizacyjne spółki, w tym środki o charakterze fizycznym i prawnym. Przy czy działania te chronią wszystkie informacje oraz dokumenty wytworzone i posiadane przez PORR. PORR nie wyodrębnił w jaki sposób chroni informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Skoro PORR chroni tajemnicę przedsiębiorstwa tak jak pozostałe informacje, to nie sposób uznać, że wykazał niezbędne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Mimo powyższego, zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony. Zgodnie z art. 554 ust. 1 ustawy Pzp/Izba uwzględni odwołania jeżeli stwierdzi, że naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. I choć w tym zakresie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, to nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a 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. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....