

WYROK

Warszawa, dnia 23 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
 Robert Skrzyszewski
 Maksym Smorczewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawcę ANTEX II spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubyczy Królewskiej przy ul. Dolnej 1/2 (22-680 Lubycza Królewska) w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie przy ul. T. Boya Żeleńskiego 19a (35-105 Rzeszów) przy udziale:

A. uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego spółki akcyjnej z siedzibą w Dębicy przy ul. Drogowców 1 (39-200 Dębica);
B. uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy STRABAG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 1 i 7 *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, odrzucenie oferty wykonawcy STRABAG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie jako zawierającej rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciążyć wykonawcę ANTEX II spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubyczy Królewskiej w części 2/3 oraz zamawiającego Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie w części 1/3 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę ANTEX II spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubyczy Królewskiej tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty tego wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego Województwa Podkarpackiego – Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie na rzecz wykonawcy ANTEX II spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubyczy Królewskiej, kwotę w wysokości 7 867 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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.

Przewodniczący:.....
.....
.....

Uzasadnienie

Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie

przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Budowa drogi wojewódzkiej obsługującej Tarnobrzeską Specjalną Strefę Ekonomiczną EURO-PARK Wisłosan oraz Strategiczny Park Inwestycyjny w Stalowej Woli* numerze referencyjnym: PZDW/WZP/243/WI/21/2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 166-523894.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 5 lutego 2024 r. wykonawca ANTEX II Sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Strabag Sp.

z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwanego dalej jako: „wykonawca Strabag”), w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 224 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag, w sytuacji złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a ponadto nie odnoszą się do wszystkich elementów cenotwórczych;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag pomimo, iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku z art. 74 ust. 1 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych dowodów (załączników) do wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Strabag;
- 4) art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Strabag do uzupełnienia KRK właściwych dla podmiotu udostępniającego zasoby podpisanych przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby, w sytuacji gdy dokumenty podmiotu trzeciego zostały podpisane przez pełnomocnika wykonawcy Strabag;
- 5) art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy który podlega wykluczeniu ze względu na nienależyte wykonywanie zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania;
- 6) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, w sytuacji gdy oferta odwołującego spełnia wszystkie wymagania SWZ i jest ofertą najkorzystniejszą w poszczególnych kryteriach oceny ofert oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej przez wykonawcę Strabag, w sytuacji, gdy jego oferta podlega odrzuceniu;
- 7) art. 16 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Strabag;
- ewentualnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów wykonawcy Strabag;
- ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania – w przypadku prawidłowego działania zamawiającego jego oferta mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, zaś oferta wykonawcy Strabag powinna podlegać odrzuceniu. W ocenie odwołującego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp poniesie on szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbicie miało dowodzić naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowić wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

W uzasadnieniu dla zarzutu z pkt 1 odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2023 r. wezwał wykonawcę Strabag do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w zakresie:

- 1) zadania podstawowego (branża drogowa i branża zieleni),
- 2) zadania objętego prawem opcji (faza prac projektowych, branża drogowa, branża zieleni, branża elektryczna),
- 3) zadania objętego prawem opcji (faza prac projektowych, branża drogowa, branża zieleni).

Jak zwrócił uwagę odwołujący, zamawiający wniósł o wskazanie czynników, które zadecydowały o wysokości ceny,

wskazując, iż wyjaśnienia winny zawierać m. in. informacje odnoszące się do okoliczności, które przyczyniają się do określenia ceny zamówienia na poziomie wskazanym w ofercie, ze wskazaniem w jaki sposób wpływają one na kształtowanie się ceny ofertowej, tak aby jednoznacznie obalić domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Zamawiający podkreślił, iż niewystarczające będą lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia lub ponowne zapewnienie zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie. Tymczasem wyjaśnienia wykonawcy Strabag mają taki właśnie charakter. Są lakoniczne i ogólnikowe, a z ich treści wynika zapewnienie zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie. Już z tego faktu zamawiający nie powinien honorować wyjaśnień i uznać, że oferta Strabag podlega odrzuceniu. Wyjaśnienia Strabag prowadzą się do zestawienia tabelarycznego cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców i wskazania procentowej różnicy do wartości oszacowanej przez zamawiającego i różnicy oferty Strabag do średniej arytmetycznej złożonych ofert. Wykonawca Strabag podjął ponadto polemikę z zamawiającym co do zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako całości, jak również

w odniesieniu do poszczególnych elementów, wskazując, iż wartości podane przez zamawiającego są zawyżone. W ocenie odwołującego tego typu działanie nie może być uznane za skuteczne uzasadnienie kalkulacji ceny ofertowej na określonym poziomie. Powołanie się na oferty podwykonawców w oparciu, o które Strabag kalkulował cenę także jest wątpliwe bowiem z wyjaśnień nie wynika wprost ani nie sposób przypisać, która oferta podwykonawcza zawiera się w poszczególnych pozycjach cenotwórczych ujętych

w tabelach. Nie jest rolą zamawiającego ani pozostałych wykonawców weryfikujących prawidłowość podjętych czynności, przypisanie ofert do kalkulacji wynikających z oferty.

Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazał wprost, iż „wykonawca nie może zakładać, że stosowane wyliczenia i analizy zostaną dokonane przez samego Zamawiającego, gdyż nie dysponuje on wszystkimi niezbędnymi do takich czynności informacjami”. Informacji wynikających z ofert podwykonawczych nie sposób przypisać do poszczególnych wartości w kalkulacji

w tabelach. Na tej podstawie więc nie można obiektywnie potwierdzić prawidłowości kalkulacji cenowej w poszczególnych pozycjach. Oferty podwykonawcze w szczególności nie poświadczają, że poziom cen zaoferowanych w kalkulacji jest uzasadniony lub prawdopodobny do osiągnięcia. Informacje te są irrelevantne dla kalkulacji. Tytułem przykładu odwołujący wskazał na oferty podwykonawcze dla branży drogowej w zamówieniu podstawowym i objętym prawem opcji – Strabag w tym zakresie powołał się oferty podwykonawców na kompleksową obsługę geodezyjną, wykonanie urządzeń BRD, oznakowanie poziome i pionowe, wykonanie ogrodzeń ochronnych, ale nie wskazał jak wartości z tych ofert przekładają się na kalkulację w poszczególnych pozycjach branży drogowej dla zamówienia podstawowego i opcji.

W ocenie odwołującego wyjaśnienia mają iluzoryczny charakter co do prawidłowej kalkulacji cenowej - nie jest istotne jak wiele ofert pozyskał Strabag tylko jak ceny z ofert pozwoliły mu na zaproponowanie cen w ofercie skierowanej do zamawiającego. Wykonawca Strabag tym samym nie wykazał, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Dalej odwołujący wyjaśnił, że wykonawca Strabag wskazał, iż oszczędność wykonania oraz możliwość zaoferowania takiej ceny możliwa była także dzięki sprawnemu zarządzaniu procesem produkcji, świadczonych usług i metod budowy m. in. z uwagi na fakt posiadania dwóch wytwórni mas bitumicznych w obrębie przedmiotowego zadania. Wykonawca zaniechał jednak wskazania, do czego był zobowiązany wezwaniem zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 30 listopada 2023 r. – „jakiego rzędu oszczędności powstają

z tego tytułu i jakie ostatecznie koszty w związku z tym przyjął Wykonawca”. To samo dotyczy zapewnienia co do posiadania przez Strabag biura budowy oraz biura projektowego zlokalizowanego w Rzeszowie. Wykonawca nie wskazał też, o jaki procent obniżył cenę oferty przy założeniu, że na budowie będzie pracować własnym sprzętem. Powyższe potwierdza także, iż kalkulacja ceny oferty została sporządzona na poczet złożenia wyjaśnień o czym świadczy choćby powołanie się przez Strabag na „założenie” co do wykorzystania własnego sprzętu (nie zaś pewność, że pracę będą wykonywane sprzętem własnym), jak również brak wskazania wartości procentowej obniżenia ceny w przypadku korzystania z własnego sprzętu w stosunku np. do sprzętu wynajmowanego. Wykorzystanie sprzętu własnego stoi też w sprzeczności ze złożonymi ofertami podwykonawczymi. Wykonawca Strabag zapewnił także, że realizacja zamówienia przyniesie zakładany zysk, jednakże ani z treści oferty ani z wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie wynika wysokość zysku wyrażona kwotowo, czy też procentowo w odniesieniu do gwarantowanego zamówienia podstawowego, jak i prawa opcji.

Reasumując odwołujący wskazał, że zarówno on, jak również pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy Strabag skalkulowali ceny ofertowe mniej więcej na tym samym poziomie, w granicach od ok. 73 mln zł do ok. 85 mln zł brutto (za zamówienie podstawowe). Jedynie Strabag złożył ofertę na poziomie 54 mln zł. Okoliczność ta jednoznacznie wskazuje zatem, iż ceny oferty wykonawców tj. odwołującego, wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. i Konsorcjum BI Infrastruktura S.A. są jak

najbardziej cenami rynkowymi, niezawierającymi składników noszących znamiona rażąco niskich. Są to ceny rynkowe, za które możliwe jest zrealizowanie zamówienia bez ponoszenia straty. Różnica w cenie pomiędzy ofertą odwołującego (drugą w kolejności) a wykonawcą Strabag na zadanie podstawowe wynosi ok. 19 mln zł. Odwołujący z całą stanowczością stwierdził, że jest to różnica pozwalająca stwierdzić, że oferta wykonawcy Strabag zawiera rażąco niską cenę.

W zakresie zarzutu z pkt 2 odwołujący wskazał, że za uwaga wymaga, iż istnieje duże prawdopodobieństwo, iż wykonawca Strabag celowo zniżył cenę wyłączenie w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia. Cena oferty Strabag za zamówienie podstawowe jest niższa o ponad 18 mln od oferty odwołującego, 22 mln niższa od oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowej S.A. i o ok. 30 mln niższa od oferty Konsorcjum PBI Infrastruktura S.A. Oferta Strabag w zakresie prawa opcji od nr 1 do nr 2 jest w zasadzie na tym samym poziomie, jak oferty pozostałych wykonawców. Zamawiający ustalił kryteria oceny ofert osobno za cenę dla zamówienia podstawowego, zamówienia objętego prawem opcji 1, 2 i 3.

W ocenie odwołującego wykonawca Strabag zaoferował znacząco zaniżoną cenę za zamówienie podstawowe, co pozwoliło mu uzyskać nieuzasadnioną przewagę nad konkurencją. Zaniżenie ceny za zamówienie podstawowe uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej jako: „ZNKU”). Zgodnie z art. 3 ust. 1 ZNKU, wyrażającym tzw. klauzulę generalną, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 ZNKU przykładowo wymienione zostały działania, kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Są nimi w szczególności wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż jako czyn nieuczciwej konkurencji praktykę manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim,

w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia,

a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. „Optymalizacja” ta z reguły dokonywana jest w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenia ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcom lub otrzymania części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie realizacji umowy.

Zdaniem odwołującego wykonawca Strabag zniżył cenę za zamówienie podstawowe

w sposób nieuprawniony, co z kolei wskazuje, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Strabag zaoferował cenę w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia. Zaniżenie cen do poziomu wskazanego przez wykonawcę Strabag jest nierealne w warunkach rynkowych i gospodarczych obecnie występujących. Na rynku w ostatnim czasie obserwowany jest stały wzrost cen, co prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wykonawca Strabag doprowadził do stanu, gdzie jego oferta wprawdzie jest najkorzystniejsza pod względem ceny, ale mając na uwadze wysokość ceny za zamówienie podstawowe, realizacja przedmiotowego zamówienia jest zagrożona. Pomimo takiego ukształtowania ceny zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Strabag z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej ceny, a nadto złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 3 odwołujący podniósł, że złożone wraz

z wyjaśnieniami w przedmiocie rażąco niskiej ceny uzasadnienie jest gołosłowne

i szeptowe. Wykonawca Strabag nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje mogą korzystać z ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Strabag nie złożył nadto żadnych dowodów na potwierdzenie, iż dowody składane z wyjaśnieniami w przedmiocie rażąco niskiej ceny winny być chronione w szczególności sposób. Zamawiający powinien przeanalizować skuteczność zastrzeżenia oraz zweryfikować, czy wykonawca Strabag wykazał w świetle art. 11 ust. 2 UZNK zasadność utajnienia. Każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane w sposób szczególny, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność informacji szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. W sytuacji gdy wykonawca w konkretny i weryfikowalny sposób nie wykazał spełniania przesłanek ochrony tajemnicy oraz nie przedstawił koniecznych dowodów – to zamawiający w

trakcie oceny ofert powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza winna nakazać zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Strabag nie wykazał, iż dowody składane wraz wyjaśnieniami w przedmiocie rażąco niskiej ceny mają dla niego wartość gospodarczą, zaś zamawiający w ogóle nie zbadał tej kwestii. Podkreślenia wymaga, iż uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób lakoniczny i możliwy do zastosowania w każdym przypadku, odnosiło się do przewagi konkurencyjnej, przy czym

w żaden sposób możliwa przewaga nie została wykazana. Nie jest też prawidłowe stanowisko Strabag, iż oferty podwykonawców i inne załączniki stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa „ujawniają sposób kalkulacji złożonej oferty”. Z żadnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wynika wspomniany sposób kalkulacji oferty bowiem wyjaśnienia dotyczą wyłącznie zestawienia i porównania cen zamówienia podstawowego i opcji z cenami innych wykonawców, zaś oferty podwykonawców, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób przypisać do poszczególnych elementów cenotwórczych. Wykonawca bowiem wyjaśnienia np. co do branży drogowej złożył łącznie dla zamówienia podstawowego

i opcjonalnego bez wskazania sposobu kalkulacji ceny oferty. Z tego względu żadne argumenty wskazane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy, nie uprawniają wykonawcy Strabag do skutecznego zastrzeżenia załączników do wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W przypadku zarzutu dotyczącego zarzutu z pkt 4 odwołujący wyjaśnił, że w sytuacji gdyby Izba nie podzieliła stanowiska co do odrzucenia oferty wykonawcy Strabag przedstawiony został zarzut ewentualny dotyczący nieprawidłowego przedłożenia środków ochrony prawnej i braku wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego (zaniechanie zastosowania art. 128 ust 1 Pzp). Wykonawca Strabag złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów wystawione przez Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (zwanego dalej jako: „SIP”). Dla podmiotu trzeciego złożono wymagane dokumenty podmiotowe, w tym informacje z KRK. Dokumenty z KRK zostały poświadczone przez pełnomocnika wykonawcy Strabag pana M. Ł. Zgodnie z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania

i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) podmiotowe środki dowodowe składane przez podmiot trzeci powinny być poświadczone przez osobę umocowaną do reprezentacji tego podmiotu. Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Strabag do uzupełnienia dokumentów, zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 Pzp, podczas gdy złożono dokumenty w nieprawidłowej formie (źle poświadczone).

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 5 odwołujący stwierdził, że w dokumentach złożonych przez Strabag na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych znajduje się informacja o umowach w sprawie zamówienia publicznego rozwiązanych przed czasem oraz umów, w wyniku wykonywania których na wykonawcę nałożono kary umowne. Wykonawca nie wskazał, że są to przypadki kwalifikujące do wykluczenia oraz konsekwentnie nie złożył żadnych oświadczeń lub środków wskazujących na samooczyszczenie. Wykonawca stwierdził jedynie, że „żadna z opisanych sytuacji nie stanowi przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”. Z twierdzeniem tym nie sposób się zgodzić. W dokumentacji postępowania brak jakichkolwiek informacji o tym, że zamawiający badał okoliczności wskazane przez wykonawcę. W szczególności wątpliwości budzi umowa zawarta pomiędzy Strabag Sp z o.o. w konsorcjum z Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. ze Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad na realizację zadania „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Ustronie Morskie (bez węzła) – początek obwodnicy Koszalina i Sianowa”. Jak wynika

z przedłożonych wyjaśnień wykonawca wielokrotnie zgłaszał roszczenia do zamawiającego wnioskując o przedłużenie terminu wykonywania umowy. Zamawiający nie znalazł uzasadnienia do przedłużenia umowy o pełen wnioskowany okres. Ostatecznie umowa została wykonana po terminie, a GDDKiA naliczyła karę umowną w wysokości ponad 6,3 mln zł (w styczniu 2022 r.). Zamawiający należność potrącił z wynagrodzenia a wykonawca zaoponował przez wniesienie sprawy o zapłatę do sądu. Strony pozostają w sporze. Jak wynika z opisu wykonawca znacząco uchybił obowiązkowym umownym i w zwłoce wykonał zobowiązanie. Wysokość nominalna kar umownych jest bardzo wysoka, co przesądza o znacznym uszczerbku strony publicznej wynikającym z nienależytego wykonania zamówienia. Jak wskazał wykonawca, jego roszczenia o przedłużenie umowy bazowały głównie na „wyjątkowo niekorzystnych warunkach pogodowych”, które rzekomo miały wystąpić we wrześniu, październiku, listopadzie i grudniu 2019 r. Już z pobieżnego oglądu sprawy trudno racjonalnie przyjąć, że niekorzystne warunki pogodowe występowały regularnie w każdym miesiącu prowadzenia prac budowlanych. Dane meteorologiczne

z tego okresu nie wskazują na wystąpienie długotrwałych klęsk żywiołowych, które przekraczałyby zwykłe ryzyko jakie wykonawca robót budowlanych musi ujmować przystępując do wykonania umowy. Z tego też względu okoliczność nałożenia tak wysokiego odszkodowania przesądza, że zachodzi okoliczność wypełniająca przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W ocenie odwołującego wykonawca nienależycie wykonał zobowiązanie, co spowodowało naliczenie kar w bardzo wysokiej kwocie. Okoliczności naliczenia kary wskazują na winę polegającą na nieprawidłowym prowadzeniu prac lub zaniechaniu ujęcia typowych ryzyk prowadzenia robót budowlanych. Z tego wynika, że wykonawca nie daje rękojmi należytego wykonania zobowiązania. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę iż na 13 przypadków nienależytego wykonania umów, aż 8 dotyczy kar umownych naliczonych za zwłokę

w wykonaniu zobowiązań umownych, 4 przypadki zaś dotyczą kar umownych nakładanych na wykonawcę ze względu na niewłaściwe wykonywanie obowiązków związanych

z przedkładaniem zamawiającemu umów podwykonawczych. Wielokrotne pojawienie się tego samego rodzaju uchybień wskazuje na problem w zarządzaniu umowami i brak działań podejmowanych przez wykonawcę w celu rozwiązania tego problemu.

Co do ostatnich dwóch zarzutów odwołujący wskazał, że uchybienia z nimi związane stanowią także naruszenie art. 16 Pzp bowiem zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto dokonał wyboru oferty wykonawcy Strabag, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego S.A. z siedzibą w Dębicy, zaś po stronie zamawiającego wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

W dniu 19 lutego 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny tj. zarzutu z pkt 1 *petitum* odwołania zamawiający wyjaśnił, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Powyższe wynika z treści specyfikacji warunków zamówienia w tym m. in. z opracowanych przez zamawiającego Tabel Elementów Rozliczeniowych (będących załącznikiem Nr 1 do oferty), które składają się wyłącznie z podanych cen za poszczególne pozycje ujęte globalnie, jako ceny za dany rodzaj robót, nie zaś za jednostkę miary. Brak jest również możliwości rozliczenia przedmiotowego zamówienia na podstawie cen jednostkowych, bowiem zamawiający nie żądał ich podania. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie umożliwia badania poszczególnych pozycji wykazu płatności tj. tabeli elementów rozliczeniowych pod kątem rażąco niskiej ceny, jako że wycena poszczególnych pozycji może mieć wpływ na cenę wykonania całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że po dokonaniu weryfikacji złożonych ofert na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp,

w celu ustalenia czy oferty zawierały rażąco niską cenę, zwrócił się do wykonawców Strabag sp. z o.o., odwołującego i PDM o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny. W szczególności budzących wątpliwości zamawiającego cen asortymentów określonych w ofercie w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Podstawą prawną wystąpienia zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny jest różnica pomiędzy ceną Wykonawcy a wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego. Różnica ta przekracza próg podany w art. 224 Pzp tj. 30%. Przy tym zamawiający zwraca uwagę, że ceny całkowite złożonych ofert nie przekroczyły progu 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Różnica ceny Strabag w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosi dla zadania podstawowego i zadań z prawem opcji nr 1, nr 2 i nr 3 odpowiednio 25,2%, 10,7%, 15,8% i 7,3%. Powyższe porównanie ceny oferty Strabag z pozostałymi cenami ofert złożonych w postępowaniu wskazuje, że zaproponowana przez Strabag cena nie ma charakteru ceny nierynkowej.

Dalej zamawiający odniósł się do treści wezwania oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Strabag i wskazał, że dokonując badania oferty tego wykonawcy pod kątem podejrzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny szczegółowo zweryfikował informacje i dowody przekazane przez wykonawcę w wyjaśnieniu z dnia 14 grudnia 2023 r. W złożonym wyjaśnieniu Strabag odniósł się do wszystkich pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych, które budziły wątpliwości zamawiającego wyszczególnionych w wezwaniu. Wyjaśnienia Strabag dotyczące elementów oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny zostały poparte dowodami w tym ofertami od podwykonawców na wykonanie np. prac projektowych, obsługi geodezyjnej inwestycji, robót ziemnych i podbudów drogowych, montażu urządzeń BRD, wykonania oznakowania poziomego, ogrodzeń ochronnych, wycinki drzew

i karczowania pni, wykonanie nasadzeń zieleni. Wykonawca przedłożył również oferty na roboty branży elektrycznej i teletechnicznej oraz oferty na zakup i dostawę podstawowych

i kluczowych materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w tym min. oferty na dostawę piasku, kruszyw, cementu, mieszanek betonowych, galanterii brukarskiej. Wykonawca przedstawił ofertę na wykonanie

nawierzchni bitumicznych, która zawierała ilość robót oraz ceny jednostkowe wykonania poszczególnych rodzajów mieszanek mineralno-bitumicznych (załącznik nr 36 wyjaśnień Strabag). Załączone do wyjaśnień Strabag dowody potwierdzają, że wykonawca:

- dokonał rozeznania cen rynkowych pozyskując kilka ofert od różnych podmiotów na ten sam zakres zadania i na jej podstawie skalkulował swoją ofertę;
- ceny przyjęte do oferty Strabag nie bazują na najniższych cenach pozyskanych z rynku czego przykładem jest odrzucenie przez Strabag najniższej oferty podwykonawcy na wycenę prac projektowych (załącznik nr 2 wyjaśnień Strabag) dowodzi, że wykonawca realnie i świadomie skalkulował swoją wycenę i uwzględnił w niej zysk;
- oferty zamieszczone w wyjaśnieniach wykonawcy zawierają informacje jakiego zakresu i zadania dotyczą.

W związku z powyższym bez problemu można je przypisać do odpowiednich pozycji cenotwórczych (np. załącznik nr 1, 2, 3, 5 do wyjaśnień Strabag). Przedłożone przez wykonawcę oferty w ilości ponad 40 szt. potwierdzają wiarygodność cen kluczowego (głównego) asortymentu cenotwórczego dla przedmiotowego zadania. Wykonawca nie unikał wyjaśnienia ceny poszczególnych pozycji cenotwórczych, o które wystąpił zamawiający, lecz przedstawił czytelne i rzeczowe wyjaśnienie, którego zakres wykraczał poza wymagania zamawiającego, czego przykładem są załączone do wyjaśnień Strabag oferty na asortymenty robót/prac dotyczące zadania objętego prawem opcji nr 2 (np. załącznik nr 1-6 do wyjaśnień Strabag). Zadanie objęte prawem opcji nr 2 nie było przedmiotem badania rażąco niskiej ceny. Załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Strabag, zostały przez wykonawcę zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto w wyjaśnieniach wykonawca wskazał, że występują wyjątkowo korzystne warunki dostępne dla firmy Strabag zapewniające oszczędność wykonania przedmiotowego zamówienia oraz możliwość zaoferowania niższej ceny niż oferty konkurencji. Oszczędność w stosunku do oferty odwołującego oraz pozostałych wykonawców wynika z posiadania dwóch wytwórni mas bitumicznych zlokalizowanych w niedużej odległości od miejsca realizacji zamówienia tj. WMB Gniewczyna Łańcucka i WMB Kraśnik (odległość od inwestycji odpowiednio ok. 73km oraz ok. 75km). Wykonawca na stronie 16 wyjaśnień wskazał że *posiadanie własnych wytwórni MMA pozwoliło na zestawienie kosztów materiałów wsadowych, kosztów produkcji i transportu oraz wybranie najkorzystniejszej z porównywanych opcji. Posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych w niedalekiej odległości od miejsca prowadzenia robót pozwoliło na znaczące obniżenie kosztów wytworzenia, transportu i wbudowania mieszanek. Oszczędność w stosunku do oferty firmy ANTEX II wynika z faktu, iż firma ta nie posiada własnej wytwórni, co wiąże się z koniecznością zakupu materiału wraz z transportem po zwiększonych kosztach od firm konkurencyjnych, natomiast kolejna firma PDM Dębica posiada swoją najbliższą wytwórnię w odległości ok. 94 km tj. o ok. 30% większą od STRABAG. Posiadanie własnego zaplecza sprzętowego (o którym niżej) i dwóch grup bitumicznych specjalizujących się w rozkładaniu MMA pozwoliło na kalkulację tych robót z założeniem, iż będą one wykonywane siłami własnymi.* Powyższy fakt potwierdzają załączniki nr 34, 35 i 36 do ww. wyjaśnień. Wykonawca ponadto wskazał, że *Przyjęcie do oferty kosztów na odpowiednio niskim poziomie możliwe było między innymi dzięki:*

- a) optymalizacji zatrudnienia poprzez zaangażowanie pracowników o wysokich kwalifikacjach i motywacji do pracy, w ilości minimalnej jaka jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania kontraktu,*
- b) centralnej obsłudze finansowo-księgowej prowadzonej przez spółkę koncernową,*
- c) centralnej obsłudze prawnej prowadzonej przez spółkę koncernową,*
- d) optymalizacji cen zakupu materiałów realizowanych przez Centralne Biuro Zakupów, które jest w stanie na etapie realizacji wynegocjować ceny niższe nawet o 5%-10% od ofert wyjściowych.* Potwierdzeniem powyższego miał być w ocenie zamawiającego fakt, że firma Strabag Sp. z o.o. z powodzeniem realizuje lub zrealizował w ostatnim czasie liczne inwestycje drogowe w rejonie miejsca realizacji przedmiotu zamówieni, które zostały wymienione na stronie 19 wyjaśnień.

Zdaniem zamawiającego na podstawie przedstawionych dowodów i wyjaśnień Strabag wskazał, że jego oferta jest przygotowana profesjonalnie i kompleksowo, a zaoferowana cena jest realna i nie posiada znamion rażąco niskiej ceny. W ocenie zamawiającego żaden z dowodów przedstawionych w odwołaniu nie wskazuje, że cena zaproponowana przez Strabag jest nierealistyczna tzn. nieposiadająca realnego odniesienia do cen rynkowych możliwych do uzyskania przez tego wykonawcę mając na uwadze charakterystykę

i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz indywidualne zasady współpracy Strabag

z podwykonawcami i dostawcami. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia były obszerne, czytelne i rzeczowe, a ich zakres wykraczał poza wymagania zamawiającego. Wyjaśnienia Strabag wraz załączonymi dowodami rozwiewają wątpliwości zamawiającego, co do poprawności skalkulowanej ceny ofertowej. W związku z powyższym nie było potrzeby kolejnego wzywania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie. Mając powyższe na uwadze zamawiający stwierdził, że nie mógł zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że *wyjaśnienia Wykonawcy*

Strabag Są lakoniczne i ogólnikowe, a z ich treści wynika zapewnienie Zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie. Dalej zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący na stronie 5 odwołania wskazał, że wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, z wyjątkiem Wykonawcy Strabag skalkulowali ceny ofertowe mniej więcej na tym samym poziomie, w granicach od ok 73 mln zł do ok 85 mln zł brutto (za zamówienie podstawowe). Jedynie Strabag złożył ofertę na poziomie 54 mln zł. Okoliczność ta jednoznacznie wskazuje zatem, iż ceny oferty Wykonawców tj. Odwołującego, Wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A.

i Konsorcjum BI Infrastruktura S.A. są jak najbardziej cenami rynkowymi, niezawierającymi składników noszących znamiona rażąco niskich. Są to ceny rynkowe, za które możliwe jest zrealizowanie zamówienia bez ponoszenia strat. Różnica w cenie pomiędzy ofertą Odwołującego (drugą w kolejności) a Wykonawcą Strabag na zadanie podstawowe wynosi ok 19 mln zł. Z całą stanowczością stwierdzić należy, iż jest to różnica pozwalająca stwierdzić, że oferta Wykonawcy Strabag zwiiera rażąco niską cenę. Ponadto odwołujący przytoczył fragment orzeczenia KIO nie udowadniając jednocześnie, że:

- przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez Strabag jest dla niego nieopłacalne;
- różnica między ofertą Strabag, a ofertą odwołującego nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi Strabag, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać;
- cena 54 515 917,89 zł (za zrealizowanie zadania podstawowego) jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów.

W opinii zamawiającego stwierdzenie odwołującego, że różnica w cenie pomiędzy ofertą Odwołującego (drugą w kolejności) a Wykonawcą Strabag na zadanie podstawowe wynosi ok 19 mln nie świadczy jeszcze o jej rażąco niskim charakterze. Uzasadnienie odwołującego sprowadza się do porównania cen ofert, przywołania wyroków KIO definiującą rażąco niską cenę oraz stwierdzenia, że oferta Strabag z uwagi, iż jest niższa od oferty odwołującego o 19 mln zł (dotyczy zadania podstawowego) stanowi podstawę stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofercie firmy Strabag. Twierdzenie odwołującego jest gołosłowne i nie poparte żadnymi wyliczeniami (np. kalkulacjami opartymi na realnych cenach rynkowych), zwłaszcza

w kontekście domniemyanych:

- braku opłacalności w realizacji zamówienia przez Strabag;
- realizacji przez Strabag przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usług, dostaw czy robót budowlanych;
- strat po stronie Strabag;
- zagrożenia nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia przez Strabag

w przyszłości.

W opinii zamawiającego podobne twierdzenie mogłaby sformułować PBI uzasadniając fakt, że cena odwołującego jest rażąco niska tylko dlatego że odbiega o około 12 mln od ceny PBI.

Tego samego dnia tj. 19 lutego 2024 r. również wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Wykonawca Strabag w zakresie zarzutu z pkt 1 wyjaśnił, że nie jest prawdą iż, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jakie złożył w postępowaniu sprowadzają się do zestawienia cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców i wykazania procentowej różnicy od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego oraz średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Musi zdawać sobie z tego sprawę również odwołujący skoro niezależnie stawia zarzut zaniechania odtajnienia treści ofert podwykonawczych składających się na wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Samo tylko zaskarżenie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ofert podwykonawczych przedstawionych w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jak też dalsze odnoszenie się w odwołaniu się do ofert podwykonawczych przeczy jakoby wyjaśnienia złożone w ramach wyjaśnień ograniczały się do porównania cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawców.

Niezależnie od tego wykonawca Strabag stwierdził, że nie jest prawdą zarzut o tym, że ograniczył się w postępowaniu do porównania cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wskazał, że podstawą domniemywania rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu była różnica ceny oferty przystępującego do szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego. Skoro cena rażąco niska — jak powołuje odwołujący w treści odwołania, to cena nie występująca na rynku, to jak najbardziej ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców jako ceny oferowane rynku powinny stanowić punkt odniesienia dla ustalenia rażąco niskiej ceny, szczególnie w sytuacji gdy wykonawca mimo podjętych kroków i należytej staranności nie dysponuje informacjami o sposobie ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Nie jest też zgodne z prawdą, co najprawdopodobniej wynika z

nieznajomości treści złożonych ofert, jakoby *Informacji wynikających z ofert podwykonawczych nie sposób przypisać po poszczególnych wartości*

w kalkulacji w tabelach. Na tej podstawie więc nie można obiektywnie potwierdzić prawidłowej kalkulacji cenowej w poszczególnych pozycjach oraz korespondujące z nim stwierdzenie, o tym, że Powołanie się na oferty podwykonawców w oparciu, o które Strabag kalkulował cenę także jest wątpliwe bowiem z wyjaśnień nie wynika wprost ani nie sposób przypisać, która oferta podwykonawcza zawiera się w poszczególnych pozycjach cenotwórczych ujętych w tabelach.

Dalej wykonawca Strabag wskazał, że po pierwsze złożone z wyjaśnieniami oferty są ofertami dla poszczególnych zakresów prac oznaczonych w ich treści. We wskazanych

w odwołaniu ofertach na zakresy robót ujęte w branży drogowej, wbrew stanowisku odwołującego, wskazane jest jak wartości tych ofert przekładają się na zakres zamówienia podstawowego a jak na poszczególne opcje. Również oferty złożone przez odwołującego nie posługują się kalkulacją dla tak nazwanych pozycji TER ale zakresami prac do wykonania, które również należy dopiero przypisać do pozycji TER odpowiednio dla zakresu podstawowego i prawa opcji. Po drugie Tabela Elementów Rozliczeniowych nie stanowi dokumentu prezentującego sposób kalkulacji ale zagregowane ceny za poszczególne, ujęte w niej całościowe elementy tj. Planowana droga wojewódzka klasy GP od SR6 (ze skrzyżowaniem typu rondo) do SR7 (ze skrzyżowaniem typu rondo), Droga dla pieszych, Droga dla rowerów. Tabela podaje więc ceny ryczałtowe dla całościowo nazwanych elementów zakresu podstawowego i opcji bez wskazywania na poszczególne elementy robót do kalkulacji tego zakresu. W wykazie tym, nie ma jednostki rozliczeniowej, w oparciu o którą można określić składniki cenotwórcze wpływające na poszczególne ceny jednostkowe. Zdaniem wykonawcy Strabag zupełnie niewiarygodne jest stwierdzenie o tym, że poziom cen zaoferowanych w kalkulacji nie jest uzasadniony lub prawdopodobny do osiągnięcia

w sytuacji gdy wykazał je w taki sposób jak Odwołujący tj. prezentując oferty podwykonawców.

Dalej wykonawca Strabag wskazał, że jako uzasadnienie dla zarzutu iluzoryczności złożonych wyjaśnień, odwołujący podaje, że Strabag w wyjaśnieniach napisał, że posiada dwie wytwórnie mas bitumicznych w obrębie przedmiotowego zadania, zaniechał jednak wskazania jakie rzędu oszczędności powstają z tego tytułu. Jest to jedynie fragment wyjaśnień złożonych przez Strabag. W treści złożonych wyjaśnień napisał, że pozwoliło to również na obniżenie kosztów produkcji i wbudowania mieszanek, jak też na koszt ich transportu. Wykonawca poinformował, że przedstawił ofertę za zakup i wbudowanie mieszanek bitumiczno - asfaltowych z własnej wytwórni. Podał, że kolejny kolejna najbliższej położona wytwórnia (PDM Dębica) położona jest ok 31 km dalej zaś odwołujący w ogóle nie posiada własnej wytwórni. Jeszcze raz Strabag podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie składali kosztorysów ofertowych znając cenę jednostkową pozostałych wykonawców, mógłby określić rząd oszczędności inaczej niż podając własne ceny — co uczynił. Wskazanie o jaki procent wpływa to na wykonanie zamówienia wymaga punktu odniesienia do ustalenia tego procentu w postaci cen jednostkowych pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty albo cen jakie w kosztorysie inwestorskim przyjął zamawiający. Po złożeniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez odwołującego jest to możliwe. Dla przykładu na zadaniu podstawowym warstwa SMA w informacji z firmy Colas wyceniona została na 81,58 zł netto/m², co w przeliczeniu na 1 Mg (nie są znane przystępującemu dokładne dane, stąd szacunek w przybliżeniu: gęstość recepturowa 2,65 Mg/m³, koszt transportu 0,42 zł/tkm, koszt zabudowy 35 zł/Mg, odległość 60 km) daje ok 770 zł/Mg, a po odliczeniu kosztów transportu i zabudowy ok 700 zł/Mg loco zakład produkcyjny,

a z wyjaśnień RNC Załącznik nr 36 można wyczytać, że cena mieszanki na warstwę SMA jest znacząco niższa.

Zdaniem wykonawcy Strabag trudno za wiarygodne uznać stwierdzenia odwołującego o tym, że złożona kalkulacja cenowa została przygotowana na poczet wyjaśnień i że nie jest realna w sytuacji gdy sam opiera swoją na ofercie nie spełniającej warunków realizacji zamówienia — oferta firmy Colas jest ofertą na układanie masy w roku 2024 r. podczas gdy zamówienie w części podstawowej oraz opcji 1 i 3 realizowane będzie formule projektuj i buduj wykonane ma być w ciągu 43 miesięcy i w pierwszym etapie realizacji wykonawca wykonać ma dokumentację projektową i uzyskać decyzję ZRID, co wyklucza układanie masy w 2024

r. stanowi o nie udowodnieniu zaproponowanej ceny.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:

- wykonawcę Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego S.A. z siedzibą w Dębicy (zwanego dalej nadal jako: „PDM”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego;
- wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na dwóch płytach DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 15 lutego 2024 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- wezwanie z dnia 30 listopada 2023 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 14 grudnia 2023 r. złożone przez przystępującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 25 stycznia 2024 r.;

2) dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego:

- zestawienie własne w postaci trzech tabelek sporządzonych na jednej stronie formatu A4 prezentujące wyliczenia obejmujące ceny oraz punktację uzyskaną zgodnie z danymi przekazanymi w informacji zamawiającego z dnia 25 stycznia 2024 r. o wyniku postępowania;
- uchwałę Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 21 grudnia 2023 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Województwa Podkarpackiego na lata 2024-2025;
- trzy biuletyny Państwowej Służby Hydrologiczno-Meteorologicznej za lata 2017, 2018 i 2019;

3) dokumenty złożone na posiedzeniu przez przystępującego:

- skany pełnomocnictwa dla pana M. Ł., które zostały mu udzielone przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. oraz informacji z KRK. Dokumenty te zostały przesłane za pośrednictwem poczty elektronicznej do sekretariatu Izby oraz stronom i uczestnikowi;
- wyciąg z SWZ w postępowaniu na zaprojektowanie i wybudowanie odcinka drogi ekspresowej S8 Wrocław - Kłodzko oraz ofertę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. Odpis tego dowodu został przekazany w postaci papierowej stronom natomiast postać elektroniczna została przesłana przystępującemu po stronie odwołującego za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych na posiedzeniu przez przystępującego, obejmujących wyciąg z akt sprawy sądowej dotyczącej realizacji postępowania przetargowego przywołanego przez odwołującego w uzasadnieniu, tj. projektu i budowy drogi S6 na odcinku węzeł Ustronie Morskie – początek obwodnicy Koszalina i Sianowa. Dowód ten został złożony wyłącznie Izbie tj. bez odpisów dla stron

i przystępującego PDM. W okolicznościach przedmiotowej sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że brak przekazania odpisu ww. dokumentów stronom

i uczestnikowi stanowił formalną przeszkodę do przeprowadzania dowodu w tym zakresie. Przystępujący nie wykazał, ani dostatecznie nie wyjaśnił zasadności swojego zachowania polegającego na nieprzekazaniu odpisów złożonych dokumentów stronom i uczestnikowi

w wyniku czego Izba odmówiła rangi dowodu złożonym w ten sposób dokumentom.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2023 r. wezwał przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W treści wezwania zamawiający wskazał:

Po dokonaniu weryfikacji Tabeli Elementów Rozliczeniowych w ofercie złożonej przez Państwa do przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający — Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie - w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

1. Zadanie podstawowe w zakresie pozycji:

a) BRANŻA DROGOWA

b) BRANŻA ZIELENI

2. Zadanie objęte prawem opcji nr 1 w zakresie pozycji:

- a) FAZA PRAC PROJEKTOWYCH
- b) BRANŻA DROGOWA
- c) BRANŻA ZIELENI
- d) BRANŻA ELEKTRYCZNA

3. Zadanie objęte prawem opcji nr 3 w zakresie pozycji:

- a) FAZA PRAC PROJEKTOWYCH
- b) BRANŻA DROGOWA
- c) BRANŻA ZIELENI

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania (ciężar dowodu), że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Należy opisać czynniki, które zadecydowały o wysokości ceny. Wyjaśnienia winny zawierać między innymi informacje odnoszące się do okoliczności, które przyczyniają się do określenia ceny zamówienia na poziomie wskazanym w ofercie, ze wskazaniem w jaki sposób wpływają one na kształtowanie się ceny ofertowej, tak aby jednoznacznie obalić domniemanie zaoferowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny.

Niewystarczające będą lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia lub ponowne zapewnienie Zamawiającego o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie.

Przykładowo niewystarczające będzie powoływanie się na bliskość siedziby Wykonawcy

w stosunku do miejsca realizacji przedmiotu umowy bez wskazania jakiego rzędu oszczędności powstają z tego tytułu i jakie ostatecznie koszty w związku z tym przyjął Wykonawca oraz bez poparcia tych twierdzeń stosownymi dowodami, Wykonawca nie może przy tym zakładać, że stosowne wyliczenia i analizy zostaną dokonane przez samego Zamawiającego, gdyż nie dysponuje on wszystkimi niezbędnymi do takich czynności informacjami.

Zakres przedłożonych wyjaśnień i dowodów nie powinien rodzić po stronie Zamawiającego konieczności dokonywania kolejnych wezwań o doprecyzowanie i dodatkowe uzasadnienie złożonych wyjaśnień.

W dniu 14 grudnia 2023 r. przystępujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 listopada 2023 r. Ponadto wyjaśnienia zostały opatrzone pięćdziesięcioma załącznikami. Wszystkie załączniki zostały zastrzeżone przez przystępującego jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie odtajnił tych załączników przez co należało przyjąć, że uznał skuteczność zastrzeżenia dokonanego przez przystępującego.

W dniu 25 stycznia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą uznał ofertę przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 224 ust. 6 Pzp – Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.;
- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp – 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.;
- art. 128 ust. 1 Pzp – Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.;
- art. 109 pkt 5 i 7 Pzp – Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(...)

5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

(...)

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

- art. 239 ust. 1 i 2 Pzp – 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;

- art. 16 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uwzględniła zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania. Zarzut ten skierowany był wobec oferty przystępującego i dotyczył kwestii rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy. Jak ustalił skład orzekający przystępujący pismem z dnia 30 listopada 2023 r. został wezwany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Podstawą wezwania był art. 224 ust. 1 Pzp. W związku z tym w ramach przedmiotowego zarzutu rozpatrywanego w postępowaniu odwoławczym zastosowanie znalazł art. 537 Pzp, który określa zasadę odwróconego ciężaru dowodu w przypadku rażąco niskiej ceny. Zgodnie z tym przepisem ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego lub zamawiającym, jeżeli wykonawcą, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. W okolicznościach przedmiotowej sprawy ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny spoczywał na przystępującym ponieważ zarzut rażąco niskiej ceny dotyczył oferty tego wykonawcy, został on wezwany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego. Po analizie zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że przystępujący nie udźwignął ciężaru dowodowego w związku

z przedmiotowym zarzutem co skutkowało uznaniem, że złożył wyjaśnienia, które nie odpowiadały wezwaniu zamawiającego, a z drugiej strony odwołujący wykazał, że wyjaśnienia te były niewystarczające w stosunku do zakresu podanego w wezwaniu. Ponadto po stronie odwołującego wystarczające okazało się oparcie swojej argumentacji

w zasadzie na dwóch kluczowych dokumentach dla rozstrzygnięcia tego zarzutu tj. na wezwaniu z dnia 30 listopada 2024 r. oraz wyjaśnieniach przystępującego z dnia 14 grudnia 2023 r. udzielonych w odpowiedzi na powyższe wezwanie.

Tytułem przypomnienia Izba wskazała, że zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2023 r. wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny

w szczególności w zakresie:

- zadania podstawowego (branża drogowa i branża zieleni);

- zadania objętego prawem opcji nr 1 (faza prac projektowych, branża drogowa, branża zieleni, branża elektryczna);

- zadania objętego prawem opcji nr 3 (faza prac projektowych, branża drogowa, branża zieleni).

Zamawiający w wezwaniu wniósł o wskazanie czynników, które zadecydowały o wysokości ceny podając, że wyjaśnienia winny zawierać m. in. informacje odnoszące się do okoliczności, które przyczyniają się do określenia ceny zamówienia na poziomie wskazanym w ofercie, ze wskazaniem w jaki sposób wpływają one na kształtowanie się ceny ofertowej, tak aby jednoznacznie obalić domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Zamawiający podkreślił, że niewystarczające będą lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia lub ponowne zapewnienie o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie.

Ponadto co bardzo istotne, zamawiający podał jak przystępujący powinien przedstawić swoje wyjaśnienia wskazując przykładowo, że niewystarczające będzie powoływanie się na bliskość siedziby Wykonawcy w stosunku do miejsca realizacji przedmiotu umowy bez wskazania jakiego rzędu oszczędności powstają z tego tytułu i jakie ostatecznie koszty w związku z tym przyjął Wykonawca oraz bez poparcia tych twierdzeń stosownymi dowodami, Wykonawca nie może przy

tym zakładać, że stosowne wyliczenia i analizy zostaną dokonane przez samego Zamawiającego, gdyż nie dysponuje on wszystkimi niezbędnymi do takich czynności informacjami.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że zakres przedłożonych wyjaśnień i dowodów nie powinien rodzić po jego stronie konieczności dokonywania kolejnych wezwań

o doprecyzowanie i dodatkowe uzasadnienie złożonych wyjaśnień.

Analizując treść wezwania Izba doszła do przekonania, że po pierwsze nie miało ono charakteru standardowego, który zamykałby się w zacytowaniu fragmentów art. 224 ust. 3 Pzp co dość często się zdarza, po drugie wezwanie jasno wskazywało zakres wyjaśnień jakich miał udzielić przystępujący, po trzecie wezwanie wymagało podania konkretnych informacji dotyczących czynników, które zadecydowały o wysokości ceny w tym wskazania rzędu oszczędności powstałych z tytułu tych czynników jak i ostatecznych kosztów przyjętych w związku tym przez przystępującego, po czwarte zobowiązywało wykonawcę do poparcia twierdzeń stosownymi dowodami, po piąte wyliczenia związane z oszczędnościami i kosztami powinny być dokonane przez przystępującego oraz po szóste wyjaśnienia i dowody nie powinny rodzić po stronie zamawiającego wątpliwości i prowadzić do konieczności ich doprecyzowania lub dodatkowego uzasadnienia.

Ostatnią kwestią, na którą należało zwrócić uwagę w związku z wezwaniem, było to, że na tym etapie Izba nie miała formalnych możliwości oceny zasadności wezwania lub kwestionowania jego treści. Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowane do wykonawcy jest czynnością zamawiającego w postępowaniu, od której przysługuje odwołanie (art. 513 Pzp). W związku z tym jeśli wykonawca ma zastrzeżenia do treści wezwania to ma również uprawnienie do złożenia odwołania wobec tej czynności. Taką samą możliwość miał również przystępujący w postępowaniu i jeśli w jego opinii wezwanie

w jakiś sposób naruszało przepisy Pzp w tym zasady systemu zamówień publicznych to przystępujący powinien był wnieść środek ochrony prawnej w związku z tą czynnością. Na moment rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu Izba nie miała innego wyjścia jak tylko uznać wezwanie *per se* za niebudzące wątpliwości.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 listopada 2023 r., przystępujący złożył wyjaśnienia wraz dowodami pismem z dnia 14 grudnia 2024 r. W ocenie składu orzekającego przedmiotowe wyjaśnienia nie odpowiadały treści wezwania oraz nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny oferty przystępującego, które powstało w związku z wezwaniem przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odnosząc się do treści wyjaśnień Izba w pierwszej kolejności wskazała, że na pierwszy rzut oka można było uznać, że wyjaśnienia były dość obszerne (liczyły 28 stron). Przy czym po dokładnej analizie tych wyjaśnień należało stwierdzić, że pierwsza część wyjaśnień (strony 1-9) stanowiła *de facto* polemikę z zamawiającym co do zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień

w przedmiocie rażąco niskiej ceny jako całości, jak również w odniesieniu do poszczególnych elementów oraz prezentowała bogate orzecznictwo w tej materii. Ostatnia część wyjaśnień (strony 21-28) zawierała uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla załączników oraz prezentowała listę tych załączników. Zasadnicza część wyjaśnień (strony 9-20) została podzielona na poszczególne branże i zawierała zestawienia tabelaryczne cen zaoferowanych przez wykonawców w danej branży oraz wskazanie procentowej różnicy oferty przystępującego w tej branży do oferty najniższej lub do kwoty oszacowanej przez zamawiającego lub do średniej ze wszystkich ofert. Ponadto ta część wyjaśnień opisywała także czynniki, które miały wpływać na wysokość zaproponowanej ceny, jednakże nie zawierała informacji, która wprost wynikała z treści wezwania tj. rzędu oszczędności powstałych z tytułu tych czynników, ostatecznych kosztów przyjętych w związku tym przez przystępującego oraz wyliczeń w tym zakresie.

W nawiązaniu do tego należało wyjaśnić, że oczywiście nie można było żądać od przystępującego dokładnych wyliczeń w zakresie tych oszczędności, niemniej przystępujący powinien przedstawić przybliżoną wartość takich oszczędności lub chociaż ich procentowy zakres. Takich informacji w treści wyjaśnień nie było. Jedyna informacja w treści wyjaśnień wskazująca na pewien zakres oszczędności przystępującego znajdowała się na stronie 20

i wskazywała ona, że *Przyjęcie do oferty kosztów na odpowiednio niskim poziomie możliwe było między innymi dzięki: (...) d) optymalizacji cen zakupu materiałów realizowanych przez Centralne Biuro Zakupów, które jest w stanie na etapie realizacji wynegocjować ceny niższe nawet o 5%-10% od ofert wyjściowych.* Jednakże informacji tej w żaden sposób nie można było uznać za wypełnienie treści wezwania w związku z podaniem *rzędu oszczędności*, ponieważ informacja ta odnosiła się do jednej kategorii kosztów czyli materiałów i to określonej bardzo ogólnikowo oraz nie można było uchwycić wynikowego powiązania tej informacji z resztą wyjaśnień. Warto dodać, że różnica ceny z oferty przystępującego w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosiła, dla zadania podstawowego i zadań z prawem opcji nr 1 i nr 3 (opcja nr 2 nie była przedmiotem wezwania), odpowiednio 25,2%, 10,7% i 7,3%. Tym samym przyjmując nawet interpretację skrajnie przemawiającą na korzyść przystępującego to powyżej cytowany fragment pokazujący zakres oszczędności uzasadniałby cenę przystępującego co najwyżej w stosunku do opcji nr 3.

Prawidłowości złożonych wyjaśnień nie można było stwierdzić również po przeanalizowaniu załączonych do nich

dokumentów. W okolicznościach przedmiotowej sprawy powołanie się na liczne oferty podwykonawców, w oparciu o które przystępujący miał skalkulować cenę, okazało się niewystarczające, bowiem z wyjaśnień analizowanych łącznie z załącznikami nie wynikało ani nie można było przypisać, które oferty podwykonawcze zawierały się w poszczególnych pozycjach cenotwórczych ujętych w tabelach. Nie mogło być rolą zamawiającego ani pozostałych wykonawców ani Izby weryfikującej prawidłowość podjętej przez zamawiającego czynności, przypisanie cen z ofert załączonych do wyjaśnień do cen wynikających z oferty przystępującego. Oferty załączone do wyjaśnień w szczególności nie poświadczały, że poziom cen zaoferowanych przez przystępującego był uzasadniony lub chociaż prawdopodobny do osiągnięcia.

Ponadto, jak słusznie argumentował odwołujący, przystępujący wskazał, że oszczędność wykonania oraz możliwość zaoferowania takiej ceny możliwa była także dzięki sprawnemu zarządzaniu procesem produkcji, świadczonych usług i metod budowy m. in. z uwagi na fakt posiadania dwóch wytwórni mas bitumicznych w obrębie przedmiotowego zadania. Przystępujący zaniechał jednak wskazania tego do czego był zobowiązany wezwaniem zamawiającego tj. rzędu oszczędności powstałych z tego tytułu i poziomu ostatecznych kosztów. To samo dotyczyło zapewnienia co do posiadania przez przystępującego biura budowy oraz biura projektowego zlokalizowanego w Rzeszowie. Przystępujący nie wskazał też, o jaki zakres obniżył cenę oferty przy założeniu, że na budowie będzie pracować własnym sprzętem. Powyższe potwierdza brak wskazania wartości obniżenia ceny

w przypadku korzystania z własnego sprzętu w stosunku np. do sprzętu wynajmowanego.

Podczas rozprawy zamawiający argumentował, że mógł przyporządkować koszty z ofert złożonych wraz z wyjaśnieniami do ceny ofertowej zaproponowanej przez przystępującego. W ocenie składu orzekającego powyższe stwierdzenie zamawiającego należało uznać za gołosłowne. Po pierwsze zamawiający nie przedstawił wyliczenia ani nie wyjaśnił w praktyce sposobu, który mógłby potwierdzić w jaki sposób przyporządkował koszty z ofert złożonych wraz z wyjaśnieniami do ceny ofertowej zaproponowanej przez przystępującego. Zamawiający nawet ogólnikowo nie wyjaśnił jak można to było zrobić, nie mówiąc już o tym, że nie podał żadnego konkretnego przykładu w tym zakresie, który odnosiłby się do chociażby jednej pozycji cenowej lub rodzaju kosztu. Po drugie po raz kolejny należało odwołać się do treści wezwania, które wprost stwierdzało, że *wykonawca nie może zakładać, że stosowane wyliczenia i analizy zostaną dokonane przez samego Zamawiającego, gdyż nie dysponuje on wszystkimi niezbędnymi do takich czynności informacjami*. Wezwanie wyraźnie wskazywało, że wyliczenia i analizy na potrzeby wyjaśnień powinien sporządzić przystępujący i powinny one jednoznacznie wynikać z treści wyjaśnień.

Odwołujący poza tym słusznie argumentował, że przystępujący zapewnił także, że *wykonanie umowy za cenę wskazaną w ofercie zapewnia osiągnięcie zakładanego przez niego zysku i jest opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych*, jednakże ani z treści oferty ani z wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie wynikała chociażby orientacyjna wysokość zysku wyrażona kwotowo, czy też procentowo w odniesieniu do gwarantowanego zamówienia podstawowego, jak i prawa opcji. Argumentacja w powyższym zakresie została uznana za poboczną, ponieważ wezwanie nie odnosiło się do konieczności podania wyliczeń w zakresie zysku, jednakże trudno pominąć to zagadnienie w kontekście rażąco niskiej ceny. Z treści wyjaśnień nie można było ustalić, jak załączone do nich oferty przekładały się na zasadność i prawidłowość samych wyjaśnień oraz poziom zaoferowanej ceny. Analiza wyjaśnień w kontekście kolejnego składającego się na cenę elementu, który musi zostać w niej zawarty tj. zysku tym bardziej poddała pod wątpliwość wyjaśnienia złożone przez przystępującego.

Na marginesie Izba zwróciła uwagę na stanowisko przystępującego, który wskazywał, że nie mógł podać *rzędu oszczędności* w ramach wyjaśnień, ponieważ nie miał do czego porównać elementów ceny ze swojej oferty tj. nie znał ani wyjaśnień innych wykonawców, ani kosztorysów inwestorskich, ponieważ zamawiający mu ich nie udostępnił mimo wniosku

o udostępnienie takowych. Przedmiotowa argumentacja przystępującego okazała się chybiona. Po pierwsze należało po raz kolejny podkreślić, że przystępujący miał możliwość skarżenia czynności wezwania go do wyjaśnień przez wniesienie odwołania. Odwołujący nie kwestionował tej czynności, w związku z tym Izba przyjęła, że ją zaakceptował i zgodził się

z treścią wezwania. Tym samym powyższa argumentacja została potraktowana jako sporządzona wyłącznie na potrzeby toczącego się obecnie postępowania odwoławczego. Po drugie w aktach sprawy, przesłanych przez zamawiającego znajdowała się korespondencja mailowa, która wskazywała, że przystępujący w dniu 5 grudnia 2023 r. tj. jeszcze przed upływem terminu na złożenie wyjaśnień otrzymał kosztorysy inwestorskie od zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła zarzut dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 224 ust. 6 Pzp podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 *petitum* odwołania Izba w zasadniczej mierze przyjęła stanowisko przystępującego uznając je za słuszne. Jak zasadnie argumentował przystępujący po pierwsze, w przedmiotowym postępowaniu kryteria oceny ofert zostały ustalone łącznie dla zadania podstawowego (20%), opcji nr 1 (15%), opcji nr 2

(5%), opcji nr 3 (20%) i kryterium rękojmi i gwarancji (40%). Z niezrozumiałych powodów odwołujący wskazał, że w zakresie opcji 1 i 2 cena oferty przystępującego była *w zasadzie na tym samym poziomie jak oferty pozostałych wykonawców* nie obejmując tym twierdzeniem opcji 3 skoro w opcji 3 różnica pomiędzy ceną oferty przystępującego, a drugą ofertą czy średnią arytmetyczną cen złożonych ofert była porównywalna do opcji 1 i 2. Nawet biorąc pod uwagę tylko opcję 1 i 2 to suma ich wag w kryterium cena wynosiła 20%

i wynosiła tyle samo do waga kryterium dla zadania podstawowego (20%). Tym samym twierdzenie odwołującego wskazujące, że przystępujący zaniżając cenę za zamówienie podstawowe uzyskał niedopuszczalną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami, okazało się w okolicznościach przedmiotowej sprawy zbyt daleko idące.

Po drugie, w całej inwestycji jedynie zakres podstawowy na moment składania ofert był zadaniem pewnym do wykonania. Trudno było uznać, że celem wykonawcy było rekompensowanie sobie cen z zakresu podstawowego w zakresach opcjonalnych, bo taką możliwość w zasadzie wykluczał brak jakiegokolwiek pewności na przyszłość co do tego czy opcje zostaną udzielone, a jeżeli tak – to czy w całości czy w części – jak przewidział zamawiający oraz ile z przewidzianych opcji zostanie finalnie zrealizowanych.

Po trzecie w odróżnieniu do zarzutu z pkt 1 w ramach tego zarzutu nie miał zastosowania odwrócony ciężar dowodu. W przypadku przedmiotowego zarzutu zastosowanie znalazła klasyczna zasada rozkładu ciężaru dowodu wskazana w art. 534 ust. 1 Pzp w ślad za art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. Tym samym ciężar dowodu odnośnie tego zarzutu spoczywał na odwołującym jako na stronie wywodzącej skutki prawne ze stwierdzonych faktów. W ocenie składu orzekającego odwołujący temu ciężarowi nie sprostał. Jego argumentacja sprowadzała się do gołosłownych twierdzeń i nieistotnych dowodów. Pierwszy dowód złożony przez przystępującego tj. opracowane zastawiania własne w formie tabelki miał charakter czysto spekulatywny. Nie było żadną tajemnicą, że cena oferty przystępującego

w zakresie zamówienia podstawowego była znacznie niższa od cen konkurentów podanych za ten zakres. To przełożyło się siłą rzeczy na uzyskaną punktację. Jednakże sama różnica nie uzasadniała jeszcze twierdzenia, że przystępujący złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Poza tym aby potwierdzić zasadność tego zarzutu odwołujący powinien wykazać, że działanie przystępującego polegające na zaniżaniu cen było działaniem celowym, ciągłym, a nie jednorazowym. Odwołujący nie wykazał, że przystępujący w innych postępowaniach stosuje podobne praktyki w związku z tym można było co najwyżej uznać, że działanie przystępującego miało charakter jednorazowy, co

w zupełności przekreślało zasadność przedmiotowego zarzutu. Drugi dowód odwołującego tj. uchwała Sejmiku Województwa Podkarpackiego z dnia 21 grudnia 2023 r. w sprawie Wieloletniej Prognozy Województwa Podkarpackiego na lata 2024-2025, okazał się zupełnie chybiony ponieważ obejmował dokument, który został przyjęty już po upływie terminu składania ofert, co miało miejsce 9 listopada 2023 r. Odwołujący nie wykazał, że przystępujący na moment sporządzania oferty mógł wiedzieć w jakiej wysokości zostanie zapewnione finansowanie inwestycji, przez co mógł odpowiednio manipulować cenami za zadanie podstawowe i poszczególne opcje. Dowód potwierdził co najwyżej, że informacja co do potencjalnej wysokości środków na sfinansowanie inwestycji pojawiła się znacznie po upływie terminu składania ofert, co nie mogło przekonać składu orzekającego o słuszności przedmiotowego zarzutu.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Potwierdzenia nie znalazł także zarzut z pkt 3 *petitum* odwołania. Izba oddaliła go ze względu na przyjętą przez odwołującego strategię procesową, która skutkowała tym, że

w okolicznościach przedmiotowej sprawy niezależnie od sytuacji procesowej był on bezzasadny. Tytułem wyjaśnienia warto było wskazać, że zarzut dotyczący niewłaściwego zastrzeżenia dokumentów jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa musi dotyczyć sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu. W związku z tym wykonawca domagający się, przez wniesienie odwołania, odtajnienia zastrzeżonych informacji, może to czynić wyłącznie w kontekście dotyczącym konkretnego postępowania. Innymi słowy wykonawca może uzyskać dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa po ich odtajnieniu, w celu podjęcia kolejnych działań w postępowaniu. Powyższe oznacza, że wykonawca wnosi odwołanie zmierzające do odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przede wszystkim po to żeby rozważyć podjęcie kolejnych działań

w konkretnym postępowaniu, a nie po to tylko aby uzyskać dostęp do tych informacji. Tym samym jeśli wykonawca zdecyduje się wnieść odwołanie zmierzające do odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub ich części, zastrzeżonych przez innego wykonawcę, to powinien to zrobić w celu rozważenia podniesienia zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kolejnym odwołaniu, jeśli odwołanie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa zostanie uwzględnione. W praktyce odwołujący wnosząc odwołanie od zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny często podnoszą również jako zarzut ewentualny, zarzut zmierzający do odrzucenia oferty konkurenta jako zawierającej rażąco niską cenę. W takiej sytuacji zarzut rażąco niskiej ceny jest rozpatrywany w przypadku oddalenia zarzutu głównego, który dotyczy zaniechania odtajnienia.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący podniósł zarówno zarzut rażąco niskiej ceny wobec oferty przystępującego, jak i zarzut zaniechania odtajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Oba te zarzuty miały

charakter podstawowy tj. żaden z nich nie był ewentualny. Tak przyjęta taktyka procesowa przez odwołującego skutkowałą uznaniem przez skład orzekający, że utrzymanie przez zamawiającego zasadności zastrzeżenia załączników do wyjaśnień złożonych przez przystępującego nie stanowiło dla odwołującego przeszkody do sformułowania i uzasadnienia zarzutu zmierzającego do odrzucenia oferty przystępującego jako rażąco niskiej. Tym samym odwołujący uczynił ten zarzut bezzasadnym i to niezależnie od ewentualnego rozstrzygnięcia związanego z zarzutem rażąco niskiej ceny. W tym kontekście należało wskazać, że w związku

z podniesieniem zarzutu rażąco niskiej ceny jako zarzutu podstawowego Izba nie miała możliwości pozostawienia go bez rozpoznania. Rozpoznanie zarzutu rażąco niskiej ceny powodowało nieodwracalne skutki procesowe dla zarzutu z pkt 3. Uwzględnienie zarzutu rażąco niskiej ceny – jak miało to miejsce w tej sprawie – spowodowało bezzasadność przedmiotowego zarzutu, ponieważ otworzyło drogę do dokonania czynności dalej idącej w stosunku do oferty przystępującego, czyli jej odrzucenia. Podobne skutki dla zarzutu z pkt 3 wywołałoby oddalenie zarzutu rażąco niskiej ceny, ponieważ rozstrzygnięcie w tej materii korzystałoby z powagi rzeczy osądzonej i odwołujący nawet po uwzględnieniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa nie miałby możliwości po raz kolejny stawiać zarzutu rażąco niskiej ceny wobec oferty przystępującego.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku z art. 74 ust. 1 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jeśli chodziło o zarzut z pkt 4 to należało wskazać, że w przypadku tego zarzutu, odwołujący w treści uzasadnienia odwołania wyraźnie stwierdził, że był to zarzut ewentualny. Co więcej odwołujący wprost wskazał, że przedmiotowy zarzut został przedstawiony

w sytuacji gdyby Izba nie podzieliła stanowiska co do odrzucenia oferty przystępującego. Tym samym w związku z uwzględnieniem z zarzutu z pkt 1, co skutkowało nakazem odrzucenia oferty przystępującego, przedmiotowy zarzut w konsekwencji stanowiska procesowego odwołującego, stał się bezprzedmiotowy i Izba pozostawiła go bez rozpoznania. Potwierdzenia nie znalazł zarzut wskazany w pkt 5 *petitum* odwołania. Na wstępie skład orzekający wyjaśnił, że przedmiotowy zarzut został sformułowany w oparciu

o informacje zamieszczone w JEDZ przez przystępującego odnośnie realizacji zadania pn. *Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku Ustronie Morskie (bez węzła) – początek obwodnicy Koszalina i Sianową* w związku z realizacją którego przystępującemu została naliczona kara umowna. Ponadto odwołujący wywodził, że okoliczność nałożenia – w jego ocenie – tak wysokiego odszkodowania przesądziła, że w postępowaniu zaszła sytuacja wypełniająca przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W opinii odwołującego, przystępujący nienależycie wykonał zobowiązanie, co spowodowało naliczenie kar w bardzo wysokiej kwocie, a okoliczności naliczenia kary wskazują na winę, polegającą na nieprawidłowym prowadzeniu prac lub zaniechaniu ujęcia typowych ryzyk prowadzenia robót budowlanych. Z tego w opinii odwołującego wynikało, że wykonawca nie daje rękojmi należytego wykonania zobowiązania. Dodatkowo odwołujący wskazał, że na 13 przypadków nienależytego wykonania umów przez przystępującego wynikających z JEDZ, aż 8 dotyczyło kar umownych naliczonych za zwłokę w wykonaniu zobowiązań umownych – 4 przypadki zaś dotyczyły kar umownych nakładanych na wykonawcę ze względu na niewłaściwe wykonywanie obowiązków związanych z przedkładaniem zamawiającemu umów podwykonawczych. Wielokrotne pojawienie się tego samego rodzaju uchybień wskazywało – zdaniem odwołującego – na problem w zarządzaniu umowami i brak działań podejmowanych przez wykonawcę w celu rozwiązania tego problemu.

Izba rozpoznając przedmiotowy zarzut stwierdziła, że odwołujący w żadnym fragmencie odwołania nie podjął się próby wykazania lub udowodnienia, aby przystępujący w sposób zawiniony czy nienależycie wykonał istotną część zobowiązania wynikającą ze wskazanych

w JEDZ umowach. Całość stanowiska odwołującego sprowadzała się właściwie do przedstawienia subiektywnego przekonania o konieczności wykluczenia przystępującego

z przedmiotowego postępowania. Oceny tego stanowiska nie mógł z pewnością zmienić dowód złożony w ramach tego zarzutu przez odwołującego, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia. Tym samym odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że w stosunku do przystępującego ziszczyły się kumulatywnie przesłanki wykluczenia z postępowania, czy to na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, czy też w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a przede wszystkim – odwołujący nie wykazał, aby wskazane w JEDZ kary umowne miały charakter odszkodowawczy.

W art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przewidziane zostały następujące przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj.:

- a) wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie,
- b) w znacznym stopniu lub zakresie:
 - nie wykonał lub (alternatywa łączna),
 - nienależycie wykonał albo (alternatywa rozłączna),
 - długotrwale nienależycie wykonywał,

c) istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, d) co doprowadziło do:

- wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy,
- odszkodowania,
- wykonania zastępczego lub
- realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Jak słusznie zauważył zamawiający dopiero kumulatywne (jednoczesne) spełnienie ww. przesłanek wskazanych w lit. a)-d) uprawnia do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odnosnie drugiego z przepisów wskazanych w podstawie prawnej zarzutu, Izba wskazała, że regulacja ustawowa z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. c) Dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Ponadto w przepis odnosi się do zagadnienia naruszenia obowiązków zawodowych. Jednakże nie każde naruszenie obowiązków zawodowych prowadzi do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W orzecznictwie przyjmuje się, że naruszenie obowiązków zawodowych w rozumieniu tego przepisu musi być zawinione i poważne. Naruszenie obowiązków zawodowych jest zawinione i poważne, jeżeli zachowanie danego wykonawcy wykazuje zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do postawy danego wykonawcy, jak i obiektywnych skutków naruszenia oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy (tak wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC Direct Contact Sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A., pkt 30, 31).

Ponadto przepisy przewidujące wykluczenie wykonawcy muszą być wykładane w sposób ścisły i nie jest na tym polu dopuszczalna wykładnia rozszerzająca, a wykazanie podstaw wykluczenia z postępowania musi być jednoznaczne i precyzyjne oraz nie może pozostawać w sferze domysłów, domniemań oraz uznaniowości. Zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp wymaga zatem bezwzględnie wykazania, że wykonawca swoim działaniem lub zaniechaniem (okolicznościami leżącymi po jego stronie) doprowadził do zastosowania jednej z sankcji wskazanych powyżej.

Co istotne z perspektywy oceny czy poszczególne kary umowne nakładane na wykonawców mogą stanowić fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy dana konkretna kara umowna pełniła funkcję odszkodowawczą (kompensacyjną) czy też nie. Samo naliczenie kary umownej nie przesądza o jej represyjnym lub kompensacyjnym charakterze. Nie należy z tej okoliczności wyciągać wniosków co do jej funkcji w ogólności. W konsekwencji, w przypadku niewykazania, że dana kara umowna pełniła funkcję kompensacyjną (odszkodowawczą), należy uznać, że jej naliczenie w ogóle nie powinno być oceniane przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp.

Odwolującemu nie udało się wykazać, ani udowodnić, że wobec przystępującego spełniły się przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp. Odwołujący w swojej argumentacji pozostawał w zasadzie gołostowny i operował ogólnikowymi i niepotwierdzonymi informacjami. Jedyne dowody złożone przez odwołującego obejmowały trzy biuletyny Państwowej Służby Hydrologiczno-Meteorologicznej za lata 2017, 2018 i 2019 i miał on potwierdzać, że w okresie realizacji inwestycji wymienionej

w uzasadnieniu odwołania nie miały miejsca niekorzystne warunki atmosferyczne. Izba uznała, że przedstawione przez odwołującego dowody zostały złożone w oderwaniu od okoliczności związanych z realizacją umowy dotyczącej tamtego zamówienia. Odwołujący nie odniósł się ani do postanowień tamtej umowy, ani nawet nie wykazał jakie warunki atmosferyczne miały miejsce podczas jej realizacji. Biuletyny pogodowe opisywały ogólne informacje w zakresie warunków atmosferycznych w Polsce i nie można było na ich podstawie uznać, że warunki atmosferyczne w miejscu i czasie realizacji inwestycji były takie same jak uśrednione oceny roczne obejmujące cały kraj. Przedmiotowy dowód w żaden sposób nie potwierdził zasadności argumentacji odwołującego.

Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu ze względu na nienależyte wykonywanie zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania.

Izba oddaliła także zarzut wskazany w pkt 6 *petitum* odwołania. Zarzut ten nie odnosił się wyłącznie do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, ale również do zaniechania dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

w sytuacji gdy oferta odwołującego spełnia wszystkie wymagania SWZ i jest ofertą najkorzystniejszą w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Z tych względów Izba nie mogła uwzględnić przedmiotowego zarzutu, pomimo uwzględnienia zarzutu z pkt 1, ponieważ rozstrzygnięcie postępowania leży w gestii zamawiającego, a ewentualny wybór najkorzystniejszej oferty powinien nastąpić po zakończeniu czynności badania i oceny ofert przeprowadzonej przez zamawiającego, w czym Izba nie może zamawiającego zastępować.

W konsekwencji uwzględnienia zarzutu z pkt 1 Izba uwzględniła również zarzut podniesiony w pkt 7 *petitum* odwołania,

który należało uznać za zarzut wynikowy w stosunku do pozostałych zarzutów. Skoro jeden z zarzutów znalazł potwierdzenie, należało uznać, że wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu nastąpił w sposób uchybiający zasadom systemu zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w części odnoszącej się do zarzutów podniesionych w pkt 1 i 7 *petitum* odwołania i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Zgodnie z art. 575 Pzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*. Izba rozpoznała 6 zarzutów (zarzut ewentualny nie został rozpoznany), dwa zarzuty okazały się zasadne, natomiast w pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone. W konsekwencji Izba podzieliła koszty w części 2/3 na rzecz odwołującego i części 1/3 na rzecz zamawiającego.

Na koszty postępowania odwoławczego składały się: wpis uiszczony przez odwołującego (20 000 zł) oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600,00 zł). Łącznie suma kosztów wynosiła 23 600,00 zł. Zamawiający nie wykazał poniesienia kosztów, a odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego do wysokości 7 866,67 zł (23 600,00 zł x 1/3). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 23 600,00 zł (koszt wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 15 733,33 zł (23 600,00 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 867,00 zł (23 600,00 zł – 15 733,33 zł, po zaokrągleniu zgodnie z § 7 ust. 6 poniżej wskazanego rozporządzenia), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b)

w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

.....

.....