Sygn. akt KIO 1014/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:**Małgorzata Rakowska**
Katarzyna Prowadzisz
Ewa Sikorska

Protokolantka: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w miejscowości Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Kobylarnia (Lider) i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (Partner)** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w miejscowości Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Kobylarnia (Lider) i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (Partner)** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w miejscowości Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Kobylarnia (Lider) MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (Partner** tytułem wpisu od odwołania i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę **423 zł 00 gr** (słownie: czterysta dwadzieścia trzy złote zero groszy) poniesioną przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu pełnomocnika,

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w miejscowości Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Kobylarnia (Lider) i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice (Partner)** na rzecz **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** kwotę **4 023 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwadzieścia trzy złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu 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 1014/24

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w

Szczecinie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowa drogi S10 Szczecin – Piła; odcinek 6, węzeł Łowicz Wałecki (z węzłem) – węzeł Piecnik (bez węzła)”,

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 października 2023 r. pod pozycją 2023/S 191-597244.

W dniu 25 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w miejscowości Kobylarnia i MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, zwani dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, podjętych niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz od zaniechania czynności, które Zamawiający zobowiązany był podjąć na podstawie ustawy Pzp, tj. wobec następujących czynności Zamawiającego a polegających na:

1. wyborze oferty wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Budimex”, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca Budimex złożył ofertę niezgodną z treścią warunków zamówienia, zawartych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ”,
2. wyborze oferty wykonawcy Budimex, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca Budimex złożył ofertę, która zawiera rażąco niską cenę,
3. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Czynnościom tym Zamawiający zarzucił naruszenie:

1. art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta wykonawcy Budimex nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta wykonawcy Budimex jest niezgodna z treścią SWZ, gdyż wykonawca ten zaoferował niezgodne z SWZ rozwiązanie projektowo-konstrukcyjne w zakresie sześciu przejść górnych dla zwierząt, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; przedmiotowa niezgodność występuje niezależnie w następujących zakresach:
   a. obiekt inżynierski nr PZGd-68.8,
   b. obiekt inżynierski nr PZGd-73.6,
   c. obiekt inżynierski nr PZGd-74.6,
   d. obiekt inżynierski nr PZGd-75.4,
   e. obiekt inżynierski nr PZGd-76.9,
   f. obiekt inżynierski nr PZGd-78.4.
2. art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta wykonawcy Budimex nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta wykonawcy Budimex jest niezgodna z treścią SWZ, gdyż wykonawca ten zaoferował niezgodne z SWZ rozwiązanie projektowo-konstrukcyjne w zakresie łącznic w węźle Łowicz Wałecki L05 z trasą główną, strona (L) i (P) – obiekty inżynierskie WS-66,0-L oraz WS-66-P, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
3. art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, w związku art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta wykonawcy Budimex nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz w związku z udzieleniem przez wykonawcę Budimex wyjaśnień elementów cenotwórczych w stopniu niewystarczającym, czyli takich wyjaśnień, które wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i kosztów, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
4. art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny

ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta wykonawcy Budimex nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta wykonawcy Budimex została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca ten złożył do wyjaśnień załącznik nr 8 objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, który wprowadzał pozostałych wykonawców i zamawiającego w błąd w zakresie udzielenia przez wykonawcę Budimex wyjaśnień na zadane pytania przez Zamawiającego, w ramach badania rażąco niskiej ceny i zgodności oferty z warunkami zamówienia, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Budimex, jako oferty najkorzystniejszej,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3)odrzucenia oferty Budimex, jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia w zakresie:

a)zaoferowanego rozwiązania projektowo-konstrukcyjne dla sześciu przejść górnych dla zwierząt o numerach PZG-68.8, PZGd-73.6, PZGd-74.6, PZGd-75.4, PZGd-76.9, PZGd-78.4,

b)zaoferowanego rozwiązania projektowo-konstrukcyjne dla łącznic w węźle Łowicz Wałecki L05 z trasą główną, strona (L) i (P) – obiekty inżynierskie WS-66,0-L oraz WS-66,0-P,

4)odrzucenia oferty wykonawcy Budimex, jako zawierającej rażąco niską cenę i koszty,

5)odrzucenia oferty wykonawcy Budimex, z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

6)dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący w zakresie zarzutu odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie niezgodnych z PFU rozwiązań projektowo-konstrukcyjnych w zakresie sześciu obiektów inżynierskich – przejścia górnego dla zwierząt o numerach PZGD-68.8, PZGD-73.6, PZGD-74.6, PZGD-75.4, PZGD-76.9, PZGD-78.4 podniósł m.in., że wykonawca Budimex w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przekazał załącznik nr 8. Jednakże, załącznik 8, w wersji odtajnionej nie zawiera najważniejszych informacji, o które zapytywał Zamawiający (kolumny nr 2 „Przeszkoda pod obiektem" i kolumny nr 3 „Sposób pokonania przeszkody", kolumny nr 7 „Ilość przęseł", kolumny nr 8 „Elementy drogi na obiekcie i przekroje ruchowe w [m]" oraz kolumny nr 9 „Całkowita szerokość obiektu w [m]"). Tym samym, Zamawiający nie był w stanie zweryfikować zgodności oferty wykonawcy Budimex z SWZ, a tym bardziej domniemywać jej zgodności z warunkami zamówienia. Trudno zatem stwierdzić, na jakiej podstawie Zamawiający ocenił zgodność oferty z wymaganiami, skoro nie zweryfikował podanych parametrów obiektów, których poprawność budziła Jego wątpliwości i dlatego wnosił o ich wyjaśnienie. Nieprzekazane przez wykonawcę Budimex parametry, tj. parametry przekrojów ruchowych, elementów drogi na obiekcie, całkowitej szerokości, to parametry cenotwórcze, wskazujące, czy wykonawca Budimex przyjął poprawne założenia do oferty. Na podstawie odtajnionej wersji załącznika nr 8, Zamawiający (oraz Odwołujący) był w stanie zweryfikować tylko parametry długości i rozpiętości przęseł, gdyż tylko te parametry podał wykonawca Budimex. Z tego względu, Zamawiający zobowiązany był do uznania niezgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia, w zakresie sześciu ww. obiektów.

Zamawiający opisał parametry funkcjonalne obiektów w kolumnie 4 tabeli 1.1 PFU, poprzez odwołanie do decyzji środowiskowej (dalej: „DŚU") oraz poprzez wskazanie pkt. 1.1.3.1 PFU. I tak, w DŚU opisane są parametry środowiskowe obiektów, tj. np. szerokość obiektów, kształt i spadek najścia dla zwierząt. Te parametry zostały przedstawione przez Budimex w dwóch różnych dokumentach (plikach) jako „tajemnica przedsiębiorstwa" i w wersji jawnej oznaczono jako „[TP]", zaś w wersji zastrzeżonej (następczo przez Zamawiającego odtajnionej) nie zostały one w ogóle przekazane. Natomiast w pkt. 1.1.3.1 PFU „Droga ekspresowa" są zawarte dane, które mogą posłużyć dla zweryfikować zgodności podanego w odpowiedzi wykonawcy Budimex parametru, tj. rozpiętości przęseł. W pkt. 1.1.3.1 PFU opisano bowiem minimalne parametry drogi ekspresowej i jej infrastruktury, czyli elementy, które znajdują się pod przęsłami górnego przejścia dla zwierząt, które determinują ten parametr.

I tak, w załączniku nr 8 (wersja odtajniona), wykonawca Budimex wskazał, dla przedmiotowych sześciu obiektów (przejścia górne dla zwierząt) ilości i rozpiętości przęseł. Z powyższego wynika, że:

a.w przypadku obiektów w wierszu 8 oraz 17 – przyjęto obiekty dwuprzęsłowe o konstrukcji z prefabrykowanych betonowych konstrukcji łupinowych;

b.w przypadku obiektów w wierszu 19, 20, 24, 27 – przyjęto obiekty trzyprzęsłowe o konstrukcji z prefabrykowanych betonowych konstrukcji łupinowych.

Z powyższego wynika, że wykonawca Budimex przyjął nieprawidłową (za małą) rozpiętość przęseł o długości 18,1m, tj.:

a.w przypadku obiektów w wierszu 8 oraz 17 tabeli – oba przęsła obiektów powinny mieć rozpiętość minimum 19,35m (zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie 106, rozpiętości obiektów dwuprzęsłowych,

powinny być równe) –

b. w przypadku obiektów w wierszu 19, 20, 24 oraz 27 – skrajne przęsła północne powinny mieć rozpiętość minimum 19,35m

Odwołujący podniósł, że przyjmując dopuszczalne, minimalne parametry obiektów, elementów i infrastruktury, wskazane w załączniku nr 8 wykonawcy Budimex, rozpiętości 18,1 m są nieprawidłowe i nie pozwalają na usytuowania wszystkich elementów, zgodnie z SWZ, w tym PFU, przepisami techniczno-budowlanymi, oraz wytycznymi do projektowania.

Minimalna rozpiętość przęsła powinna więc wynosić 19,35 m a nie jak wskazał wykonawca Budimex 18,10m. Szerokość 18,1m jest niewystarczająca dla umiejscowienia obligatoryjnych elementów infrastruktury takiej jak:

a. 2,80m - połowa szerokości pasa dzielącego, drogi ekspresowej S10 (2,50m) wraz z opaską i połową szerokości minimalnej podpory (0,30m) – zgodnie z zapisami PFU pkt. 1.1.3.1 oraz pkt. 2.1.16.2.6 a także wymaganiami WR-D-22-2-01 pkt. 4.8 (8),
b. 9,50m – dwa pasy ruchu (3,50m) oraz pas awaryjny (2,50m) – zgodnie z zapisami PFU pkt. 1.1.3.1,
c. 1,75m – pobocze 1,25m poszerzone o minimalną wartość elementu odwodnienia 0,50m – zgodnie z PFU pkt. 1.1.3.1 oraz odpowiedzią Zamawiającego nr 282, w którym nie wyraził zgody na wliczanie szerokości ścieku / odwodnienia do szerokości pobocza,
d. 1,00m – minimalna szerokość dla lokalizacji kanału technologicznego, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego nr 145 oraz WR-D-22-3 pkt.4.9 a także zał.1 do PFU Wytyczne dla kanałów technologicznych,
e. 4,00m – pas technologiczny (3,00m + 2x0,50m) – zgodnie z pkt. 1.1.3.1 PFU oraz odpowiedzią Zamawiającego nr 213,
f. 0,30m – połową szerokości minimalnej podpory (0,30m) – zgodnie z zapisami PFU pkt. pkt. 2.1.16.2.6

Łącznie rozpiętość przęsła wynosić musi minimum 19,35m, czego wykonawca Budimex nie uwzględnił w swojej ofercie. Tym samym, sześć ww. oferowanych i wycenionych obiektów - przejść dla zwierząt, z uwagi na zaoferowane i wycenione przez wykonawcę Budimex przęsła o rozpiętości 18,1m jest niezgodny z warunkami zamówienia. Przepisy ustawy Pzp determinują, że PFU stanowi integralną część dokumentacji przetargowej, zawierającą wytyczne Zamawiającego do planowanej inwestycji, które wiążą wykonawców przygotowujących na jego bazie projekty budowlane i wykonawcze oraz realizujących następnie roboty budowlane w nich określone. Nie mniej jednak, określając rolę PFU w ramach zamówienia publicznego realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj", należy wziąć też pod uwagę specyfikę tego typu realizacji, która zakłada, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. System ten, w swojej idei zakłada minimalizację ryzyka związanego z projektowaniem i roszczeniami z tytułu wadliwiej, niekompletnej lub zawierającej nieoptymalne rozwiązania dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego. Innymi słowy, modyfikacje względem PFU są dopuszczane wówczas, gdy rozwiązania w niej zawarte nie pozwalają wykonawcy realizacji zamówienia w sposób zgodny ze sztuką budowlaną. Choć zatem charakter PFU zakłada pewną elastyczność pozostawioną wykonawcy, odpowiedzialnemu za cały proces inwestycyjny, to elastyczność ta nie jest bezwzględna, a tym bardziej nie pozwala na oferowanie i wycenianie w ofercie rozwiązania A, a następnie zmianę tego rozwiązania – jeżeliby się okazało niezgodnie z SWZ – na rozwiązanie B, które nie zostało wyartykułowane w ofercie, a tym bardziej wycenione.

Postanowienia PFU, co wynika z § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego, zwanego dalej „rozporządzeniem", powinny być na tyle precyzyjne, aby umożliwić wycenę oferty, stąd zasadne jest wskazanie, jako wiążącej, liczby obiektów inżynierskich oraz sposobu obejście przeszkody. Przepis ten brzmi „Program funkcjonalno- użytkowy służy do opisu przedmiotu zamówienia, ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty - szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych". Zamawiający, nawet w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj", obowiązany jest zatem do udostępnienia wykonawcom w PFU danych, pozwalających na dokonanie kalkulacji oferty w oparciu o konkretne rozwiązanie projektowe. Dlatego też, wypełniając obowiązek z § 15 rozporządzenia, Zamawiający wyszczególnił w PFU w sposób wiążący obiekty inżynierskie oraz sposób obejścia przeszkody, równocześnie formułując warunki na tyle elastycznie, że pozwalają wykonawcom indywidualnie dobrać zaoferowaną długość obiektu i ilość przęseł, które są ograniczone jedynie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego i celem jaki chce on osiągnąć w ramach przedmiotowej inwestycji.

Wykonawca Budimex zdaje się nie dostrzegać różnicy pomiędzy możliwością modyfikacji niewiążących założeń PFU w celu zaoferowania optymalnej oferty, a (nie)możliwością modyfikacji treści oferty. O ile pierwsza modyfikacja jest dopuszczalna (w granicach niewiążących wykonawców postanowień) o tyle modyfikacja oferty po jej otwarciu nie jest dopuszczalna, z zastrzeżeniem art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Tymczasem w powoływanej odpowiedzi na pytanie nr 76

wykonawca Budimex wskazuje: „Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania". Rozwiązania koncepcyjne są zawarte w Koncepcji Programowej oraz częściowo w PFU, a nie w ofercie. Ustawa Pzp narzuca, że w ofercie zostaje zaoferowany jeden, skonkretyzowany sposób wykonania zamówienia, którego koszt wykonawstwa został precyzyjnie obliczony i odzwierciedlony w cenie ofertowej wykonawcy. Tylko taka konstrukcja, pozwala Zamawiającemu na weryfikację, czy zaoferowany przedmiot jest zgodny z warunkami zamówienia oraz realnie wyceniony. Tym samym, Zamawiający nie weryfikuje luźnej koncepcji, która na etapie projektowana zostanie zmienione i zupełnie inne rozwiązania zostaną wprowadzone za zupełnie inne koszty. Zamawiający weryfikuje konkretną ofertę, zero-jedynkowo decydując o jej zgodności lub niezgodności z SWZ.

Odwołujący wskazał z ostrożności, że wykonawca Budimex nie kwestionował wiążącego charakteru sposobu wykonania obiektów inżynierskich. Nawet jeżeliby jednak wykonawca Budimex wniósł takie odwołanie, to Odwołujący wskazuje, że w podobnym stanie faktyczno-prawnym Krajowa Izba Odwoławcza orzekła o legalności narzucenia przez Zamawiającego określonych metod projektowych w zakresie obejścia przeszkody w pasie drogi realizowanej, w przetargu „zaprojektuj i wybuduj". Przywołał wyrok Izby z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 1978/16.

Reasumując podniósł, że zaprojektowane i wycenione przez wykonawcę Budimex obiekty inżynierskie – przejścia górne dla zwierząt – o numerach PZGd-68.8, PZGd-73.6, PZGd-74.6, PZGd-75.4, PZGd-76.9, PZGd-78.4, są niezgodny opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie dają możliwości poprawnego rozmieszczenia i przeprowadzenia pod obiektem wszystkich wymaganych i opisanych w PFU elementów drogi ekspresowej S10 wraz z infrastrukturą (w tym pasów technologicznych). Dodatkowo, są to elementy mające istotny wpływ na cenę ofertową wykonawcy Budimex. Wszystkie te obiekty mają bowiem mniejszą niż wymaganą długość, co drastycznie wpłynęło na obniżenie ceny. Tym samym, oferta wykonawcy Budimex podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu 2, tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie niezgodnych z rozwiązań projektowo-konstrukcyjnych w zakresie łącznic w węźle Łowicz Wałecki L05 z trasą główną, strona (L) i (P) – Obiekty Inżynierskie WS-66,0 odwołujący podniósł m.in., że wykonawca Budimex w załączniku nr 8, w wierszu 1 i 2 wskazał, że obiekty w km 66+040,53, tj. WS-66P oraz WS-66L, zaprojektuje i wykona o rozpiętości 12,3m.

Zamawiający w PFU umieścił tabelę 1.1 [Wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, jezdniach dodatkowych oraz innych drogach i przeszkodach.], w której opisał, że parametry funkcjonale obiektów WS-66P oraz WS-66L, poprzez wskazanie pkt. 1.1.3.1 PFU oraz pkt. 1.1.3.2 PFU.

Parametry dla łącznicy L05 na węźle Łowicz Wałecki, Zamawiający opisał w pkt. 1.1.3.1 oraz 1.1.3.2 PFU. Zamawiający podał nieprawidłowe parametry – brak opasek.

Zamawiający, odpowiadając na pytanie 316 dotyczące opasek na łącznicach podał, że „rozwiązania projektowe, muszą być zgodne z przepisami, decyzjami, postanowieniami, zapisami PFU". Tym samym, Zamawiający wyartykułował warunki dla typu łącznic P1, wskazując, że jest to jednokierunkowa, jednopasowa jezdnia z opaską wewnętrzną (po lewej stronie względem kierunku ruchu) o szerokości 0,5 m i opaską zewnętrzną (po prawej stronie względem kierunku ruchu) o szerokości 1,0 m i o szerokości pasa ruchu = 4,5m, o szerokość jezdni wraz z opaskami = 6,0 m, z obustronnymi poboczami = min. 1,0m. Czyli cała korona drogi łącznicy P1 wynosić ma min. 8,0m.

Z uwagi na powyższe nieścisłości, zostały zadane dwa kolejne pytania dot. węzła Łowicz Wałecki – nr 551 i nr 552 i w ich wyniku Zamawiający w dniu 29.11.2023 r. dokonał zmiany do PFU.

Zamawiający zdecydował się opisać łącznice w sposób nietypowy, gdyż poprzez wskazanie konkretnego punktu w wytycznych do projektowania „WR-D-22-1, pkt. 6.3 ppkt. 5"., który nie odnosi się do łącznic. Tym samym Zamawiający nie wprowadził zmian do typu łącznic, a więc nie zmienił typu łącznic P1.

Dalej, w odpowiedziach z dnia 24.11.2023 r., na pytanie nr 96, Zamawiający konsekwentnie podtrzymywał parametry i wymagania wobec łącznic wskazane w SWZ, gdyż odpowiedział, że nie dopuszcza zmiany typu i ilości łącznic węzłów drogowych. Wobec czego wykonawcy zobowiązani byli zaoferować zaprojektowanie łącznic typu P1, o parametrach wskazanych w WR-D i PFU.

Z uwagi na fakt, że na łącznicy L05 ruch ma odbywać się w obu kierunkach, należało do oferty przyjąć, że łącznica L05 powinna mieć przekrój 2xP1 = 2x8,00m, a więc min. 16,0m. Zważywszy, że w poboczach będą musiały być usytuowane bariery ochronne, pobocza zewnętrzne będą mieć szerokość min. 1,5m, a pobocze wewnętrzne między łącznicami min. 2,5m, to w konsekwencji szerokość korpusu drogowego łącznicy L05 wynosi min. 17,5m. Przy założeniu zaś, że przyczółki obiektów sytuujemy bezpośrednio przy poboczu to w osiach podpór należy przyjąć szerokość minimum 17,5m + 0,6m = 18,1 m.

Budimex w swojej ofercie ujął wykonanie obu obiektów WS-66P oraz WS-66L o rozpiętości 12,30m, a nie jak wymaga Zamawiający o rozpiętości 18,1m. Tym samym zaniżył rozpiętości tych obiektów o 32% każdy.

Tak więc argumentacja odnosząca się do zarzutu pierwszego pozostaje adekwatna również w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu.

Reasumując podniósł, że zaprojektowane i wycenione przez wykonawcę Budimex obiekty WS-66,0-P oraz WS-66,0-L są niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż znacząco nie uwzględniają minimalnych rozpiętości przęseł narzuconych przez Zamawiającego. Tym samym, oferta wykonawcy Budimex podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu 3, tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na cenę rażąco niską Odwołujący podniósł m.in., że analizując wyjaśnienia wykonawcy Budimex stwierdzić należy, że wykonawca Budimex złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które są ogólnikowe, nieskonkretyzowane i nie obalają domniemania rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny, co wykluczającej możliwość uznania, że wykonawca Budimex dowiódł brak rażąco niskiej ceny. Przywołał wyrok Izby w sprawach o sygn. akt: KIO 1894/19, KIO 1362/19 i KIO 1295/19. Powyższe wynika z całości udzielonych odpowiedzi, na wnioski o wyjaśnienia, skierowane przez Zamawiającego,

Wykonawcy nie byli uprawnieni do dowolnego przypisywania wartości poszczególny wierszom w Wykazu Płatności, ani do kumulowania całego zysku w pierwszym etapie plac, ani żądania podwyższenia ceny w innych przypadkach niż dopuszczone umowną waloryzacją czy przepisami prawa. Wykaz Płatności był został jednak na tyle ogólnie sformułowany, że przy popadnięciu w ustawowe domniemanie rażąco niskiej ceny

Zamawiający nie miał możliwości weryfikacji kompletności założonych przez wykonawcę Budimex kosztów ani ich wysokości, pod kątem realności. Dlatego też, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Budimex z wnioskiem o wyjaśnienia, w którym zastrzegł, że żądał „podania konkretnych założeń i kalkulacji, wraz z uzasadnieniem i dowodami (…) co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które uważacie Państwo za istotne". Zatem, Zamawiający oczekiwał konkretnych założeń kosztowych, konkretnych kalkulacji – wskazanie samych założeń nie czyni zadość wezwaniu Zamawiającego, konkretnego uzasadnienia założeń i kalkulacji („wyjaśnienia nie mogą być ogólnikowe" – np. na podstawie własnego doświadczenia) oraz dowodów.

Zamawiający żądał wyjaśnień, które pozwalałyby na zweryfikowanie oferty dwojako. Po pierwsze, żądał informacji odnoszących się do całej oferty, tj. wszystkich III punktów Wykazu Płatności (czemu dał wyraz w pyt. Nr 1) – poprzez złożenie odrębnych dla każdej okoliczności wyliczeń i uzasadnienia, które wykaże, dlaczego dana okoliczność spowodowana obniżenie ceny do zaoferowanego poziomu. Po drugie, poprzez zadawanie szczegółowych pytań o poszczególne koszty, z żądaniem przedstawienia wyliczeń, na podstawie których wykonawca Budimex ustalił wartość danego kosztu.

I tak, pomimo bardzo ścisłego sita weryfikacji, któremu miała zostać poddana oferta wykonawcy Budimex, pomimo udzielenia szeregu odpowiedzi, w dalszym ciągu Zamawiający (ani konkurencja) nie ma wiedzy, jakiej wysokości są trzy podstawowe elementy ceny wykonawcy Budimex: koszty, ryzyko i zysk. Udzielone wyjaśnienia nie dają możliwości weryfikacji, jaki procent wartości oferty to wyliczone koszty, ile wykonawca Budimex przewidział rezerwy na koszty, i jaki jest zakładany zysk. W jaki sposób Zamawiający ocenił cenę jako realną, skoro zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy Budimex, koszty ryzyka mogły zostać skalkulowany na poziomie 1 zł? W jaki sposób Zamawiający uznał poszczególne koszty za realne, skoro wykonawca Budimex nie przestawił do swoich wyjaśnień jakichkolwiek wyliczeń, które wezwaniem Zamawiającego zobowiązany był złożyć? Tak sformułowane obalają domniemania ceny rażąco niskim.

Zgodnie z opisem sposobu obliczania ceny oferty, koszty ogólne powinny być równomiernie rozłożone po kontrakcie. Na pytanie nr 1 wykonawca Budimex nie udzielił szczegółowej odpowiedzi, lecz odesłał do odpowiedzi, które dotyczyły wyjaśnień nie tylko rażąco niskiej ceny, lecz również treści oferty, jednakże w ujęciu właśnie kosztowym. Natomiast na pytanie nr 2, dotyczące Wykazu Płatności, punkt I„ Wymagania Ogólne", wykonawca Budimex odpowiedział ogólnie.

Tak sformułowane wyjaśnienie ceny ofertowej w zakresie Wymagań Ogólnych, nie pozwalały na weryfikację wysokości przyjętych kosztów, wartości rezerw na ryzyka, ani zakładanego poziomu zysku. Zamawiający nie jest uprawniony domyślać się, co się kryje za pozycją 12.221.273,00 – tj. czy koszt zawartego w tej pozycji ryzyka wynosi 6 zł czy 6.000.000,00. Połączenie tych trzech elementów nie pozwala na uznanie tych wartości za realne. Przyjęcie ryzyka chociaż na poziomie 2% daje kwotę 8.748.784,60 zł netto, minimalnego zysku na poziomie 2%, który również daje kwotę 8.748.784,60 zł netto, i kosztów pozostałych na poziomie 2%, które również daje kwotę 8.748.784,60 zł netto, jednoznacznie pokazuje nierealność przedstawionych wyliczeń, gdyż łączna kwota tylko tych trzech pozycji wynosi 26.246.353,80 zł netto. Przyjęte procentowe wartości składowe są minimalnymi stawkami, obowiązującymi w branży budowlanej. Kwota ta przekracza o ponad 100% wartość wskazaną w 5 wierszu tabeli. Już tylko ten jeden fakt wskazuje na nierealność złożonej oferty przez wykonawcę Budimex.

Ryzyko kontraktowe jest o tyle istotnym czynnikiem oferty Budimex, że stanowiło ono szczególny zakres troski Zamawiającego, wyartykułowany w wielu pytaniach zadanych do oferty wykonawcy Budimex.

Dalej Odwołujący wskazał, że zwrócić uwagę należy na wartość robót, tj. punkt III w Wykazie Płatności. W pytaniu nr 8 Zamawiający żąda rozbicia cen ryczałtowych pozycji III „Roboty", w rozbiciu asortymentu robót zgodnym z

przekazaną przez Zamawiającego tabelą, „w stopniu szczegółowości pozwalającym na weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny. Dla każdej z pozycji rozbicia ceny ryczałtowej należy przedstawić wyliczenia, na podstawie których ustalona została dana wartość". W odpowiedzi na powyższe wykonawca Budimex wskazał: „Odpowiedź znajduje się w załączniku nr 2".

Wykonawca Budimex nie załączył żadnych kosztorysów i obmiarów, ani cen jednostkowych pozwalających Zamawiającemu oraz innym wykonawcom zweryfikować zagregowane elementy podanych robót z tabeli zawartej w załączniku nr 2, pod względem rażąco niskiej ceny. Skoro Zamawiający żądał wyliczeń – i to nie jakichkolwiek, lecz pozwalających na weryfikację tych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny – to należy uznać, że zamiarem Zamawiającego było badanie tej ceny, a nie przyjęcie deklaracji wykonawcy Budimex pod kątem planowanych kosztów. Wykonawca Budimex nie przedstawił żadnych(!) wyliczeń do robót, których wartość wynosi 391.069.230.00 netto, co stanowi 89,4% ceny ofertowej. Z uwagi na brak konkretnych wyliczeń również w innych częściach wyjaśnień, wykonawca Budimex nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, które ustawa Pzp nałożyła na jego ofertę.

Kolejnym zakresem, który był dla Zamawiającego istotny, to weryfikacja rozwiązań projektowych dla branży mostowej. Mianowicie, w pytaniu nr 76 Zamawiający zapytuje: „Jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu) zostały przyjęte przez Państwa? Jaki rodzaj posadowienia przewidziano, a w przypadku posadowienia specjalnego jaką technologię planują Państwo zastosować dla każdego z obiektów? Prosimy o podanie dla każdego obiektu rozwiązania konstrukcyjno–budowlanego parametrów przekrojów ruchowych, ilości i rozpiętości przęseł?". Dalej, w pytaniu nr 86 Zamawiający zapytuje: „Prosimy o podanie, wszystkich drogowych obiektów inżynierskich jakie wykonawca przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU, wraz z następującymi informacjami dla każdego obiektu osobno: a) przeszkoda, b) sposób pokonania przeszkody, c) przewidywany kilometraż drogi, d) rodzaj obiektu inżynierskiego/rodzaj obiektu mostowego, e) przewidywana długość całkowita i rozpiętości przęseł w [m], f) elementy drogi na obiekcie w [m], g) całkowita szerokość obiektu [m]", h) rodzaj konstrukcji, i) rodzaj posadowienia, j) koszt wskaźnikowy w PLN/m² .Ponadto prosimy o podanie całkowitego kosztu budowy obiektów, w tym kosztu posadowienia. Prosimy, aby powyższe informacje przedstawić w formie tabelarycznej j.n.".

Z uwagi na fakt, że wykonawca Budimex przerzucił część wyjaśnień dotyczących kosztów do części wyjaśnień, dot. treści oferty, odpowiedzi na te pytania należy uwzględnić przy ocenie, czy wykonawca Budimex obalił domniemanie ceny rażąco niskiej. I tak, na pytanie nr 76 wykonawca Budimex udzielił odpowiedzi: „Przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania projektowe dla branży mostowej, rodzaj i technologia posadowienia, rozwiązania konstrukcyjno –budowlane parametrów przekrojów ruchowych, ilości i rozpiętości przęseł zostały określone w Załączniku nr 8. (Odpowiedź na pytanie nr 76 zawarta jest w odpowiedzi na pytanie nr 86)". Zaś na pytanie nr 86: „Zestawienie wszystkich drogowych obiektów inżynierskich jakie wykonawca przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU, wraz z wymaganymi informacjami dla każdego obiektu osobno znajduje się załączniku nr 8 (odp. nr 76)".

Analizując załącznik nr 8 do wyjaśnień udzielonych przez Budimex S.A., tj. dokumentu „załącznik_nr_8_obiekty_mostowe_1888092" (część jawna), oraz porównując go z wersją tego samego dokumentów, ale z utajnionymi treściami (w miejsce treści – „[TP]"), tj. „zalacznik_nr_8_tajemnica-obiekty_mostowe_1888093", widzimy, że załączniki te różnią się od siebie. Przekazana wersja załącznika nr 8 odtajniona nie zawiera kolumn nr 2 „Przeszkoda pod obiektem", nr 3 „Sposób pokonania przeszkody", nr 7 „Ilość przęseł", nr 8 „Elementy drogi na obiekcie i przekroje ruchowe w [m]" oraz nr 9 „Całkowita szerokość obiektu w [m]". Brak tych danych uniemożliwia nie tylko weryfikację poprawności przyjętych przez Budimex rozwiązań technicznych, lecz uniemożliwia również weryfikację przyjętych do oferty cen jednostkowych obiektów, wymienionych w załączniku nr 8. Jak zatem Zamawiający zweryfikował realność kosztów 28 obiektów inżynierskich, których jednostkowa wartość wynosi od 1.250.429,70 PLN do 8.490.454,69 PLN – na kwotę ponad 100 mln PLN? Zamawiający żądał podania kosztu wskaźnikowego w PLN/m², całkowitego kosztu budowy obiektów, które to koszty oblicza się z uwzględnieniem danych zawartych w załączniku nr 8 (długość razy szerokość). Brak parametru szerokości uniemożliwiał weryfikację podanych przez wykonawcę Budimex cen jednostkowych. Brak uzyskania od wykonawcy Budimex danych umożliwiających weryfikację wskazanego kosztu pod kątem jej rażąco niskiego poziomu nie uprawniał Zamawiającego do bezkrytycznego zaakceptowania cen jednostkowych przedstawionych obiektów m2/PLN i ostatecznie zaniechaniu uznania, że oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca Budimex nie obalił ustawowego domniemania ceny rażąco niskiej.

Wykonawca Budimex nie wskazał jakichkolwiek dowodów, że ponad przeciętnie niskie koszty, przyjęte do oferty, są realne. Odwołujący przedstawił realne ceny jednostkowe nw. asortymentu robót, publikowane w profesjonalnym i uznawanym przez branżę kwartalniku „Cennik dla Profesjonalistów – Sekocenbud".

Ceny jednostkowe do wykonania robót drogowych przez wykonawcę Budimex wskazują, że są one zaniżone względem cen rynkowych i to w znacznym stopniu. Nie klasyfikują się nawet jako koszt minimalny w Sekocenbud, dostępny na rynku.

Odwołujący podkreślił, że również dla Krajowej Izby Odwoławczej Sekocenbud stanowi punkt wyjścia dla oceny realności przedstawianych przez wykonawców założeń i wyliczeń. Przykładowo przywołał wyrok Izby w sprawie z dnia 15 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 522/19. Izba orzekła:

Reasumując podniósł, że wycena poszczególnych rodzajów robót w ofercie Budimex, a w ślad za tym cena ofertowa, nie są uzasadnione w żadnej mierze ani cenami rynkowymi ani nie usprawiedliwia jej ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Co kluczowe, w konsekwencji nie daje Zamawiającemu rękojmi należytego wykonania zamówienia, zgodnie z jego warunkami, powodując, że cel gospodarczy prowadzonego postępowania nie zostałby przez Zamawiającego osiągnięty, a sama realizacja napotkałaby szereg trudności wynikających z ewidentnych wad i niedoszacowania oferty.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Budimex, nie są wystarczające dla obalenia ustawowego domniemania ceny rażąco niskiej. Nie wykazują bowiem żadnych nadzwyczajnych okoliczności, uprawdopodobniających zastosowanie tak niskich cen i nie są kompletne, gdyż pominięto w nim istotne elementy, o których wyjaśnienie zwracał się Zamawiający. Treść udzielonych wyjaśnień w istocie potwierdza, że wykonawca Budimex nie jest w stanie wykazać realności założonych przez siebie kosztów i ceny ofertowej, co świadczy o występowaniu rażąco niskiej ceny. Przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 marca 2024 r., sygn. akt: XXIII Zs 11/24 oraz Izby w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17.

Wykonawca Budimex, choć złożył wyjaśnienia oraz dowody, to jednak całość przedstawionych wyjaśnień, nie daje możliwości weryfikacji kalkulacji, kosztów, zakresu wycenionych ryzyk ich wysokości, weryfikacji realności poczynionych założeń, a zatem nie uzasadnia obniżenie cen za wskazane przez Zamawiającego cenę o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT i nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

Udzielone przez wykonawcę Budimex wyjaśnienia nie obaliły domniemania ich rażąco niskiego poziomu. Udzielone odpowiedzi nie wyczerpują swym wątpliwości podnoszonych przez Zamawiającego, nie umożliwiają weryfikacji założeń, nie zawierają kalkulacji, nie przekazują tak podstawowych informacji jak wysokość rezerwy na koszty czy zakładany zysk. Tym samym, oferta Budimex podlega odrzuceniu, z uwagi na rażąco niską cenę.

W zakresie zarzutu 4, tj. zarzutu zaniechania odrzucenia oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca Budimex złożył do wyjaśnień załącznik nr 8 objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, który wprowadzał pozostałych wykonawców i zamawiającego w błąd w zakresie udzielenia przez wykonawcę Budimex wyjaśnień na zadane pytania przez Zamawiającego, w ramach badania rażąco niskiej ceny i zgodności oferty z warunkami zamówienia Odwołujący podniósł m.in., że wyjaśnienia udzielone w toku postępowania stanowią część oferty i informacje w nich zawarte mogą stanowić potwierdzenie zgodności oferty z SWZ albo – jak to ma miejsce w przypadku oferty wykonawcy Budimex – potwierdzenie niezgodności oferty wykonawcy Budimex z treścią SWZ. Mianowicie, wykonawca Budimex zagroził interesowi i naruszył interes Odwołującego, gdyż w jawnym załączniku nr 8 do wyjaśnień zawarł szereg informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, i oznaczonych skrótem „[TP]". Zaś w wersji tajnej, która nie miała trafić do pozostałych wykonawców, nie zawarł pięciu kolumn. Przy czym, załącznik w wersji tajnej był podstawą dla Zamawiającego do badania rażącej niskiej ceny i zgodności oferty z SWZ. O ile pierwotna wersja, jawna, zawierała 15 kolumn, uwzględniające odpowiedzi na wszystkie pytania Zamawiającego w ramach rażąco niskiej ceny i zgodności oferty z SWZ, z zastrzeżonymi parametrami technicznymi obiektów inżynierskich, o tyle wersja tajna załącznika nr 8, która następnie została przez Zamawiającego odtajniona, nie zawiera 5 kolumn –, kolumny nr 2 „Przeszkoda pod obiektem" i kolumny nr 3 „Sposób pokonania przeszkody", kolumny nr 7 „Ilość przęseł", kolumny nr 8 „Elementy drogi na obiekcie i przekroje ruchowe w [m]" oraz kolumny nr 9 „Całkowita szerokość obiektu w [m]".

Z ostrożności Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem, czy udostępniony mu Załącznik nr 8, wersja tajna-odtajniona, stanowi jedyny dokument, na podstawie którego wykonawca Budimex wykazywał realność swej ceny i zgodność swej oferty z SWZ. Równocześnie Odwołujący wskazał Zamawiającemu, że w dokumencie tym brakuje 5 kolumn z szeregiem istotnych danych. Zamawiający potwierdził, że jest to jedyny dokument, którym dysponuje, i na podstawie którego dokonał oceny oferty wykonawcy Budimex.

Wprowadzenie przez wykonawcę Budimex pozostałych wykonawców w błąd, poprzez wskazanie, że treści te rzekomo są dostępne dla Zamawiającego, a jedynie dla pozostałych wykonawców stanowią informacje niedostępne – tajemnicę przedsiębiorstwa, narusza interes Odwołującego. Doprowadziło to do uznania przez Zamawiającego, że wykonawca Budimex nie jest zobowiązany do wyjaśniania rażąco niskiej ceny, pomimo że zaoferowana cena wprowadza ustawowe domniemanie rażąco niskiego poziomu, co może być skutkiem zaoferowania świadczenia niezgodnego z SWZ. Wykonawca Budimex sprawiał zatem pozory, że nie ma nic do ukrycia, oraz że jego oferta została w należyty sposób wyjaśniona i jest zgodna z SWZ, gdy tymczasem części kluczowych informacji wykonawca Budimex nikomu nie przedstawił. Takie zachowanie narusza interes Odwołującego również i z tego względu, że Odwołujący zaoferował i wycenił cały zakres zamówienia, zgodnie z SWZ, i chce konkurować w postępowaniu z wykonawcami,

którzy złożyli porównywalne zakresy. Skoro Zamawiający nie miał pewności, czy zakres oferty wykonawcy Budimex odpowiada zakresowi SWZ, zaś za jej rażąco niski poziom przemawia za nie objęciem zakresem świadczenia wszystkich obligatoryjnych elementów, to złożenie dwóch zupełnie różnych dokumentów – jednego dla konkurencji, a drugiego dla Zamawiającego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tajemnica przedsiębiorstwa to bowiem informacja zawarta w ofercie, lecz nie ujawniona konkurencji, a nie informacja pominięta w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu. Złożenie dwóch różnych wersji załącznika nr 8, pod pozorem zastrzegania części przekazanych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowi naruszenie dobrych obyczajów i przepisów prawa, co naruszyło interes odwołującego, który chce konkurować w postępowaniu z ofertami porównywalnymi i wykonawcami, którzy tę porównywalność umieją udowodnić. Wykonawca Budimex nie tylko nie wykazał, że zawarł o ofercie zakres świadczenia dot. wskazanych w załączniku nr 8, część jawna, obiektów inżynierskich, lecz nawet nie wyjaśnił, jakie przyjął założenia techniczne w brakujących kolumnach tajnego załącznika nr 8, czym pozbawił się możliwości wykazania zgodności własnej oferty z treścią SWZ.

Możliwość uznania za czyn nieuczciwej konkurencji złożenia w postępowaniu nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji została potwierdzona wyroku o sygn. KIO 5/22. Istotne jest również orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 37/22. Tym samym złożony Zamawiającemu przez wykonawcę Budimex załącznik nr 8 w dwóch różnych wersjach, będący częścią oferty, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W treści odwołania Odwołujący zamieścił także szereg tabel i rysunków.

Zamawiający w dniu 26 marca 2024 r. przy użyciu Platformy zakupowej pod adresem: https://gddkia.eb2b.com.pl/ przekazał wykonawcom kopię odwołania.

W dniu 28 marca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Przystępującym”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 9 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego oraz przyznanie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego (wynagrodzenie pełnomocnika) w kwocie 3.600,00 zł.

W dniu 16 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) Przystępujący złożył pismo procesowe w sprawie.

W dniu 18 kwietnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący złożył pismo procesowe w sprawie.

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego
w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie
z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 rokuw sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U.
z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,
o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i złożone w załączeniu do pisma procesowego z dnia 18 kwietnia 2024 r. dowody, tj.:

1) Załącznik nr 1 – Szerokość przęsła w osiach podpór, tj. z uwzględnieniem ½ szerokości podpory (a-j) z każdej strony.
2) Załącznik nr 2 – Szerokość przęsła w osiach podpór, tj. z uwzględnieniem ½ szerokości podpory (a-g) z każdej strony.

Izba uznała złożoną przez Odwołującego opinię prywatną dotyczącą sposobu obliczenia rozpiętości przęseł w obiektach mostowych (dowód nr 1A i 1B) na okoliczność potwierdzenia, że rozpiętość przęseł 18,1 m jest niewystarczająca dla uwzględnienia wszelkich elementów infrastruktury dotyczących odcinka nr 5 za stanowisko Strony ją składającej.

Izba oddaliła wnioski Odwołującego o powołanie biegłego:

1)z zakresu budownictwa drogowego i projektowania obiektów mostowych na okoliczność weryfikacji czy podana rozpiętość na rysunku złożonym przez wykonawcę Budimex jest rozpiętością teoretyczną przęsła w świetle PFU pkt 3.1., gdzie jest podana rozpiętość teoretyczna przęsła i czy dokumentacja techniczna i wiedza techniczna pozwala na zlokalizowanie kanału technologicznego poza obiektem mostowym poza wskazanymi przejściami górnymi dla zwierząt;

2)z zakresu kosztorysowania na okoliczność weryfikacji czy dwa obiekty WS66 i WS66P mogą być wykonane w ramach kosztu wskazanego przez wykonawcę Budimex;

3)z zakresu budownictwa w celu weryfikacji czy wyrysowany obiekt mostowy z podporami jest wykonany o pochyleniu 45 stopni podpór z uwagi na to, że dotychczas na terenie całego kraju nie było obiektu o takiej konstrukcji, gdzie nachylenie podpór wynosiłoby 45 stopni;

4)z zakresu budownictwa mostowego w celu weryfikacji sposobu podawania rozpiętości teoretycznej przęsła w obiekcie z podporami skośnymi w kontekście punktu 3.1. PFU, a więc spisu dokumentów wiążących wykonawców w tym WRM-11 w punkcie 3.1., gdzie zdefiniowano rozpiętości teoretyczne przęsła;

uznając że zostały powołane jedynie dla zwłoki i wykraczają poza zarzuty odwołania.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Przystępującego i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1)Rysunek – Przekrój ruchowy pod przęsłem obiektów WS-66P i WS 66L w km 66+040,53.

2)Tabelę przedstawiającą informacje o minimalnych ilościach przedstawionych w PFU wraz z kosztami Wykonawcy wskazanymi w wyjaśnieniach. (dotyczą nawierzchni)

3)Zakres oferty wynikający z PFU – wraz ze wskazaniem miejsc, w których koszty te zostały uwzględnione oraz wskazaniem pytań, które dotyczy wprost danych zakresów.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

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

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj". Formuła ta znajduje zastosowanie, gdy Zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami koncepcyjnymi odnoszącymi się do planowanej inwestycji

W takim przypadku Zamawiający przekazuje wykonawcom program funkcjonalno-użytkowy (PFU), który nie jest projektem budowlanym, a jedynie wstępem do jego opracowania. Zamawiający przekazuje wykonawcom jedynie opis, program, założenia i wytyczne dla obiektu będącego przedmiotem inwestycji.

To dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę w sposób ostateczny i wiążący dookreśla wszystkie parametry techniczne obiektu budowlanego i weryfikuje niekiedy poprawność założeń przyjętych przez Zamawiającego. Wobec czego – na co wielokrotnie wskazywała już Krajowa Izba Odwoławcza - oferta wykonawcy nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w PFU. Program funkcjonalno-użytkowy - zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r., nr 202, poz. 2072) - służy bowiem do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Wobec powyższego punktem wyjścia do rozważań dotyczących niezgodności treści oferty wykonawcy Budimex z treścią SWZ są konkretne i przywołane przez Strony i Przystępującego postanowienia PFU, wyjaśnienia ich treści oraz dokonane następnie modyfikacje SWZ, w tym PFU.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta wykonawcy Budimex nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta wykonawcy Budimex jest niezgodna z treścią SWZ, gdyż wykonawca ten zaoferował niezgodne z SWZ rozwiązanie projektowo-konstrukcyjne w zakresie sześciu przejść górnych dla zwierząt, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty

Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej; przedmiotowa niezgodność występuje niezależnie w następujących zakresach:

a.obiekt inżynierski nr PZGd-68.8,
b.obiekt inżynierski nr PZGd-73.6,
c.obiekt inżynierski nr PZGd-74.6,
d.obiekt inżynierski nr PZGd-75.4,
e.obiekt inżynierski nr PZGd-76.9,
f.obiekt inżynierski nr PZGd-78.4.

(zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ", Tom III: PROGRAM FUNKCJONALNO UŻYTKOWY wraz z załącznikami" w tabeli 1.1 *„Wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, jezdniach dodatkowych oraz innych drogach i przeszkodach*" w wierszu 8, 17, 19, 20, 24 i 27 podał, że w zakres zamówienia wchodzi wykonanie sześciu obiektów inżynierskich PZGd (wiadukt pełniący funkcję przejścia górnego dla zwierząt).

Przedmiotowa tabela 1.1. wskazuje kolizję projektowanego i budowanego odcinka drogi S10 z następującymi przejściami:

a.obiekt inżynierski nr PZGd-68.8,
b.obiekt inżynierski nr PZGd-73.6,
c.obiekt inżynierski nr PZGd-74.6,
d.obiekt inżynierski nr PZGd-75.4,
e.obiekt inżynierski nr PZGd-76.9,
f.obiekt inżynierski nr PZGd-78.4.

Zamawiający, pismem z dnia 8 stycznia 2024 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Budimex o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia, w tym skierował do niego pytania nr 76 i 86, tj.:

„76. Jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu) zostały przyjęte przez Państwa? Jaki rodzaj posadowienia przewidziano, a w przypadku posadowienia specjalnego jaką technologię planują Państwo zastosować dla każdego z obiektów? Prosimy o podanie dla każdego obiektu rozwiązania konstrukcyjno – budowlanego parametrów przekrojów ruchowych, ilości i rozpiętości przęseł?

(…)

86. Prosimy o podanie, wszystkich drogowych obiektów inżynierskich jakie wykonawca przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU, wraz z następującymi informacjami dla każdego obiektu osobno:

a) przeszkoda
b) sposób pokonania przeszkody,
c) przewidywany kilometraż drogi,
d) rodzaj obiektu inżynierskiego/rodzaj obiektu mostowego
e) przewidywana długość całkowita i rozpiętości przęseł w [m]
f) elementy drogi na obiekcie w [m]
g) całkowita szerokość obiektu [m]
h) rodzaj konstrukcji,
i) rodzaj posadowienia,
j) koszt wskaźnikowy w PLN/m² .

Ponadto prosimy o podanie całkowitego kosztu budowy obiektów, w tym kosztu posadowienia. Prosimy, aby powyższe informacje przedstawić w formie tabelarycznej" z podaniem wskazanych w tabeli danych, tj.: „Lp", „obiekt", „Długość całkowita", „Szerokość całkowita", „Rodzaj konstrukcji", „Rodzaj posadowienia/technologia", „Koszt całkowity (netto)" i „Koszt posadowienia (netto)".

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Budimex, pismem z dnia 29 stycznia 2024 r., podał, odpowiadając na pytanie nr 76, że *„Przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania projektowe dla branży mostowej, rodzaj i technologia posadowienia, rozwiązania konstrukcyjno budowlane parametrów przekrojów ruchowych, ilości i rozpiętości przęseł zostały określone w Załączniku nr 8. (Odpowiedź na pytanie nr 76 zawarta jest w odpowiedzi na pytanie nr 86) Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązanie na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją,*

które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania.", natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 86 podał „*Zestawienie wszystkich drogowych obiektów inżynierskich jakie wykonawca przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU, wraz z wymaganymi informacjami dla każdego obiektu osobno znajduje się w załączniku nr 8 (odp. nr 76)".*

W załączeniu do złożonych wyjaśnień wykonawca Budimex złożył załącznik nr 8 zatytułowany „Obiekty inżynierskie zgodnie z wykazem tabeli 1.1" oraz załącznik nr 8 „Obiekty inżynierskie zgodnie z wykazem tabeli 1.1", który został objęty przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa i, który decyzją Zamawiającego z dnia 16 lutego 2024 r. został odtajniony.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*". Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia - jak już wyżej wskazano - prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj". Formuła ta znajduje zastosowanie, gdy Zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami koncepcyjnymi odnoszącymi się do planowanej inwestycji

W takim przypadku Zamawiający przekazuje wykonawcom program funkcjonalno-użytkowy (PFU), który nie jest projektem budowlanym, a jedynie wstępem do jego opracowania.

Wobec powyższego punktem wyjścia do rozważań dotyczących niezgodności treści oferty wykonawcy Budimex z treścią SWZ są konkretne i przywołane przez Strony i Przystępującego postanowienia PFU, wyjaśnienia ich treści oraz dokonane modyfikacje.

Bezspornym jest, że wykonawca Budimex w zakresie sześciu obiektów inżynierskich nr PZGd-68.8, nr PZGd-73.6, nr PZGd-74.6, nr PZGd-75.4, nr PZGd-76.9 i nr PZGd-78.4, jak wynika z treści załącznika nr 8 (dokumentu, który został przez wykonawcę złożony w odpowiedzi na wezwania do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia), przyjął jako „rodzaj konstrukcji/rozwiązanie konstrukcyjno-budowlane" „prefabrykowaną betonową konstrukcję łupinową" o rozpiętości przęseł na poziomie „18.1+18.1". Ilość przęseł, co przyznał sam Odwołujący w treści odwołania (str. 8 pkt 9), także została wskazana w odtajnionym załączniku nr 8. Z załącznika tego bowiem wynika, że w przypadku obiektów z pozycji 8 i 17 przyjęto obiekty dwuprzęsłowe o konstrukcji z prefabrykowanych betonowych konstrukcji łupinowych, natomiast w przypadku obiektów z pozycji 19, 20, 24 i 27 przyjęto obiekty trzyprzęsłowe o konstrukcji z prefabrykowanych betonowych konstrukcji łupinowych.

Wiadomo więc jest jaki rodzaj rozwiązania konstrukcyjno– budowlanego zastosował wykonawca Budimex, jak również ile przęseł przyjął w spornych pozycjach.

Zastosowane rozwiązanie (konstrukcja łupinowa) - w ocenie Zamawiającego – pozwala na zaprojektowanie obiektu przy wskazanej przez wykonawcę rozpiętości przęseł. Zamawiający nie wymagał bowiem przyjęcia przez wykonawców konkretnych rozwiązań projektowych. Wobec tego sam Zamawiający dokonał wyrysowania obiektu z prefabrykatów o konstrukcji łupinowej, bazując na rysunku sporządzonym przez Odwołującego a co – w jego ocenie - potwierdza, że wykonanie takiej właśnie konstrukcji jaką zaplanował wykonawca Budimex spełnia wymagania postawione przez niego w dokumentacji postępowania. Powyższe potwierdziło, iż istnieje techniczna możliwość zaprojektowania i wykonania obiektu inżynierskiego o rozpiętości teoretycznej przęsła mniejszej niż światło obiektu na poziomie jezdni. Wykonawca Budimex okoliczność tę także podkreślał, wskazując również, że konstrukcja łupinowa jest to rozwiązanie znane i stosowane. Konstrukcję taką (z prefabrykatów betonowych o konstrukcji łupinowej) przyjął także Odwołujący w odniesieniu do obiektów inżynierskich nr PZGd-68.8, PZGd-73.6, PZGd-74.6, PZGd-75.4, PZGd-76.9, PZGd-78.4, gdy wskazał rozwiązanie projektowe, w którym przyjął konstrukcję z prefabrykatów betonowych o konstrukcji łupinowej. W taki też sposób realizowany jest obecnie obiekt mostowy na DK20. Nie jest to więc rozwiązanie nieznane, którego nie stosuje się i, którego w tym przypadku nie da się zastosować.

Kolejną kwestią na jaką zwracał uwagę Odwołujący jest kwestia dotycząca rozpiętości przęseł jaką przyjął wykonawca Budimex. W ocenie Odwołującego jest ona zbyt mała, gdyż wynosi 18,1 m, podczas gdy powinna wynosić 19,35 m a tym samym nie uwzględnia ona wszystkich obligatoryjnych elementów infrastruktury.

Jednak – jak wykazał Przystępujący – odwołując się m.in. do rysunku sporządzonego przez Odwołującego i zamieszczonego w treści odwołania wszystkie elementy infrastruktury, które zostały zdefiniowane przez Odwołującego na tym rysunku (str. 9 odwołania i pkt 13 odwołania) przy zadeklarowanej przez wykonawcę Budimex rozpiętości przęsła zostaną pokonane, uwzględniając zastosowaną i zadeklarowaną konstrukcję łupinową obiektu. (załącznik nr 8 do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Budimex) A ponadto – jak słusznie wskazał wykonawca Budimex -

postanowienia PFU nie narzucają wykonawcom obowiązku poprowadzenia kanału technologicznego pod obiektem. Oznacza to więc, że istnieje możliwość poprowadzenia kanału technologicznego poza obiektem, w pasie drogowym. Powyższe wynika z treści PFU oraz przepisów prawa (m.in. ustawa prawo o ruchu drogowym), które pozwalają na poprowadzenie tego kanału poza obiektem w pasie drogowym. Tym samym rozwiązanie wykonawcy Budimex jest w tym zakresie także zgodne z warunkami zamówienia.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta wykonawcy Budimex nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta wykonawcy Budimex jest niezgodna z treścią SWZ, gdyż wykonawca ten zaoferował niezgodne z SWZ rozwiązanie projektowo-konstrukcyjne w zakresie łącznic w węźle Łowicz Wałecki L05 z trasą główną, strona (L) i (P) – obiekty inżynierskie WS-66,0-L oraz WS-66-P, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 29 listopada 2023 r, odpowiadając na pytanie wykonawców poinformował, że dokonał zmiany treści SWZ w sposób następujący:

I. ZMIANA DOTYCZY TREŚCI SWZ TOM III: PROGRAM FUNKCJONALNO-UŻYTKOWY Z ZAŁĄCZNIKAMI.

1. Pkt 1.1.3.1 droga ekspresowa
Istniejący zapis:
pojazd miarodajny - PP1
Zastępuje się następującym:
pojazd miarodajny - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5.
2. Pkt 1.1.3.2 Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz jezdnie dodatkowe obsługujące przyległy teren
Istniejący zapis:
Węzeł Łowicz Wałecki
(…)
Łącznice L01, L02, L03, L04, L05
typ łącznic: - P1
prędkość do projektowania Vdp - 40 km/h
szerokość jezdni wraz z opaskami - 6,00 m
szerokość pasa ruchu - 3,0 m
pobocza gruntowe - min 1 m
rodzaj konstrukcji nawierzchni - podatna kategoria ruchu - KR 5
Zastępuje się następującym:
Węzeł Łowicz Wałecki
(…)
Łącznice L01, L02, L03, L04, L05
typ łącznic: - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5.
prędkość do projektowania Vdp - 40 km/h
szerokość jezdni wraz z opaskami - 6,00 m
pobocza gruntowe - min 1 m
rodzaj konstrukcji nawierzchni - podatna kategoria ruchu - KR 5
3. Pkt 1.1.3.2 Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz jezdnie dodatkowe obsługujące przyległy teren
Istniejący zapis:
DW41, 42, 43
(…)
pojazd miarodajny - PP1
Zastępuje się następującym:
DW41, 42, 43
(…)
pojazd miarodajny - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5.
4. Pkt 1.1.3.2 Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz jezdnie dodatkowe obsługujące przyległy teren

Istniejący zapis:
Droga gminna DG46
(…)
pojazd miarodajny - PP1
Zastępuje się następującym:
Droga gminna DG46
(…)
pojazd miarodajny - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5.
5. Pkt 1.1.3.2 Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz jezdnie dodatkowe obsługujące przyległy teren
Istniejący zapis:
Droga gminna DG42
(…)
pojazd miarodajny - PP1
Zastępuje się następującym:
Droga gminna DG42
(…)
pojazd miarodajny - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5.
6. Pkt 1.1.3.2 Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz jezdnie dodatkowe obsługujące przyległy teren
Istniejący zapis:
DW177
(…)
pojazd miarodajny - PP1
Zastępuje się następującym:
DW177
(…)
pojazd miarodajny - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5.
7. Pkt 1.1.3.2 Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz jezdnie dodatkowe obsługujące przyległy teren
Istniejący zapis:
Węzeł Mirosławiec
(…)
Łącznice L01 (1), L02 (2), L03 (3), L04 (4)
typ łącznic: - P1
Zastępuje się następującym:
Węzeł Mirosławiec
(…)
Łącznice L01 (1), L02 (2), L03 (3), L04 (4)
typ łącznic: - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5."

Wykonawca Budimex w treści załącznika nr 8 (poz. 1 i 2) podał, że obiekty w km 66+040,53, tj. WS-66P oraz WS-66L zaprojektuje i wykona w rozpiętości 12,3m.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*". Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia - jak już wyżej wskazano - prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj".

W takim przypadku Zamawiający przekazuje wykonawcom program funkcjonalno-użytkowy (PFU), który nie jest projektem budowlanym, a jedynie wstępem do jego opracowania.

Wobec powyższego punktem wyjścia do rozważań dotyczących niezgodności treści oferty wykonawcy Budimex z treścią SWZ są konkretne i przywołane przez Strony i Przystępującego postanowienia PFU, wyjaśnienia ich treści oraz dokonane modyfikacje.

W kontekście powyższego bezspornym jest, że Zamawiający - co wprost wynika z PFU - w pkt 1.1.3.1 „droga ekspresowa" podał „pojazd miarodajny - PP1", natomiast w pkt 1.1.3.2 „Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz jezdnie dodatkowe obsługujące przyległy teren" podał „Łącznice L01, L02, L03, L04, L05 typ łącznic: - P1".

Bezspornym jest także, że w wyniku dokonanej w dniu 29 listopada 2023 r. modyfikacji SWZ (PFU) w punkcie

1.1.3.1 „droga ekspresowa” w miejsce „pojazd miarodajny - PP1” wpisał „pojazd miarodajny - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5”.

Natomiast w punkcie 1.1.3.2 „Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz jezdnie dodatkowe obsługujące przyległy teren” w miejsce „Łącznice L01, L02, L03, L04, L05 typ łącznic: - P1” wpisał „Łącznice L01, L02, L03, L04, L05 typ łącznic: - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5”. Analogiczną treść wprowadził do łącznic „L01 (1), L02 (2), L03 (3), L04 (4)” w miejsce „typ łącznic: - P1”, wpisując „typ łącznic: - Zgodnie z WRD 22.1 pkt 6.3 ppkt 5.”.

W wyniku wprowadzenia modyfikacji treści PFU Zamawiający wykreślił więc wymóg dotyczący zastosowania typu łącznic P1. Oznacza to – jak słusznie podniósł Przystępujący – że zadaniem wykonawcy był dobór odpowiedniego typu łącznicy, który będzie zgodny z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami PFU. Zamawiający w zakresie dotyczącym doboru typu łącznic wymagał jedynie aby zastosowany typ łącznicy pozwalał na prowadzenie ruchu według parametrów WRD 22.1 pkt 6.3. ppkt 5. Oczekiwał przy tym uwzględniania takich parametrów jakie wymagane są dla łącznicy P1. W PFU błędnie wskazał - co konsekwentnie podkreślał na rozprawie – typ łącznicy, wykreślając łącznicę P1. Oznacza to, że brak jest w SWZ (PFU) postanowień, które nakładałyby na wykonawcę obowiązek przyjęcia łącznicy P1 w przyjętym przez wykonawcę rozwiązaniu. Warto tu wskazać także na pkt 2.1.16.2.1. PFU, który wskazuje, że w każdej sytuacji wskazane przez Zamawiającego parametry należy traktować jako minimalne. Tak więc w kontekście zapisów Zamawiającego i inna łącznica niż P1 o ile spełniałaby wymogi Zamawiającego mogłaby być przez wykonawców zastosowana.

Wykonawca Budimex – co także jest bezsporne - zaoferował obiekt o konstrukcji żelbetowo-płytowej o rozpiętości przęsła 12.3 dla obiektów WS-66 P oraz WS-66 L. Przy takim rozwiązaniu – jak podkreślał w złożonym piśmie procesowym oraz na rozprawie - możliwe jest zastosowanie typu łącznicy P1, ale przy użyciu podpór skośnych. Takie rozwiązanie, które planuje zastosować wykonawca Budimex pozwala na uwzględnienie przeszkód na łącznicy 2xP1. Na dowód czego wykonawca ten przedstawił rysunek stanowiący przekrój ruchowy pod przęsłem obiektów: WS-66 P i WS – 66 L w km 66+040,53 uwzględniający przeszkody na łącznicy 2xP1 zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno– budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 2351 oraz z 2022 r., poz. 88). Rozpiętość przęseł założona przez wykonawcę Budimex pozwala więc na pokonanie wszelkich przeszkód zgodnie z wymaganiami PFU, jak również na przeprowadzenie pod obiektem łącznicy typy P1.

Natomiast rysunek przedstawiony w odwołaniu przez Odwołującego (s.15) zawiera jedynie jego przypuszczenie co do tego jakie rozwiązanie w tym zakresie zaoferował wykonawca Budimex. Powyższe w kontekście wyjaśnień i rysunku przedstawionego przez wykonawcę Budimex, zawierającego przewidywane przez niego rozwiązania i związane z tym założenia co do zastosowanego rodzaju podpór wskazuje na to, że rozwiązanie zaplanowane przez wykonawcę Budimex jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Natomiast podania tak szczegółowych informacji, jak np. dotyczących planowanych do zastosowania podpór (ich konstrukcji) Zamawiający nie tylko, że nie wymagał, ale i nie wymagał przedstawienia żadnego rozwiązania graficznego dotyczącego tych właśnie konstrukcji. Przedmiotowe postępowanie jest bowiem prowadzone w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj” i jako takie pozostawia wykonawcy pewną swobodę w projektowaniu. Wobec tego nie ma możliwości uzyskania od wykonawców tak dużego stopnia szczegółowości. Na tym etapie postępowania nie było więc obowiązku przedstawienia bardziej szczegółowych informacji dotyczących oferowanego rozwiązania. Istotnym było jedynie aby zaplanowane rozwiązanie było zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w PFU.

Z kolei argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 18 kwietnia 2024 r. stanowi w istocie rozszerzenie zakresu zarzutów odwołania wniesionego w dniu 25 marca 2024 r. Tymczasem Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Oznacza to, że na tym etapie postępowania precyzowanie zarzutu - w taki sposób jak uczynił to Odwołujący – a więc przez pryzmat przedstawienia nowych okoliczności, które miałyby świadczyć o niemożliwości zastosowania rozwiązania planowanego przez wykonawcę Budimex nie może mieć miejsca, gdyż stanowi nieuprawnione rozszerzenie zarzutu (jego podstawy prawnej i faktycznej).

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, w związku art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta wykonawcy Budimex nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz w związku z

udzieleniem przez wykonawcę Budimex wyjaśnień elementów cenotwórczych w stopniu niewystarczającym, czyli takich wyjaśnień, które wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i kosztów, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Łączną wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 893 478 024,15 PLN (netto) zł, co stanowi równowartość 200 619 279,72 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 773 928 147,68 zł brutto.

W postępowaniu złożono 6 ofert, a ich ceny brutto były następujące: cena oferty złożonej przez wykonawcę Budimex S.A. – 538 050 252,90 zł (oferta nr 1); cena oferty złożonej przez Odwołującego -570 848 457,99 zł (oferta nr 2); cena oferty złożonej przez wykonawcę MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. - 644 153 295,67 zł (oferta nr 3); cena oferty złożonej przez wykonawcę Mota - Engil Central Europe S.A.- 680 993 299,01 zł (oferta nr 4); cena oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. (lider) i NDI SOPOT S.A. (partner) - 588 272 447,75 zł (oferta nr 5) i cena oferty złożonej przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. – 614 097 160,32 zł (oferta nr 6).

Zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2024 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Budimex o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia, wskazując jednocześnie, że cena oferty wykonawcy Budimex jest niższa o 30,48 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz zadając 88 pytań.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Budimex, pismem z dnia 29 stycznia 2024 r., złożył wyjaśnienia, załączając do nich kilkanaście załączników.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*".

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że „*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*".

Oznacza to, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Składane są bowiem celem stwierdzenia, że podejrzenie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa bowiem na wykonawcy.

W niniejszym stanie faktycznym, co jest niewątpliwe, Zamawiający skierował do wykonawcy Budimex wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia. Zamawiający wskazał bowiem, że cena oferty wykonawcy Budimex jest niższa o 30,48 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający - co należy podkreślić - zadał wykonawcy 88 pytań, na które wykonawca Budimex udzielił odpowiedzi, składając jednocześnie kilkanaście załączników.

Analiza złożonych wyjaśnień potwierdza, że nie są one – wbrew twierdzeniom Odwołującego - ani ogólnikowe, ani nieskonkretyzowane, ani też, że nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny. Przeciwnie, są one szczegółowe i stanowią faktycznie odpowiedź na zadane wykonawcy pytania i pozwalają uznać, ze cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska. Podkreślić bowiem należy, że część z pytań jakie wezwaniem z dnia 8 stycznia 20214 r. były skierowane do tego wykonawcy dotyczy aspektów cenowych, część zaś dotyczy kwestii związanych z treścią oferty. Na każde z pytań, w których Zamawiający wprost pytał o koszt danego elementu czy też o podstawę przyjętej wyceny, odpowiedź z dotyczącymi pytania informacjami otrzymał. Poziom szczegółowości udzielonej odpowiedzi jest przy tym adekwatny do zadanych wykonawcy pytań. Wykonawca przedstawił więc wyjaśnienia odpowiadające wezwaniu Zamawiającego. Co więcej wykonawca Budimex dla zobrazowania, że wszelkie żądane przez Zamawiającego informacje dotyczące ceny zostały Zamawiającemu przekazane przedłożył zestawienie zawierające zakres oferty wynikający z PFU – wraz ze wskazaniem miejsc, w których koszty te zostały uwzględnione oraz wskazaniem pytań, które dotyczyły wprost danych zakresów z odwołaniem do numerów odpowiedzi udzielonych na pytania Zamawiającego. Analiza powyższego wskazuje więc na ogrom informacji dotyczących ceny jakie zostały przekazane na wezwanie Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku określenia ryzyka i zysku na kontrakcie wskazać należy, że istotnie

brak jest w treści wezwania żądania wyodrębnienia w Wykazie płatności wartości zysku czy kwoty ryzyka na kontrakcie.

Niemniej jednak wykonawca w tabeli „Wymagania ogólne" obejmującej kwotę kosztów w wysokości 25 372 000,00 zł netto uwzględnił w ramach tej kwoty „koszty pozostałe wykonawcy w tym zysk i rezerwa na ryzyka" (pozycja 5 tabeli) w wysokości 12 221 273,00 zł netto. Koszty ujęte w pozycji 5 tabeli – jak wskazał wykonawca Budimex - zawierają część przewidywanego zysku i inne koszty ogólne Wykonawcy. Podstawą płatności są bowiem kwoty poszczególnych elementów zryczałtowanych podane przez wykonawcę w Wykazie płatności oraz uszczegółowione w Tabeli Rozliczeniowej a kwoty ryczałtowe – zgodnie z pkt 9 Podstawy płatności – mają obejmować „wszystkie koszty, w tym w szczególności: zysk kalkulacyjny, zawierający też ewentualne ryzyka wykonawcy (…)". Wykonawca podał więc jaką kwotę uwzględnił w ramach Wymagań Ogólnych na pokrycie ryzyk realizacyjnych oraz części zysku.

Jeśli zaś chodzi o wysokość minimalnego zysku, ryzyka czy też kosztów pozostałych, które – w ocenie Odwołującego – nie zostały podane w sposób, który pozwalałby na weryfikację, który z elementów jaką część tej kwoty obejmuje i jaki jej procent stanowi, co miałoby świadczyć o tym, że wykonawca Budimex kwoty te zaniżył nie znajduje potwierdzenia, to przede wszystkim stwierdzić należy, że Zamawiający nie żądał podania tych kwot z takim rozbiciem na jaki wskazuje Odwołujący. Kwota obejmująca koszty ryzyka i zyk została więc uwzględniona przez wykonawcę. Natomiast brak jej realności w żaden sposób nie został wykazany przez Odwołującego. Twierdzenia jakoby kwota ta była nierealna i zaniżona nie znajduje żadnego potwierdzenia. Przeciwnie to wykonawca Budimex wykazał, że twierdzenia Odwołującego także w odniesieniu do jego oferty (oferty Odwołującego) złożonej na równoległym odcinku drogi gdzie przyjął on rezerwy ryzyka na poziomie 1,5% w obliczu przypisywanej wykonawcy Budimex rezerwy na rzekomym poziomie 2% podważa wiarygodność tych twierdzeń. A ponadto – jak słusznie podniósł wykonawca Budimex – brak jest ustalonego niejako z góry wysokości minimalnego poziomu zysku i rezerwy na ryzyka jaki powinien być przyjęty przez wykonawcę. W kontekście powyższego nie może być mowy o tym, że kwota przyjęta przez wykonawcę Budimex jest zaniżona.

Odnosząc się do kwestii prawidłowości przyjętych cen ryczałtowych dotyczących poz. III Wykazu Płatności „Roboty" stwierdzić należy, że wykonawca Budimex w zakresie dotyczącym odpowiedzi na pytanie nr 8 wnoszące „o przedstawienie rozbicia cen ryczałtowych w Wykazie płatności w pozycji III ROBOTY, w stopniu szczegółowości pozwalającym na weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny", wymagał aby były one przedstawione w rozbiciu na wskazane asortymenty robót według przedstawionej tabeli zawierającej „ROBOTY PRZYGOTOWAWCZE ROBOTY ZIEMNE, ODWODNIENIE, PODBUDOWY, NAWIERZCHNIE, ROBOTY WYKOŃCZEN OZNAKOWANIE DRÓG I URZĄDZENIA BEZPIECZEŃSTWA RUCHU, OBIEKTY INŻYNIERYJNE NIEPE FUNKCJI EKOLOGICZNEJ, OBIEKTY INŻYNIERYJNE PEŁNIĄCE FUNKCJE EKOLOGICZNĄ, EKRANY AKUS INFRASTRUKTURA TOWARZYSZĄCA, ZIELEŃ – NASADZENIA, INNE ROBOTY (NIESKLASYFIKOWANE W ELEMENTACH ROZLICZENIOWYCH)", oczekując podania ceny netto i brutto poszczególnych pozycji oraz dla każdej pozycji rozbicia ceny ryczałtowej i przedstawienia wyliczenia, na podstawie którego ustalona została dana wartość. Wykonawca Budimex w złożonych wyjaśnieniach (załącznik nr 2) określił wartości poszczególnych asortymentów robót, których wyodrębnienia oczekiwał Zamawiający. Co więcej roboty te rozbił na takie, które składają się na daną pozycję, odnosząc do nich wartości netto oraz wartość brutto pozycji je obejmującej. Dokonał więc dokładnego wskazania składowych poszczególnych asortymentów robót. A ponadto – jak słusznie wskazał wykonawca Budimex – wyjaśnienia dotyczące tego zakresu należy czytać łącznie z pozostałymi informacjami zawartymi w treści złożonych wyjaśnień, które wyjaśniają podstawy zaoferowanych wartości za poszczególne asortymenty i tym samym stanowią część składową wyliczeń dotyczących tego właśnie zakresu, np. załącznik 3, 5, 8, 9, 10 oraz odpowiedzi na pytania nr 68 i 71.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej realności cen zaoferowanych za obiekty inżynierskie stwierdzić należy, że wykonawca Budimex złożył w tym zakresie dwa załączniki nr 8: jeden „załącznik nr 8 obiekty inżynierskie zgodnie z wykazem tabeli 1.1." (załącznik jawny) oraz drugi „załącznik nr 8 obiekty inżynierskie zgodnie z wykazem tabeli 1.1." (załącznik objęty tajemnicą przedsiębiorstwa następnie odtajniony przez Zamawiającego). Załączniki te, co jest bezsporne, różnią się treścią zawartych w nich informacji. W treści załącznika nr 8, który był pierwotnie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa bark jest bowiem takich informacji jak: kolumna nr 2 „Przeszkoda pod obiektem", nr 3 „Sposób pokonania przeszkody", nr 7 „Ilość przęseł", nr 8 „Elementy drogi na obiekcie i przekroje ruchowe w [m]" oraz nr 9 „Całkowita szerokość obiektu w [m]", a które zawarte są w załączniku nr 8 (jawnym od początku), a który w tym zakresie odsyła do załącznika objętego tajemnicą przedsiębiorstwa. Brak tych danych – jak konsekwentnie podkreślał Odwołujący – uniemożliwia weryfikację podanych przez wykonawcę Budimex cen jednostkowych. Niemniej jednak wszystkie te dane zostały Zamawiającemu dostarczone. Zamawiający miał więc wiedzę zarówno o cenie całkowitej danego obiektu, koszcie jego posadowienia oraz koszcie wskaźnikowym za m² poszczególnych obiektów, a więc o wszystkich danych cenotwórczych wpływających na przyjęty koszt dotyczący obiektów inżynierskich. I tak „ilość przęseł" i ich rozpiętość została wskazana w kolumnie 6 załącznika nr 8. „Elementy drogi na obiekcie i przekroje ruchowe w [m]" są narzucone

treścią SWZ. „Całkowita szerokość obiektu w [m]" – jak wskazał wykonawca Budimex – stanowi informacje wynikającą z treści przedstawionych przez niego informacji jako iloraz powierzchni całkowitej obiektu oraz długości obiektu. Tak więc złożone wyjaśnienia pozwoliły Zamawiającemu na zweryfikowanie poprawności oferty wykonawcy z wymaganiami zdefiniowanymi w tabeli 1.1. PFU dotyczącymi obiektów inżynierskich. Wymagane informacje o przyjętej ilości obiektów zawarte są bowiem w kolumnie nr 1 Tabeli 1.1. PFU i kolumnie nr 1 załącznika nr 8 do wyjaśnień wykonawcy Budimex; o planowanym kilometrażu umieszczania danego obiektu w kolumnie nr 2 Tabeli 1.1. PFU i kolumnie nr 4 załącznika nr 8 do wyjaśnień wykonawcy Budimex, o rodzaju pokonywanej przez obiekt przeszkody w kolumnie nr 3 tabeli 1.1. PFU oraz kolumnie nr 2 załącznika nr 8 do wyjaśnień wykonawcy Budimex, możliwości pokonania przeszkód o zdefiniowanych parametrach w kolumnie nr 4 Tabeli 1.1. PFU oraz kolumnie nr 6 załącznika nr 8 do wyjaśnień wykonawcy Budimex oraz o przyjętym rodzaju obiektu inżynierskiego w kolumnie nr 5 Tabeli 1.1. PFU oraz kolumnie nr 1 załącznika nr 8 do wyjaśnień wykonawcy Budimex. W kontekście powyższego nie może być mowy o braku informacji, które pozwoliłyby na ocenę realności zaoferowanej ceny. Zamawiający dysponował bowiem obligatoryjnymi wymaganiami i danymi cenotwórczymi co pozwoliło mu na ocenę i jednoznaczne stwierdzenie, że zaoferowana cena jest ceną realną.

Odnosząc się do kwestii dotyczącej cen dla poszczególnych warstw nawierzchni Odwołujący podniósł, że wykonawca Budimex zaniżył ceny rynkowe wykonania elementów robot drogowych a świadczyć o tym ma „Cennik dla Profesjonalistów – Sekocenbud". Tymczasem – jak słusznie podniósł wykonawca Budimex – Sekocenbud nie jest publikatorem, który uwzględniałby w swej treści zmienne właściwe dla danego kontraktu, jego lokalizacji i uwarunkowań. A ponadto nie wprowadza ceny jednostkowej w zależności od ilości wykonanych robót, jak również nie podaje cen jednostkowych wykonania nawierzchni z wykorzystaniem destruktu, który z kolei zostanie wykorzystany przez wykonawcę w 100% (tak też wskazał w kryterium - 100% wykorzystania destruktu), co w konsekwencji spowoduje obniżenie kosztów tego wykonawcy. Tymczasem Odwołujący w przedstawionej tabeli pokazał ceny „Sekocenbud IV kw 2023" dla wyspecyfikowanych w niej elementów robót drogowych i zestawiając je z cenami oferowanymi przez wykonawcę Budimex. Nie uwzględnił albo i pominął istotne dla poszczególnych elementów kwestie. Powyższe wykazał z kolei wykonawca Budimex.

I tak, odnosząc się do „kosztów wykonania wymiany gruntu" wskazał przykładowo, że Sekocenbud nie zawiera cen dla wymiany gruntu a jedynie ceny dla wykopu oraz nasypu z pozyskaniem i transportem z ukopu lub/i dokopu a ceny przywołane nie maja bezpośredniego przełożenia na koszty realizacji związane z tym postępowaniem. Wymiana gruntu może nastąpić przy użyciu różnej technologii a Zamawiający w ramach tej części robot nie narzucił wyłącznie jednej technologii robót. Stąd też cena za wzmocnienie gruntu uzależniona jest od powierzchni wzmocnień i głębokości wymiany.

Z kolei koszt wykonania nasypu nie uwzględnia zapisów WWIORB oraz – jak wskazał wykonawca Budimex – faktu, że na etapie składania ofert zoptymalizował niweletę w taki sposób, aby maksymalnie zbilansować roboty ziemne. Zamierza bowiem wykonywać nasypy drogowe z materiału pozyskanego z wykopu, o ile materiał ten będzie spełniał wymogi WWIORB, zaś jego nadmiar będzie utylizował.

Jeśli chodzi o koszt wykonania warstw konstrukcyjnych wykonawca Budimex – jak wynika z treści oferty - w 100% zagospodaruje destrukt asfaltowy pozyskany w wyniku rozbiórki istniejącej nawierzchni w ramach realizowanego zadania. Spowoduje to więc obniżenie ceny wykonania nawierzchni. Wykonawca Budimex złożył Tabelę przedstawiającą informacje o minimalnych ilościach przedstawionych w PFU wraz z kosztami Wykonawcy wskazanymi w wyjaśnieniach w zakresie dotyczącym nawierzchni, w której zestawiono wartość robót wynikająca z minimalnych długości i szerokości wskazanych w PFU(warstwy nawierzchni oraz górne warstwy konstrukcji nawierzchni) na łączną kwotę 119 923 869,46 zł z wartością robót wynikającą z wyjaśnień wykonawcy – załącznik nr 2 - warstwy nawierzchni oraz górne warstwy konstrukcji nawierzchni), tj. z kwotą łączną wynikającą z oferty wykonawcy Budimex w wysokości 126 157 826,00 zł. Ceny podane przez wykonawcę Budimex są więc wyższe niż wynikające z minimum przewidzianego w PFU.

W kontekście powyższego Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że cena oferty wykonawcy Budimex jest rażąco niska.

Zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta wykonawcy Budimex nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta wykonawcy Budimex została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca ten złożył do wyjaśnień załącznik nr 8 objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, który wprowadzał pozostałych wykonawców i zamawiającego w błąd w zakresie udzielenia przez wykonawcę Budimex wyjaśnień na zadane pytania przez Zamawiającego, w ramach badania

rażąco niskiej ceny i zgodności oferty z warunkami zamówienia, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej (zarzut 4 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2024 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Budimex o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia, wskazując jednocześnie, że cena oferty wykonawcy Budimex jest niższa o 30,48 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz zadając 88 pytań.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Budimex, pismem z dnia 29 stycznia 2024 r., złożył wyjaśnienia, załączając do nich kilkanaście załączników, w tym dwa załączniki nr 8: jeden „załącznik nr 8 - obiekty inżynierskie zgodnie z wykazem tabeli 1.1." (załącznik jawny) oraz drugi „załącznik nr 8 obiekty inżynierskie zgodnie z wykazem tabeli 1.1." (załącznik objęty tajemnicą przedsiębiorstwa następnie odtajniony przez Zamawiającego).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. Ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkuren*cji".

Oznacza to, że przepis ten dotyczy sytuacji, w których oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji – w myśl ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że wykonawca Budimex, składając wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny w celu ustalenia czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia złożył dwa załączniki nr 8: jeden „załącznik nr 8 obiekty inżynierskie zgodnie z wykazem tabeli 1.1." (załącznik jawny) oraz drugi „załącznik nr 8 obiekty inżynierskie zgodnie z wykazem tabeli 1.1." (załącznik objęty tajemnicą przedsiębiorstwa następnie odtajniony przez Zamawiającego).

Załączniki te, co jest bezsporne, różnią się treścią zawartych w nich informacji. W treści załącznika nr 8, który był pierwotnie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa bark jest bowiem takich informacji jak: kolumna nr 2 „Przeszkoda pod obiektem", nr 3 „Sposób pokonania przeszkody", nr 7 „Ilość przęseł", nr 8 „Elementy drogi na obiekcie i przekroje ruchowe w [m]" oraz nr 9 „Całkowita szerokość obiektu w [m]", a które zawarte są w załączniku nr 8 (jawnym od początku), a który w tym zakresie odsyła do załącznika objętego tajemnicą przedsiębiorstwa. Brak tych danych – jak wskazał Zamawiający – w żaden sposób nie uniemożliwił weryfikacji podanych przez wykonawcę Budimex cen jednostkowych, jak również oceny zgodności oferty tego wykonawcy z SWZ. Dane te, jak wykazał wykonawca Budimex, wskazując na dokumenty w treści których są one zawarte, zostały więc przekazane Zamawiającemu i w konsekwencji pozwoliły Zamawiającemu na zweryfikowanie poprawności oferty tego wykonawcy. Nie może być więc mowy o braku informacji, które pozwoliłyby na ocenę realności zaoferowanej ceny i zgodności z treścią SWZ a tym bardziej o wprowadzeniu Zamawiającego oraz pozostałych wykonawców w błąd. Zamawiający był bowiem w posiadaniu informacji, które pozwoliły na ustalenie przyjętej do obliczeń szerokości obiektów.

Tymczasem Odwołujący, podnosząc ów zarzut, poza odwoływaniem się do wprowadzenia w błąd Zamawiającego i innych wykonawców nie pokusił się nawet o przypisanie tego rzekomego naruszenia do danego czynu nieuczciwej konkurencji i nie wykazał zaistnienia przesłanek tego czynu.

Dlatego tez Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..…….

……..…….

……...…..…