

WYROK

Warszawa dnia 10 marca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Członkinie: Monika Banaszkiewicz

Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniach: 14 lutego i 6 marca 2025r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2025r. przez **odwołującego**: Primost Południe Sp. z o.o. z s. w Będzinie w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z s. w Warszawie z udziałem **przystępujących**: Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o. z s. w Skoczowie, Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o. z s. w Krakowie; Mosty Łódź S.A. z s. w Łodzi; ZUE S.A. z s. w Krakowie, **po stronie odwołującego** oraz Konsorcjum Ters Sp. z o.o. z s. w Lipnicy Murowanej – Lider i Instbud sp. z o.o. z s. w Gdowie – Partner, **po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

Jmarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania: odtajnienia wyjaśnień oraz wykluczenia przystępującego po stronie zamawiającego (zarzut nr 1 i nr 4), w pozostałym zakresie oddala odwołanie (zarzuty 2,3,5 oraz wynikowy).

kosztami postępowania obciąża **odwołującego**: Primost Południe Sp. z o.o. z s. w Będzinie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania

2.2.zasądza od **odwołującego**: Primost Południe Sp. z o.o. z s. w Będziniekwotę 3.600,00 zł. (sł.: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **zamawiającego**: Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z s. w Warszawie, tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika zamawiającego

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: .....

.....

.....

**uzasadnienie**

Działając w imieniu Primost Południe Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Będzin („Odwołujący”, „Primost”) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu pod nazwą „Budowa węzła drogowego w Wieliczce w ciągu drogi krajowej 94” (nr postępowania O.KR.D-3.2411.8.2024, „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego Postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie („Zamawiający”), niniejszym w oparciu o udzielone pełnomocnictwo

(odpis pełnomocnictwa wraz z informacją z Krajowego Rejestru Sądowego oraz dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), na podstawie art. 513 pkt 1) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych („Pzp”), wnoszę odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

(1)nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechania odtajnienia oraz udostępnienia pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Lider Konsorcjum: TERS Sp. z o.o. (dawniej RS-BUD R.P.) z siedzibą w Lipnicy Murowanej oraz Partne Konsorcjum: INSTBUD Sp. z o.o. (dawniej F.H.U. INSTBUD S.B. Spółka Jawna) z siedzibą w Gdowie (łącznie jał „Konsorcjum TERS”) z dnia 27 listopada 2024 roku oraz z dnia 12 grudnia 2024 roku, w sytuacji w której Konsorcjum TERS nie wykazało niezbędnych przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, w tym w szczególności aby zastrzeżone informacje posiadały wartość gospodarczą oraz zawierały informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym dotyczącym wykonawcy;

ewentualnie - z ostrożności procesowej :

(2)zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum TERS w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę, a przynajmniej Wykonawca nie obalił domniemania w tym zakresie;

(3)nieprawidłowej oceny oferty (w tym wyjaśnień jej dotyczących) złożonej przez Konsorcjum TERS, prowadzącej do uznania, że oferta rzeczonoego wykonawcy jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego (warunkami zamówienia) określonymi w dokumentacji Postępowania i w konsekwencji, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum TERS;

(4)negocjacji prowadzonych pomiędzy Zamawiającego a Konsorcjum TERS w zakresie dotyczącym treści oferty złożonej przez rzeczonoego wykonawcę;

a w każdym przypadku:

(5)zaniechania wykluczenia Konsorcjum TERS, a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez ten podmiot oferty z uwagi na okoliczności w szczegółach opisane w treści uzasadnienia;

(6)uznanie, że Konsorcjum TERS spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności wykazało, iż Trakcja S. A. będzie realnie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia;

(7)uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Konsorcjum TERS i dokonania wyboru tej oferty w Postępowaniu;

I.Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

(1)art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z Uznk poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum TERS wraz pismem z dnia 27 listopada 2024 roku oraz pismem z dnia 12 grudnia 2024 roku - zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania, iż informacje te posiadają wartość gospodarczą oraz zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym dotyczącym wykonawcy;

ewentualnie - z ostrożności procesowej (jak już powyżej wskazano):

(2)art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TERS z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że:

(a)Konsorcjum TERS w złożonych wyjaśnieniach nie wykazało, że cena, jaką zaoferowało za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny);

(b)cena ofertowa Konsorcjum TERS nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego;

(3)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego z Konsorcjum TERS niedozwolonych negocjacji treści oferty co do zakresu wycenionych i zaoferowanych przez Wykonawcę prac, a w konsekwencji niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum TERS, w sytuacji gdy oferta ta jest w sposób jednoznaczny niezgodna z warunkami zamówienia, co potwierdziły wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum TERS w dniu 27 listopada 2024 roku, w których wykonawca ten potwierdził, że w ramach robót tymczasowych zamierza wykonać jedynie montaż barier tymczasowych, gdy tymczasem w zakresie przedmiotowych robót (ujętych w poz. 45 kosztorysu MD.2 Tom 3.2) wchodzi zdecydowanie większy zakres prac i robót niż wykonanie barier tymczasowych, na co - mimo obowiązku - Wykonawca nie wskazał w złożonych wyjaśnieniach;

a w każdym przypadku:

(4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TERS z Postępowania i - w konsekwencji - odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której Wykonawca INSTBUD Sp. z o.o. nienależycie wykonywał wcześniejsze zamówienia publiczne, co podważa jego uczciwość, a zatem spełnione zostały wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, dlatego oferta powinna zostać odrzucona;

(5)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 118 ust. 2 Pzp

poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy (Konsorcjum TERS), który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego (Trakcja S.A.), gdyż - w okolicznościach przedmiotowej sprawy - nie sposób przyjąć, iż podmiot ten faktycznie wykonana stosowny zakres prac, co oznacza że

udział podmiotu trzeciego ma charakter pozorny, fikcyjny;

a w konsekwencji:

(1)art. 16 Pzp i 239 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości oraz wybór oferty Konsorcjum TERS.

I. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(2)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

(3)odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień założeń przez Konsorcjum TERS pismem z dnia 27 listopada 2024 roku oraz pismem z dnia 12 grudnia 2024 roku;

ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że nie istnieją podstawy do odtajnienia tych dokumentów):

(4)uznanie, że oferta Konsorcjum TERS zawiera rażąco niską cenę;

(5)uznanie, że oferta Konsorcjum TERS jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym wykonania robót tymczasowych zgodnie z dokumentacją zamówienia;

(6)wykluczenia Konsorcjum TERS z Postępowania (w każdym przypadku);

(7)odrzućenie oferty Konsorcjum TERS;

III. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

IV. Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Odwołujący uczestniczy w Postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Złożył ofertę, która uplasowała się na drugim miejscu w rankingu. Gdyby zatem Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Wykonawcy oraz wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum TERS, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą (oferta Konsorcjum TERS zostałaby odrzucona). Brak takiego postępowania wprost powoduje po stronie Odwołującego szkodę - uniemożliwia podpisanie umowy o zamówienie publiczne. Podobnie rzecz ma się z tajemnicą przedsiębiorstwa - brak prawidłowej oceny stosownych dokumentów Konsorcjum TERS uniemożliwia (utrudnia) Odwołującemu złożenie odwołania. Ewentualne odtajnienie dokumentów, o które wnioskuje Odwołujący, pozwoli dokonać szczegółowej ich kontroli i wskazać na potencjalne nieprawidłowości.

Odwołujący legitymuje się więc interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Informacja o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum TERS jako najkorzystniejszej w Postępowaniu została przekazana Odwołującemu w dniu 7 stycznia 2025 roku, tego samego dnia została opublikowana również na stronie internetowej Postępowania.

Powyższe oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 17 stycznia 2024 roku (piątek).

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej [Dz.U. S: 135/2024] w dniu 12 lipca 2024 roku pod numerem: 418531-2024.

UZASADNIENIE

I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa węzła drogowego w Wieliczce w ciągu drogi krajowej 94”. Zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) zamówienie obejmuje w szczególności:

- 1) przebudowę drogi krajowej DK 94 od km 1+700 do km 2+240 w Wieliczce wraz z budową obiektów inżynierskich i towarzyszącej infrastruktury;
- 2) opracowanie dokumentacji powykonawczej;
- 3) uzyskanie w imieniu Zamawiającego, decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla inwestycji.

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia („OPZ”) został zawarty w załącznikach do SWZ, w tym w projekcie budowlanym oraz przedmiarach (wraz z późniejszymi zmianami).

3. Termin składania ofert w Postępowaniu został wyznaczony na dzień 27 września 2024 roku. Do momentu upływu terminu składania ofert w Postępowaniu złożono łącznie aż 13 ofert. Lista rankingowa ofert złożonych w Postępowaniu (wg kryterium ceny) ukształtowała się w następujący sposób:

I.p. Nazwa (firma) i adres wykonawcy                      Cena oferty Brutto (w PLN)

1. Konsorcjum Firm:

Lider - TERS Sp. z o.o. (dawniej RS-BUD R.P.) Partner - INSTBUD Sp. z o.o. (dawniej F.H.U. INSTBUD S.B. Sp. z o.o.)  
- 53 086 800,00

2. PRIMOST Południe Sp. z o.o.                      - 58 976 483,40

3. Konsorcjum Firm: Lider - ZUE S.A. Partner - Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „ENERGOPOL” Sp. z o.o.  
- 61 952 239,82

4. Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o. - 68 751 019,03

5. Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o.                      - 70 963 374,00

6. Mota-Engil Central Europe S.A.                      - 72 908 549,54

7. BUDIMEX S.A.                      - 73 322 891,66

8. Mosty Łódź Spółka Akcyjna                      - 73 470 970,60

9. Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o.                      - 75 138 636,52

10. Nowak-Mosty Sp. z o.o.                      - 75 290 988,55

11. Konsorcjum Firm: Lider - Warbud S.A. Partner - Eurovia Polska S.A.  
- 75 914 557,21

12. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.                      - 78 409 132,21

13. PORR Spółka Akcyjna                      - 80 406 743,39

Tabela nr 1: ranking ofert, opracowanie własne na podstawie danych udostępnionych przez Zamawiającego.

4. Zgodnie z informacją opublikowaną przez Zamawiającego przed otwarciem ofert zamierza On przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 85 960 862,82 złotych.

5. Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2024 roku („Wezwanie 1”) wezwał Konsorcjum TERS, na podstawie art. 224 ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz do wyjaśnienia treści oferty. Konsorcjum TERS nie kwestionowało treści Wezwania 1.

6. Konsorcjum TERS pismem z dnia 27 listopada 2024 roku odniosło się do pytań oraz uwag Zamawiającego („Wyjaśnienia 1”). Na skutek udzielonych Wyjaśnień Zamawiający powziął jednak dalsze wątpliwości co do treści oferty rzeczonoego wykonawcy oraz przyjętego przez Niego sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

7. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły w szczególności rzetelności sporządzania wyceny, w tym uwzględnienia udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy realizacji zamówienia. Konsorcjum TERS, mimo że celem wykazania warunków udziału w Postępowaniu, powołało się na doświadczenie podmiotu trzeciego - Trakcji S.A. - w żadnym

miejscu swoich Wyjaśnień i jakkolwiek (np. poprzez ofertę) nie odniosło się do tego wykonawcy. Co przy tym ważne, udział tego podmiotu w realizacji zamówienia miał dotyczyć wykonania robót z zakresu branży mostowej i drogowej (czyli istoty tego zamówienia).

8. Ponadto Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności samej oferty z warunkami zamówienia (braku uwzględnienia przez Konsorcjum TERS części prac oczekiwanych przez Zamawiającego). Z tego względu pismem z dnia 6 grudnia 2024 roku zwrócił się ponownie do Konsorcjum TERS z wnioskiem o wyjaśnienie ww. wątpliwości („Wezwanie 2”).

9. Konsorcjum TERS nie kwestionowało treści wezwania i ustosunkowało się do ww. wątpliwości Zamawiającego pismem z dnia 12 grudnia 2024 roku („Wyjaśnienia 2”).

10. W złożonych Wyjaśnieniach 2 Wykonawca wskazał, iż pominięcie zakresu prac, o które dopytuje Zamawiający, stanowiło jego „omyłkę”.

Zwracamy uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 27 listopada 2024 r Wykonawca omyłkowo wskazał, że w pozycji tej ujęto jedynie montaż barier tymczasowych. Do omyłki tej doszło w toku pracy nad dokumentem przez kilka osób jednocześnie. Oczywiście jest, że na roboty tymczasowe zabezpieczające etapowe prowadzenie rozbiórki obiektu mostowego nie składa się wyłącznie montaż barier tymczasowych.

11. Jeśli natomiast chodzi o udział podmiotu udostępniającego zasoby, o którym w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Konsorcjum TERS w ogóle nie wspomniało, mimo iż wykonawca ten ma - według oświadczenia Wykonawcy - wykonać roboty z branży mostowej i drogowej (a zatem stanowiące istotne przedmiotowego zamówienia), Konsorcjum TERS wyjaśnił, iż sytuacja ta jest rzekomo wynikiem treści sformułowanego przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień.

#### IV. Ad pkt III wezwania, część 1.

1. Potwierdzamy, że roboty drogowe i mostowe zostaną zlecone do realizacji podmiotowi udostępniającemu Wykonawcy zasoby - Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie. Z uwagi na to, że w wezwaniu z dnia 8 listopada 2024 r. Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że przedstawienie oferty podwykonawczej nie zwalnia Wykonawcy z przedstawienia meterycznej, szczegółowej kalkulacji, Wykonawca nie opierał swoich wyjaśnień na ofercie Trakcja S.A., a przedstawił wyczerpującą kalkulację potwierdzającą realność i prawidłowość zaoferowanych cen. W wezwaniu z dnia 8 listopada 2024 r. Zamawiający nie wskazał, że oczekuje potwierdzenia

zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby w realizację zamówienia, a jedynie wyjaśnienia ceny oferty, co Wykonawca uczynił.

Jak zostanie to wykazane w dalszej części niniejszego pisma jest to oczywista nieprawda.

Wykonawca zastrzegł część złożonych Wyjaśnień 1 i 2 jako tajemnice przedsiębiorstwa. Co przy tym ważne, w wielu miejscach utajnione zostały informacje (np. nazwy projektów), które w żadnej mierze nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie to, szczególnie dokonane w newralgicznych miejscach jak np. Wyjaśnienia 2, gdzie Konsorcjum TERS tłumaczy swoje błędy, ma jedynie na celu uniemożliwienie Odwołującemu kontroli zgodności oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia.

Jak zostanie to wykazane w dalszej części pisma, Konsorcjum TERS nie wykazało, iż zaoferowana przez tego Wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Co więcej oferta tego Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Konsorcjum TERS pominęło bowiem szereg prac tymczasowych, które powinny zostać uwzględnione w ofercie tego Wykonawcy, a nie zostały, o czym świadczą pierwotnie złożone przez tego Wykonawcę Wyjaśnienia 1. Samo późniejsze potwierdzenie w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, czy także te prace zostaną zrealizowane przez Wykonawcę, postrzegać natomiast należy jako prowadzenie niedopuszczalnych z punktu widzenia przepisów prawa negocjacji.

Wspomniane powyżej kwestię zostaną w szczególności opisane w dalszej części niniejszego odwołania.

#### UZASADNIENIE ZARZUTÓW

Wadliwe zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum TERS.

Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum TERS, stoi na stanowisku, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez tego wykonawcę zostało dokonane z naruszeniem przepisów prawa i jako takie nie może się ostać w ramach przedmiotowego Postępowania. Należy zwrócić uwagę, że zastrzeżenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia danych informacji jako niejawnych (np. w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa)

stanowi wyjątek od reguły i jako taki musi być interpretowany w sposób ścisły.

Jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania Konsorcjum TERS nie wykazało, aby względem zastrzeżonych przez nie informacji spełniły się wszystkie warunki umożliwiające utajnienie informacji zgodnie z prawem.

II.1.1.1. Warunki zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

zastrzeżenie jako wyjątek od reguły jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

18. Na samym wstępie Odwołujący podkreśla, że nie kwestionuje ogólnych wywodów Konsorcjum TERS na temat tajemnicy przedsiębiorstwa ujętych w treści Wyjaśnień. W tym miejscu należy podkreślić, że skorzystanie z zastrzeżenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyłącznie wyjątkiem od reguły (zasady) jawności - tym samym podmioty startujące w takich postępowaniach powinny mieć na uwadze przypisane im ustawowe obowiązki związane ze skutecznym zastrzeżeniem danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Obowiązki te wynikają przede wszystkim z przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”).

19. Zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana, konkretna informacja mogła zostać uznana za „tajemnicę przedsiębiorstwa” spełnione muszą zostać łącznie następujące przesłanki:

1) zastrzegana przez przedsiębiorcę informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest to inna informacja posiadająca wartość gospodarczą;

2) informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

20. Obowiązkiem każdego wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu informacji jest wyposażenie gospodarza postępowania w taki katalog argumentów, który pozwoli mu obiektywnie uznać, że dane informacje zasługują na ochronę. Przy czym nie należy zapominać, że argumentacja ta zawsze musi być pochodną tego jakie dokumenty wykonawca chce zastrzec.

21. Odmienne należy natomiast ocenić dwie pozostałe przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk. Nie dotyczą one bowiem sfery formalnej, którą zrównać należy z podjęciem określonych czynności (jak okoliczność omówiona powyżej). W ich przypadku mamy bowiem do czynienia z okolicznościami negatywnymi, których wykazanie nie jest możliwe (nie da się bowiem udowodnić, że np. dana informacja nie trafiła do obiegu), względnie takimi okolicznościami, w przypadku których posłużenie się materiałem dowodowym nastrocza szeregu obiektywnych trudności.

22. Podsumowując ten wątek, uznać należy, że podstawowym obowiązkiem wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu informacji jest:

1) złożenie oświadczenia o zastrzeżeniu ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

2) wykazanie, że informacje te stanowią dla wykonawcy wartość gospodarczą;

3) o ile to możliwe, poparcie tych twierdzeń stosownymi dowodami.

Konsorcjum TERS nie sprostало obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone przez nie w ramach Wyjaśnień informacje stanowiły de facto tajemnicę przedsiębiorstwa w zaprezentowanym powyżej rozumieniu. Z tego względu należy uznać, że powinny zostać one odtajnione przez Zamawiającego w całości, z przyczyn opisanych poniżej.

Konsorcjum TERS nie wykazało, że zastrzeżone przez nie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Primost Konsorcjum TERS w sposób niezasadny zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa oferty złożone przez podwykonawców. Zastrzeżenie tych ofert odbyło się w pełnym zakresie (nie tylko nazw i cen, lecz również jednostek (m3, szt., kpl itd.) przyjętych przez te podmioty do sporządzenia wyceny. Nie sposób więc w tym wypadku mówić o minimalizmie lecz o zastrzeganiu całego „pakietu danych” (całych dokumentów).

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 28 lipca 2017 roku (sygn. KIO 1460/17), w którym możemy przeczytać, że „jeżeli rzeczywiście dobór podwykonawców w tej konkretnej sprawie z uwagi na jakąś szczególną specyfikę może mieć pewną wartość gospodarczą, to należało tę specyfikę szczegółowo opisać, a swe stanowisko umotywić i poprzeć dowodami (np. że pozyskanie, danego określonego podwykonawcy akurat do tej sprawy wiązało

się z pozyskaniem wyjątkowej oferty albo że jest to podwykonawca nowy i pozyskanie go wiązało się z opisanymi kosztami albo współpraca z tym podwykonawcą wiąże się z zaoferowaniem jakiegoś nowego, nieznanego rozwiązania itp.). Ma zatem rację odwołujący utrzymując, że przystępujący nie wykazał o jakie materialne, namacalne skutki ujawnienia zastrzeganych informacji chodzi. Nie przedstawiono w tym zakresie nie tylko żadnych kalkulacji, ale nawet argumentacji. Przystępujący nie udowodnił, że jego podwykonawcy posiadają jakieś szczególne zasoby, umiejętności, czy oferty do których dostęp jest utrudniony i które powodują, że tylko przystępujący może z tymi podwykonawcami współpracować. Nie udowodniono istnienia agresywnej sytuacji pozyskiwania podwykonawców na rynku, przykładowo, że podmioty te nie chcą nawiązywać współpracy z określonymi firmami bądź nie są jeszcze znane itp. Przystępujący nie wykazał też swej tezy, jakoby odtajnienie nazw podwykonawców w tej sprawie umożliwiło konkurentom nawiązanie współpracy z podwykonawcami".

Podobnie w niniejszej sprawie - Konsorcjum TERS nie wykazało, że ujawnienie firm podwykonawców miałoby jakikolwiek wpływ na wiążące go z nimi relacje. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma w tym zakresie charakter standardowy, który można przypisać do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę, że Zamawiający (Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad oraz podległe mu oddziały) na stronach internetowych związanych z realizacją konkretnej inwestycji publikuje firmy podwykonawców oraz powierzony im zakres świadczenia - zob. strona internetowa poniżej:

<https://www.s6-obwodnicakoszalina.pl/podwykonawcy/>

28.Odwołujący na potwierdzenie tej okoliczności przedstawia poniżej wyciąg ze strony internetowej wzmiankowanej powyżej:

| Lp. | pełna nazwa podmiotu | zakres umowy (skrótowo) | uwagi |
|-----|----------------------|-------------------------|-------|
|-----|----------------------|-------------------------|-------|

|    |                 |                                                           |  |
|----|-----------------|-----------------------------------------------------------|--|
| i. | DUORS Sp. z o.o | dostawa, montaż i uruchomienie Systemu Zarządzania Ruchem |  |
|----|-----------------|-----------------------------------------------------------|--|

|    |                                                             |                                                                 |   |
|----|-------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|---|
| 2. | PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT ENERGETYCZNYCH 'ARINSTAL' Sp. z o.o. | wykonanie robót z zakresu prac elektrycznych i teletechnicznych | - |
|----|-------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|---|

|    |                                                     |                                                                                                |  |
|----|-----------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| 3. | KNOECHEIMANN POLSKA STABILIZACJA GRUNTOWA Sp z o.o. | wykonanie podbudowy zasadniczej), podbudowy pomocniczej, warstw mrozochronnych. nasyp z wykopu |  |
|----|-----------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|--|

|    |                       |                                                                                                                |   |
|----|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| 4. | PKP TELKOL Sp. z o.o. | przebudowa kolizji kabla teletechnicznego z wiaduktem WS- 11 na drodze S6 na odcinku Słupsk - Bożepole Wielkie | • |
|----|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|

|    |                                 |                                                                                                                                                                                            |  |
|----|---------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| 5. | PRZEDSIĘBIORSTWO „MAXBRUK” J.M. | wykonanie przepustów stalowych typu HELCOR-PA wykonanie wykopów fundamentowych, beton fundamentów, izolacja, umocnień skarp i powierzchni poziomych brukiem, schody skarpowe dla PZ1- PZ10 |  |
|----|---------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|

Wyciąg ze strony <https://www.s6-obwodnicakoszalina.pl/podwykonawcy/>

29.Nie jest zatem wykluczone, iż nazwy podwykonawców, z których zamierza Konsorcjum TERS skorzystać znajdują się na ww. stronie internetowej. Jeśli natomiast nie, to najpewniej wkrótce się tam znajdą. W takiej sytuacji, szczególnie przy zastrzeganiu całości ofert, dokumenty te powinny zostać odtajnione.

30.Przechodząc do kwestii zasadności zastrzeżenia wycen, należy odwołać się do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu (sygn. akt I A Ca 947/06), w którym możemy przeczytać, że zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. Zatem, co do zasady, nie mogą być skutecznie zastrzegane tajemnicą przedsiębiorstwa informacje, które zostaną ujawnione po rozstrzygnięciu postępowania, np. znajdą się w treści zawartej umowy lub dokumentów towarzyszących wykonaniu zamówienia (np. imię i nazwisko kierownika budowy w dzienniku budowy).

31.Wynagrodzenie za wykonanie zamówienia objętego zadaniem oraz umowy zawarte z podwykonawcami zostaną każdorazowo ujawnione w trybie dostępu do informacji publicznej, co oznacza, że wyjątkowy i długotrwały charakter relacji łączących Konsorcjum TERS z podwykonawcami nie będzie chroniony i zapewne nawet „w tym momencie” nie jest chroniony (oboje konsorcjantów startuje bowiem w znacznej ilości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na przestrzeni ostatnich 3 lat w co najmniej 40 różnych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym realizowanych w obrębie lub bliskim sąsiedztwie Krakowa - dane o kontraktach realizowanych przez ww. wykonawców można uzyskać bezpłatnie na stronach Unii Europejskich w ramach „ogłoszeń o udzieleniu zamówienia”).

32.Oznacza to, że firmy podwykonawców i oferowane przez nich ceny są już dawno jawne i dostępne - ich ujawnienie

nie miało wpływu na współpracę z Konsorcjum TERS, czego przejawem było złożenie oferty w Postępowaniu.

33.Równie, a nawet bardziej krytycznie, należy podjąć co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez Konsorcjum TERS w ramach Wyjaśnień 2. Odwołujący zwraca uwagę, że w ramach rzeczonych wyjaśnień wykonawca ten ograniczył się do zapewnienia, że:

VI. W zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w niniejszych wyjaśnieniach aktualne pozostaje uzasadnienie zawarte w ust. XIV wyjaśnień z dnia 27 listopada 2024 r. oraz dołączone do tych wyjaśnień dowody potwierdzające podjęcia przez Wykonawcę działań mających na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności.

Wyciąg z treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum TERS w dniu 12 grudnia 2024 roku

34.W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Izby ochronie wynikającej z przepisów Uznk podlegają określone informacje, które spełniają warunki określone w art. 11 ust. 2 Uznk. Innymi słowy, rolą wykonawcy, który chce zastrzec daną >>informację<< jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wykazanie, że względem niej (tej konkretnej informacji) spełniły się wszystkie ww. przesłanki.

35.Aby nie pozostać gołosłownym w ww. zakresie należy przywołać chociażby wyrok Izby z dnia 24 stycznia 2024 roku (sygn. KIO 10/24), w którym stwierdzono, że: „ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.”.

36.W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że w ramach Wyjaśnień 2 Konsorcjum TERS winno wykazać, że zastrzeżone w ich ramach >>informacje<< posiadają m.in. określoną wartość gospodarczą (mówimy tu bowiem o informacjach nowych, które nie zostały zastrzeżone w ramach uprzednio złożonych wyjaśnień). W szczególności Konsorcjum TERS powinno wykazać, że informacje te posiadają odpowiednią wartość gospodarczą.

37.W świetle dokonanego przez Konsorcjum TERS zastrzeżenia należy uznać, że nie wykazało ono w żadnej mierze, aby informacje zastrzeżone w ramach Wyjaśnień 2 posiadały wartość gospodarczą, ergo: wykonawca ten nie był uprawniony do anonimizacji tych informacji z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

38.Obowiązkiem Zamawiającego w opisanej powyżej sytuacji było zaś odtajnienie Wyjaśnień 2 oraz ich udostępnienie pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

39.Ponadto w treści Wyjaśnień 2 Konsorcjum TERS zastrzegło nazwy zadań przy których realizacji mieli uczestniczyć wskazani przez Niego kierownicy. Należy jednak zwrócić uwagę, że wskazane inwestycje (realizowane w reżimie Pzp), w tym osoby wyznaczone przez danego wykonawcę do ich realizacji, są jawne. Obowiązek podania osób skierowanych do pełnienia funkcji kierowników (robót, branżowych itp.) wynikają również z innych przepisów prawa, które nakazują ich ujawnienie w dziennikach budowy - dostęp do tych danych można uzyskać w trybie dostępu do informacji publicznej, a więc Konsorcjum TERS nie jest w stanie wykazać, że dane te nie są publicznie dostępne. Jednocześnie należy dostrzec, że wykonawca ten w żaden sposób nie uzasadnił wartości gospodarczej ww. informacji, gdy tymczasem był to jego obowiązek (są to informacje nowe, które nie były objęte pierwotnym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa). Tym samym od strony formalnej nie wykazał spełnienia się (łącznie) wszystkich przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 Uznk.

40.Powyższe to jedynie przykłady informacji, które zostały zastrzeżone przez Konsorcjum TERS. W ocenie Odwołującego złożone przez tego Wykonawcę Wyjaśnienia 1 i 2 wraz z załącznikami powinny zostać odtajnione w całości.

41.Mając na uwadze powyższe należy uznać odtajnienie wyjaśnień za zasadne i konieczne dla prawidłowego przebiegu Postępowania.

II.2. Oferta złożona przez Konsorcjum TERS zawiera rażąco niską cenę.

42.W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zagadnienie rażąco niskiej ceny jest jednym z częściej poruszanych (z racji mnogości zarzutów odwoławczych w tym zakresie), a przy tym wyjątkowo ustabilizowanym w warstwie merytorycznej. Z orzecznictwa tego wynika szereg niekwestionowanych i niepodważalnych reguł, którymi cechować powinien się przebieg procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny.

43.Po pierwsze, na uwagę w tym miejscu zasługuje fakt, że już samo zwrócenie się do wykonawcy przez zamawiającego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rodzi to ten skutek, że to wykonawca „posądzony” o zaoferowanie ceny rażąco niskiej domniemanie to musi obalić. Wynika to wprost z treści Pzp (art. 224 ust. 5).

Potwierdza to także rozległe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 15 marca 2018 r. 393/18, „Izba podkreśla, że z tym wezwaniem (do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) wiązały się określone konsekwencje prawne. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną.” Podobne stanowisko prezentowane było również przez sądy powszechne, np. w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku.<sup>3</sup> Polski ustawodawca wyszedł z założenia, że próg 30% jest takim progiem, który czyni założenie o wystąpieniu rażąco niskiej ceny co najmniej prawdopodobnym (przy czym nawet bez spełnienia wymogu 30%, domniemanie w zakresie ceny rażąco niskiej istnieje w każdym przypadku, w którym zamawiający zdecyduje się skierować wezwanie do wyjaśnień).

44. Po drugie, konsekwencją powyższego jest nałożenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że wątpliwości zamawiającego co do poziomu cenowego oferty są niesłuszne. Istotne jest, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć zdawkowego, lakonicznego charakteru. W uzasadnieniu wyroku z dnia 23 marca 2017 r. KIO 422/17. (który potraktować należy jedynie jako przykład) Izba stwierdziła; „W przypadku, w którym dostarczone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z ewentualnymi dowodami są na tyle ogólne, lakoniczne i nie stanowią wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, to konieczne jest przyjęcie, że wykonawca w wyznaczonym dla niego terminie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji cena oferty pozostaje rażąco niska, co uzasadnia jej odrzucenie”. W dalszej części Izba konstatuje: „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawić jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty”.

45. Po trzecie, wyjaśniając, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, zobligowany jest on do poparcia swoich twierdzeń wiarygodnymi, potwierdzającymi twierdzenia ujęte w wyjaśnieniach, dowodami. W przeciwnym razie mieć będziemy do czynienia z wyjaśnieniami, które (nawet jeśli w warstwie powiązanej z argumentacją spełniają wymogi dotyczące odpowiedniego poziomu skonkretyzowania) stanowić będą w istocie twierdzenia jedynie głoślowe, a zatem niedające „gospodarzowi postępowania” minimalnej chociażby gwarancji w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę (a ta przecież budzi jego wątpliwości). Jak wskazuje Izba w wyroku z 30 kwietnia 2021 r. 805/21: „Skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty”.

46. W innym wyroku Izby (z dnia 12 marca 2024 r., sygn. KIO 628/24) możemy natomiast przeczytać, że „Celem instytucji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest uzyskanie przez zamawiającego pewności przed podpisaniem umowy, że aspekty dotyczące wynagrodzenia wykonawcy nie wpłyną negatywnie na realizację zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego jest więc przedstawienie takich wyjaśnień, które przekonają zamawiającego co do powodzenia realizacji zamówienia za cenę wskazaną w ofercie przez zaakcentowanie okoliczności mających wpływ na daną wycenę i wykazanie, że te okoliczności są realne i uzasadnione poprzez złożenie dowodów.”. W wyroku tym Izba zwróciła ponadto uwagę, że rolą zamawiającego w procesie badania rażąco niskiej ceny „musi dotyczyć merytoryki, co oznacza, że zamawiający jest zobowiązany zweryfikować, czy wyliczenie ceny, założenia kalkulacyjne wykonawcy są uzasadnione w świetle okoliczności przywołanych w wyjaśnieniach, i czy złożone dowody urealniają przyjęty poziom cen.”

47. Podsumowując, obowiązkiem wykonawcy, względem, którego zrodziło się domniemanie zaoferowana ceny rażąco niskiej jest:

- a) wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaoferowania ceny na określonym poziomie,
- b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (przez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności);
- c) poparcie powyższego materiałem dowodowym.

48. Jednocześnie obowiązkiem wykonawcy posądzanego o rażąco niską cenę jest ustosunkowanie się do wątpliwości zamawiającego wyartykułowanych wprost w treści danego wezwania, w tym przedłożenie wymaganych przez niego dowodów. W ocenie Primost nie ulega również wątpliwości, że w procesie składania wyjaśnień RNC kluczowe jest również respektowanie przepisów Pzp dotyczących szczególnego sposobu wykonania zadania, np. określonego w art. 118 ust. 2 Pzp. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem wykonać zamówienie zgodnie z obowiązującymi przepisami, a nie

w jakikolwiek możliwy i dopuszczalny sposób.

49. Jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania, Konsorcjum TERS nie sprostало żadnemu z wymienionych obowiązków, a w konsekwencji nie obaliło domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Ceny zaoferowane przez rzeczonoego wykonawcę za zakres prac powierzonych PUZ nie mają charakteru realnego, w ich wypadku trudno również mówić o możliwości uzyskania preferencyjnych warunków za ten zakres zamówienia. Z tych względów oferta złożona przez Konsorcjum TERS powinna zostać odrzucona.

II.2.1. Wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum TERS nie pozwalają na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny ofertowej.

50. W pierwszej kolejności należy odnieść się do materii związanej z udziałem Podmiotu Udostępniającego Zasoby. Zgodnie z art. 118 ust. 1 Pzp „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych”.

51. Ustęp drugi rzeczonoego przepisu stanowi natomiast, że „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”. Oznacza to, że w przypadku, gdy dany wykonawca (Konsorcjum TERS) decyduje się na skorzystanie z doświadczenia podmiotu trzeciego (Trakcja) na okoliczność potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w ww. zakresie - to podmiot trzeci (Trakcja) jest zobowiązany wykonać te prace i roboty (objęte warunkiem).

52. Zgodnie z orzecznictwem Izby obowiązkiem wykonawcy jest wykazać, że na etapie realizacji zamówienia będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego, który wykona przypisaną mu w ramach warunku część prac. Nie można jednak tracić z widzenia faktu, że „zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia.”

53. Powyższe oznacza, że udostępnienie zasobu musi mieć charakter realny, faktyczny. Złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego nie może być traktowane jako „formalizm”, którego spełnienie ma umożliwić uzyskania danego zamówienia. Jest to wymóg, który musi zostać wykazany i mieć miejsce na etapie realizacji robót. Primost nie kwestionuje przy tym, że wykonawca (Konsorcjum TERS) może uczestniczyć w realizacji części prac objętych warunkiem wykonując je pod nadzorem podmiotu trzeciego (Trakcja). Niemniej nie zmienia to w żaden sposób tego, że podmiotem odpowiedzialnym za realizację tychże robót jest wyłącznie podmiot trzeci. Przyjęcie innej optyki, w świetle orzecznictwa Izby oraz przyjętego sposobu rozumienia przepisu art. 118 Pzp, jest niedopuszczalne.

54. Powyższe ma swoje konsekwencje w procesie wyjaśniania rażąco niskiej ceny przez wykonawcę posądzonego o jej zastosowanie. Skoro bowiem to podmiot trzeci ma wykonać prace zastrzeżone warunkiem, to logicznym jest, że podmiot ten jest również jedynym podmiotem uprawnionym do przygotowania wyceny tych prac. To zasadniczo na Trakcji w tym Postępowaniu spoczywa obowiązek przygotowania wyceny zakresu robót drogowych oraz mostowych (podmiot trzeci jest w tym zakresie „wykonawcą” zamówienia). Oczywistym jest przy tym, że w wycenie sporządzonej przez podmiot trzeci, mogą znaleźć się informacje na temat zakresu prac, który będzie realizowało Konsorcjum TERS - nie zmienia to jednak tego, że ciężar przygotowania wyceny spoczywa na Trakcji. Przecież Trakcja nie będzie realizować zamówienia po cenach zaproponowanych (dostępnych) Konsorcjum TERS (o ile tak rzeczywiście jest), ale własnych.

55. W powyższym przypadku można zastosować bardzo prostą analogię: wykonawca posądzony o RNC jest zobowiązany do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, ujętej w treści oferty. Podobnie podmiot trzeci w sytuacji, gdy wątpliwości zamawiającego dotyczą złożonej przez niego oferty podwykonawczej jest zobowiązany do jej wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. To bowiem podmiot trzeci (Trakcja) jest „gospodarzem” oferty i posiada najpełniejszą wiedzę na temat elementów cenotwórczych w niej zawartych.

56. Pomimo zaprezentowanych powyżej reguł, które są powszechnie respektowane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum TERS na wniosek Zamawiającego nie udostępniło mu kosztorysu cenowego potwierdzającego realność ceny zaoferowanej przez Trakcję. Jest to okoliczność bezsporna między stronami.

57.W tym miejscu warto zwrócić uwagę na treść Wezwania 2, w którym Zamawiający wprost wskazał, że „W przedłożonych wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny z dnia 27.11.2024 r., wskazują Państwo że powierzą „część robót stanowiących przedmiot zamówienia podwykonawcy (podmiotowi udostępniającemu zasoby) - Trakcja S.A. Warszawa” oraz wskazują, że przekłada się to na „możliwość zaoferowania korzystnej ceny” jednak nie przedstawiają żadnych dowodów potwierdzających zaangażowanie tego podmiotu w realizację zamówienia (np. oferta podwykonawcza)”.

58.Z powyższego wynika więc, że Konsorcjum TERS (mimo obowiązku przedłożenia konkretnych, weryfikowalnych dowodów na pierwsze żądanie Zamawiającego) nie przedłożyło żadnego dokumentu pochodzącego od Trakcji (w tym wyceny sporządzonej przez ten podmiot), który potwierdzałby realność zaoferowanej ceny. Tym samym Wyjaśnień 1 złożonych przez ten podmiot nie można uznać, za odpowiadające wymogom wynikającym z przepisów Pzp oraz przywołanego powyżej orzecznictwa Izby. Są to wyjaśnienia niekompletne, zawierające istotne (z punktu widzenia procedur, którym służyły) braki, które nie mogły być sanowane przez Zamawiającego.

59.W ramach odpowiedzi na Wezwanie 2 Konsorcjum TERS stwierdziło m.i., że: udzielając odpowiedzi wyjaśniło kalkulację ceny w pełnym zakresie zamówienia, ale nie przedstawiało oferty podwykonawczej, ponieważ zamawiający wymagał wyceny sporządzonej przez wykonawcę, a nie oferty podwykonawcy.

60.Analizując treść odpowiedzi nie sposób nie dostrzec oczywistych nieścisłości i wad, których Konsorcjum TERS było świadome.

61.Po pierwsze, nie jest prawdą, że Zamawiający nie oczekiwał potwierdzenia zaangażowania podmiotu trzeciego (czerwona ramka). Udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (a tym samym jego wycenie) wynika wprost z treści

przepisów Pzp (przywołanych powyżej) oraz zasad kalkulacji zamówień realizowanych z udziałem podmiotu trzeciego. Rzetelna kalkulacja (czyli taka, do której przedłożenia było zobowiązane Konsorcjum TERS) musi zawierać tak rudymmentarny element jak wycena Trakcji.

62.Po drugie, nie jest prawdą, że Zamawiający nie oczekiwał przedłożenia oferty podwykonawczej. Zamawiający w treści Wezwania 1 wielokrotnie zastrzegł, że „Przedstawienie oferty podwykonawczej na w/w zakres nie zwalnia Wykonawcy z przedstawienia merytorycznej, szczegółowej kalkulacji, o której mowa powyżej. Jak widać zatem Zamawiający wskazał, iż samo przedłożenie oferty podwykonawczej nie jest wystarczające. Jest to oczywiście zgodne z ugruntowanym orzecznictwem Izby, iż każda taka oferta musi zostać zweryfikowana przez wykonawcę także pod względem rynkowym. Gdyby bowiem było inaczej, przepis o konieczności wyjaśnienia ceny byłby faktycznie martwy - wystarczyłoby bowiem przedstawić ofertę na odpowiednią wartość nawet od wykonawcy, który tego typu pracami w ogóle się nie zajmuje. Co więcej, Zamawiający w kolejnym zdaniu wręcz wskazał, iż Wykonawca może przedstawić ofertę od podwykonawcy. Jak czytamy bowiem w treści wezwania: Kalkulacja ta może pochodzić od Wykonawcy jak i podwykonawcy, który zaoferował tą cenę”. Oznacza to jedynie tyle, że Konsorcjum TERS celem uwolnienia się spod domniemania rażąco niskiej ceny, nie mogło przedłożyć samej oferty Podmiotu Udostępniającego Zasoby. Powinno natomiast złożyć wycenę, od podmiotu, który zaoferował tą ceną.

63.Bezspornym jest, że Konsorcjum TERS nie zaoferowało ceny (pełnej) za wykonanie robót drogowych i mostowych. Podmiot ten nie ma wręcz prawa (w świetle art. 118 ust. 2 Pzp) do kalkulacji tego zakresu zamówienia, gdyż za jego faktyczną realizację odpowiada Trakcja. Wycena Konsorcjum TERS mogła mieć wyłącznie charakter pomocniczy, którego zadaniem była weryfikacja rzetelności wyceny przeprowadzonej przez Trakcję.

64.Warto zwrócić uwagę, że w ramach Wyjaśnień 2 Konsorcjum TERS w dalszym ciągu nie przedstawia wyceny Trakcji, a jedynie „rzuca” ofertę podwykonawczą, która - w świetle Wezwania 1 - nie może stanowić samodzielnej podstawy obalenia rażąco niskiej ceny.

65.Powyższe okoliczności w ocenie Primost świadczą o tym, że Konsorcjum TERS nie ma zamiaru przedłożyć wyceny sporządzonej przez Trakcję za zakres branży drogowej i mostowej, bowiem podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w części zastrzeżonej warunkiem, a jeżeli już to tylko w marginalnym, pozornym zakresie.

66.Powyższe wynika również z cen zaoferowanych rzekomo przez Trakcję. Przyjmując, że ceny zawarte w kosztorysach za zakres robót powierzonych Trakcji są realne, to należy przyjąć następujące założenia: 1) Trakcja wyceniła pełen zakres prac w branży drogowej i mostowej, 2) Trakcja w zaoferowanej przez siebie cenie uwzględniła narzuty i zysk. W tak skonstruowanej cenie uwzględnia się dodatkowo zysk Konsorcjum TERS (ok. 10-15%).

Przyjmując powyższe założenia za prawdziwe (a więc sytuację, w której na cenę zaoferowaną przez podmiot trzeci

pojawiają się dodatkowe elementy cenotwórcze) przedstawienie wyceny sporządzonej przez podmiot trzeci (Trakcję) jest kluczowe, w szczególności, gdy weźmiemy pod uwagę ceny oferowane przez ten podmiot (Trakcję) w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które dotyczą wykonania tożsamych elementów (cenotwórczych). Niekiedy ceny te są nawet dwukrotnie wyższe od tych w kosztorysie Konsorcjum TERS. Co przy tym ważne, nie są to jednostkowe przypadki, ale ukazują raczej pewną stałość oferowanych cen:

1) „Przebudowa skrzyżowania DW 934 Z DK 44 wraz z przebudową skrzyżowania DW 934 Z Linią Kolejową WM. Bieruń” (por. załącznik nr 6 do odwołania):

I.p.Tom / nr pozycji                      jednostka                      Cena TERS / INSTBUD za wykonanie elementu (PLN)                      Cena rynkowa oferowana przez Trakcja S.A. za wykonanie elementu (PLN)

WIELICZKA                      BIERUŃ

Data wyceny: 27.09.2024

27.06.2024

|                                                                                  |             |               |               |  |
|----------------------------------------------------------------------------------|-------------|---------------|---------------|--|
| 1Wykonanie zasypek inżynierskich m3                                              | 95,00 zł    | 128,85 zł     |               |  |
| 2Beton podpór klasy C30/37(B35) m3                                               | 900,00 zł   | 1 971,77 zł   |               |  |
| 3Wytyczenie obiektu                                                              | szt.        | 1 500,00 zł   | 128 499,93 zł |  |
| 4ściana szczelinowa grubości 1,0 m/m2                                            | 820,00 zł   | 1 600,34 zł   |               |  |
| 5Beton oczepów murów oporowych C30/37 (B35)m3                                    | 1 000,00 zł | 1 971,77 zł   |               |  |
| 6Bariery H2/W2/Vl2, D < 0,6 m, H = min. 1.1 m/m                                  | 350,00 zł   | 830,40 zł     |               |  |
| 7Wyznacz. trasy i p-któw wysokość w równinie/km4                                 | 000,00 zł   | 236 533,13 zł |               |  |
| 8Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntu kat. I -VI/m3                           | 35,00 zł    | 88,70 zł      |               |  |
| 9Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 22 P, gr. w-wy 12 cm KR5  | m2          | 75,00         |               |  |
| zł                                                                               | 144,29 zł   |               |               |  |
| 10Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 22 P, gr. w-wy 10 cm KR4 | m2          | 65,00         |               |  |
| zł                                                                               | 120,24 zł   |               |               |  |
| 11 Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC 16W PMB 25/55-60, gr.m2 w-wy 8cm KR5  |             |               |               |  |
|                                                                                  | 65,00 zł    | 124,97 zł     |               |  |

Tabela nr 5 - opracowana na podstawie oferty złożonej przez Trakcja

Ceny Konsorcjum TERS wskazane w treści poszczególnych tabel dla postępowań wymienionych w pkt 1)- 3) oraz w porównaniu cen z SEKOCENBUD w pkt 4) zostały ustalone na podstawie kosztorysów z Tomu 1.1., Tomu 3.1. oraz Tomu 3.3. - wypełnionych przez rzeczonoego wykonawcę na podstawie wzorcowych kosztorysów udostępnionych przez Zamawiającego;

68.Z analizy cen zaoferowanych przez Konsorcjum TERS oraz Trakcję wynika, że za wykonanie tożsamego zakresu robót jak dla przedmiotowego Postępowania Trakcja wycenia je co najmniej dwukrotnie drożej niż ma to miejsce w niniejszym Postępowaniu. Należy przy tym założyć, że w ramach rzeczonoego postępowania Trakcja, jako rzetelny wykonawca, przyjęła akceptowalne dla siebie stawki za wykonanie danego zakresu zamówienia. Nie ma bowiem żadnego interesu w tym, aby wykonywać te prace „po kosztach” lub też poniżej nich (jest to spółka w znacznej mierze stanowiąca własność państwa). Sytuacją niespotykaną na rynku była bowiem taka, w której wykonawca wycenia roboty budowlane innemu wykonawcy po cenach poniżej jego rynkowych kosztów i marży.

69.Powyższe w sposób oczywisty rodzi pytania, na jakiej podstawie Konsorcjum TERS wskazało ceny, które w sposób znaczny odbiegają od tych oferowanych przez wykonawcę, który ma realizować te prace. Warto zaznaczyć, iż oferty te są zasadniczo dostępne i Zamawiający, gdyby tylko chciał, z łatwością zweryfikowałby realność proponowanych cen oraz udziału Trakcja S. A. w wykonaniu zamówienia.

70.Analogiczna sytuacja ma miejsce z cenami proponowanymi w innych postępowaniach:

2) „Rozbudowa drogi powiatowej nr 5625W - ul. Praskiego Pułku wraz z budową tunelu drogowego pod linią kolejową nr 2 i rozbudową innych dróg publicznych - ul. Okuniewskiej i ul. Bartosza Głowackiego oraz przebudową istniejącej infrastruktury technicznej na terenie Dzielnicy Wesoła m. st. Warszawy w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa

tunelu drogowego w ciągu ul. 1 Praskiego Pułku w połączeniu z drogą wojewódzką nr 637 - ul. Okuniewską w Warszawie wraz z budową układu drogowego w Dzielnicy Wesoła i jednoczesną likwidacją przejazdu kolejowego (km 16,300 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia - Terespol) w poziomie szyn" (por. załącznik nr 7 do odwołania):

I.p.Tom / nr pozycji                      jednostka                      Cena TERS / INSTBUD za wykonanie elementu (PLN)                      Cena rynkowa oferowana przez Trakcja S.A. za wykonanie elementu (PLN)

| WIELICZKA                                                                        | SZRM TUNEL Warszawa |             |            |  |  |
|----------------------------------------------------------------------------------|---------------------|-------------|------------|--|--|
| Data sporządzenia wyceny:                                                        | 27.09.2024          | 03.10.2024  |            |  |  |
| 1Wytyczenie obiektu                                                              | szt.                | 1 500,00 zł | 702 738,00 |  |  |
| 2Ściana szczelinowa grubości 1,0 m                                               | m2                  | 820,00 zł   | 1 467,33   |  |  |
| 3Beton oczepów murów oporowych C30/37 (B35)                                      | m3                  | 1 000,00 zł | 1 709,47   |  |  |
| 4Bariery H2/W2/Vl2, D < 0,6 m, H = min. 1.1 m                                    | m                   | 350,00 zł   | 716,79     |  |  |
| 5Wyznaczenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym                  | km                  | 4 000,00 zł | 153 014,88 |  |  |
| 6Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 22 P, gr. w- wy 12 cm KR5 | m2                  | 75,00       |            |  |  |
| zł                                                                               | 140,51 zł           |             |            |  |  |
| 7Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 22 P, gr. w- wy 10 cm KR4 | m2                  | 65,00       |            |  |  |
| zł                                                                               | 117,09              |             |            |  |  |
| 8Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC 16W PMB 25/55-60, gr. w-wy 8cm KR5      | m2                  | 65,00       |            |  |  |
| zł                                                                               | 104,00              |             |            |  |  |

Tabela nr 6 - opracowana na podstawie oferty złożonej przez Trakcja

71.Z analizy cen zaoferowanych przez Trakcję (datowaną na dzień 3 października 2024 roku, a więc dosłownie parę dni po otwarciu ofert w Postępowaniu) wynika, że ceny za wykonanie wyżej wymienionych elementów cenotwórczych również są w sposób wyraźnie widoczny (ponad dwukrotnie). Warto przy tym zwrócić uwagę, że ceny oferowane przez Trakcję (jednostkowe) w jednym i drugim przypadku są do siebie bardzo zbliżone, co świadczy o stałości wyceny sporządzonej przez tego wykonawcę.

72.Ponownie pojawia się pytania - jaki ma interes w tym Trakcja, aby oferować innemu wykonawcy tak atrakcyjne ceny, a samemu składać oferty z cenami jednostkowymi o wiele wyższymi? Co więcej, skoro Trakcja była w stanie zaoferować tak atrakcyjne cen, dlaczego sama nie zdecydowała się wystartować w przetargu? Patrząc na wycenę z pewnością byłaby jednym z tych oferentów, którzy mają realną szansę na uzyskanie zamówienia.

73.Kolejne postępowania - tożsame wnioski:

3)„Budowa połączenia komunikacyjnego ulic 1-Maja - Krakowska" (por. załącznik nr 8 do odwołania):

I.p.Tom / nr pozycji                      jednostka                      Cena TERS / INSTBUD za wykonanie elementu (PLN)                      Cena rynkowa oferowana przez Trakcja S.A. za wykonanie elementu (PLN)

| WIELICZKA                                                                        | MZDiT      |             |             |  |  |
|----------------------------------------------------------------------------------|------------|-------------|-------------|--|--|
| Częstochowa - 1 Maja                                                             |            |             |             |  |  |
| 27.09.2024                                                                       | 27.02.2023 |             |             |  |  |
| 1Beton podpór klasy C30/37 (B35)                                                 | m3         | 900,00 zł   | 1 449,11 zł |  |  |
| 2Wytyczenie obiektu                                                              | szt.       | 1 500,00 zł | 670 957,76  |  |  |
| 3Beton oczepów murów oporowych C30/37 (B35)                                      | m3         | 1 000,00 zł | 1 403,66 zł |  |  |
| 4Bariery H2/W2/Vl2, D < 0,6 m, H = min. 1.1 m                                    | m          | 350,00 zł   | 548,20 zł   |  |  |
| 5Wyznaczenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym                  | km         | 4 000,00 zł | 104 760,99  |  |  |
| 6Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 22 P, gr. w- wy 12 cm KR5 | m2         | 75,00       |             |  |  |
| zł                                                                               | 142,20 zł  |             |             |  |  |

|                                                                                  |    |       |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|-------|
| 7Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 22 P, gr. w- wy 10 cm KR4 | m2 | 65,00 |
| zł 118,50 zł                                                                     |    |       |
| 8Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego AC 16W PMB 25/55-60, gr. w-wy 8cm KR5      | m2 | 65,00 |
| zł 107,02 zł                                                                     |    |       |

Tabela nr 7 - opracowana na podstawie oferty złożonej przez Trakcja

74.Finalnie, ceny oferowane przez Trakcje w ramach Postępowania odbiegały od tych oferowanych przez Nią w 2023 roku. Po raz kolejny mówimy w tym przypadku o około dwukrotnej różnicy pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi. Ponadto, kolejny raz świadczy to o stałości cen oferowanych przez Trakcję za wykonanie tego samego zakresu prac i robót jak w ramach Postępowania.

75.Mając na uwadze powyższe, namacalne różnice w wycenie, nie sposób przyjąć, że Wykonawca w sposób rzetelny i zgodny z prawdą wyjaśnił brak rażąco niskiej ceny. Co więcej, brak przedłożenia wyceny sporządzonej przez Trakcję, wraz z ofertami, które potwierdzać będą taką wycenę Trakcji, nie wydaje się być dziełem przypadku. Ceny te najpewniej nie pochodzą od Trakcji.

76.Co więcej, o ile Wykonawca faktycznie weryfikował ofertę podwykonawczą Trakcji (a w taki sposób postępuje rzetelny wykonawca), to musiał mieć świadomość, iż Trakcja takich cen nie oferuje, a zatem nie są one realne. Jeżeli tak, to winien był wyjaśnić Zamawiającemu, w jaki sposób uzyskał te niezwykle korzystne ceny i w tym zakresie nie było wystarczającym przedłożenie samej oferty podwykonawczej.

77.W świetle powyższego bezspornym w niniejszej sprawie jest to, że Konsorcjum TERS nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny w sposób wymagany przepisami Pzp. Zamawiający mimo tego, iż domagał się w wezwaniu do wyjaśnień - wielokrotnie - złożenia stosownych dowodów, ostatecznie uznał wyjaśnienia RNC bez kluczowej wyceny ze strony podwykonawcy, który ma zrealizować zasadniczą część zamówienia. Co więcej, unikanie przedłożenia wyceny Trakcja przez tego wykonawcę zdaje się sugerować, że faktycznym wykonawcą branży drogowej i mostowej będzie Konsorcjum TERS, a nie Trakcja (co też potwierdzają pierwotnie złożone Wyjaśnienia 1 i swego rodzaju spostrzeżenia Zamawiającego i wątpliwości, które legły u podstaw wezwania do drugich wyjaśnień).

78.Na potwierdzenie powyższych tez, w tym nierynkowości oferowanych przez Konsorcjum TERS cen, Primost przedkłada dodatkowo porównanie cen jednostkowych oferowanych przez Konsorcjum TERS z cenami wynikającymi z magazynu SEKOCENBUD:

|                      |           |                                                 |                                             |
|----------------------|-----------|-------------------------------------------------|---------------------------------------------|
| I.p.Tom / nr pozycji | jednostka | Cena TERS / INSTBUD za wykonanie elementu (PLN) | Cena SEKOCENBUD za wykonanie elementu (PLN) |
| CENY MINIMALNE       |           |                                                 |                                             |

#### WIELICZKACENY MINIMALNE

|                                                                                          |            |             |              |        |
|------------------------------------------------------------------------------------------|------------|-------------|--------------|--------|
| Data sporządzenia wyceny:                                                                | 27.09.2024 | 3 kw 2024   |              |        |
| 1Wykonanie zasypek inżynierskich                                                         | m3         | 95,00 zł    | 158,48 zł    |        |
| 2Kable 22L15.7 (Rvk 1860MPa)                                                             | kg         | 6,50 zł     | 22,34 zł     |        |
| 3Wytyczenie obiektu                                                                      | szt.       | 1 500,00 zł | 70 558,21 zł |        |
| 4Pionowe pale wielkośrednicowe 080cm z betonu klasy B30 bez pozostawianej rury osłonowej | m          |             |              | 599,90 |
| zł 1 963,59 zł                                                                           |            |             |              |        |
| 5ściana szczelinowa grubości 0,8 m                                                       | m2         | 800,00 zł   | 2 817,58 zł  |        |
| 6ściana szczelinowa grubości 1,0 m                                                       | m2         | 820,00 zł   | 3 358,40 zł  |        |
| 7Bariery H2/W2/V12, D < 0,6 m, H = min. 1.1 m                                            | m          | 350,00 zł   | 1 096,21 zł  |        |
| 8Wyznaczenie trasy i punktów wysokościowych w terenie równinnym                          | km         | 4 000,00 zł | 5 993,24 zł  |        |
| 9Wykonanie nasypów mechanicznie z gruntu kat. I-VI                                       | m3         | 35,00 zł    | 62,95 zł     |        |
| 10Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 22 P, gr. w- wy 12 cm KR5        | m2         |             |              | 75,00  |
| zł 108,02                                                                                |            |             |              |        |
| 11Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego AC 22 P, gr. w- wy 10 cm KR4        | m2         |             |              | 65,00  |
| zł 90,02                                                                                 |            |             |              |        |

79. Także z powyższego zastawienia wynika, że ceny za wykonanie poszczególnych pozycji określone przez Konsorcjum TERS znacząco odbiegają od średniej rynkowej. W ocenie Odwołującego zaproponowane przez Konsorcjum TERS ceny jednostkowe są nierealne i nierynkowe. W tym zakresie Odwołujący przedłoży również stosowne dowody na rozprawie.

80. Niemniej w tym stanie faktycznym kluczowa jest nie średnia oferowana przez rynek, lecz przez Trakcję S.A. - ten podmiot ma bowiem wykonać zamówienie w części objętej warunkiem udziału w Postępowaniu i to ten podmiot odpowiada za wycenę tego zakresu działania. Ceny jakie ofertuje są natomiast o wiele wyższe niż te, na które powołuje się Konsorcjum TERS.

81. Mając na uwadze powyższe odwołanie w ww. zakresie należy uznać za zasadne.

#### II.2.2. Zakaz powtórnego wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej.

82. Z daleko idącej ostrożności należy podnieść, że w ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie nie aktualizuje się żadna z przesłanek, która nakazywałaby wzywanie Konsorcjum TERS do dalszego uszczegóławiania złożonych Wyjaśnień. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Izby, niedopuszczalne jest powtarzanie procedury wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce zwłaszcza w sytuacji, kiedy wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne, ogólne, niepoparte dowodami i odbiegają od istoty ceny rażąco niskiej - tak jak ma to miejsce w opisanych powyżej przypadkach (nie ulega bowiem wątpliwości, że w zakresie dot. wyceny robót drogowych i mostowych przez Trakcję Konsorcjum TERS nie dopełniło ciążących na nim obowiązków).

83. W ocenie Odwołującego profesjonalny wykonawcy (taki jak Konsorcjum TERS), który ubiega się o udzielenie danego zamówienia jest zobowiązany do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji Postępowania, tak by składana przez niego oferta oraz pozostałe dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz przepisach prawa (tak m.in. wyrok KIO z dnia 21 marca 2023 roku, sygn. KIO 621/23). Nie ulega wątpliwości, że brak przedłożenia kalkulacji sporządzonej przez kluczowego podwykonawcę (tj. Trakcja S.A.) w ramach Wyjaśnień 1 jest przejawem rażącego niedbalstwa, które nie powinno być konwalidowane w ramach procedury wyjaśnienia treści oferty. Takie działanie godzi bowiem w zasadę uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

84. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2019 roku, w którym możemy przeczytać, że „Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć”. Podobnie trafnie odniesiono się do tego zjawiska w wyroku Izby z dnia 11 stycznia 2019 roku KIO 2637/18, w którym stwierdzono, że: „Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne”.

85. Zakaz kierowania do wykonawców kilkakrotnie wezwać do złożenia wyjaśnień można wywnioskować z art. 224 Pzp w zw. z art. 16 Pzp. Za zgodne z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji należy uznać bowiem ograniczenie do jednokrotności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Nie sposób bowiem przyjąć, że działaniem poprawnym Zamawiającego byłoby dowolne i nieograniczone wzywania wykonawców do składania wyjaśnień.

86. Zarówno zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zasada szybkości i ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzasadniają wniosek, że ponowienie wezwania musi być w sposób szczególny uzasadnione, gdyż niesie ze sobą ryzyko do szerokich nadużyć, w tym m.in. do potencjalnej faworyzacji określonego grona wykonawców oraz nieuzasadnionego przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

87. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę, że Konsorcjum TERS nie przedstawiło rzetelnych wyjaśnień czy dowodów na obalenie domniemania ceny rażąco niskiej w opisanym powyżej zakresie należy kategorycznie stwierdzić, że oferta konsorcjum winna podlegać odrzuceniu bez możliwości jej sanowania.

#### II.2.3. Z tych samych powodów należy stwierdzić, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Konsorcjum TERS do dwukrotnego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym wyceny branży drogowej i mostowej przy udziale

Trakcji - Konsorcjum TERS było zobowiązane do złożenia kompleksowych wyjaśnień w tym zakresie (w tym przedłożenia adekwatnych wycen) na pierwsze wezwanie Zamawiającego, czego nie uczyniło i co dostrzegł sam Zamawiający w treści Wezwania 2.

II.2.4.Oferta złożona przez Konsorcjum TERS winna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia.

88.W ocenie Odwołującego oferta złożona przez Konsorcjum TERS jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób jednoznaczny, pewny i nie budzący wątpliwości i ma przy tym charakter nieusuwalny. Niezgodność ta wynika przy tym wprost z treści dokumentów i oświadczeń złożonych przez Konsorcjum TERS znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego, które zostały przez Niego wadliwie ocenione.

89.Poniżej Primost przedstawi przebieg zdarzeń oraz argumentację, która potwierdza powyższą tezę - uzasadniając tym samym zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

II.2.4.1. Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum TERS stanowią treść oferty.

90.Oceniając treść Wyjaśnień 1 i 2 złożonych przez Konsorcjum TERS nie można tracić z pola widzenia ich roli i znaczenia w ramach procedury badania oraz oceny oferty prowadzonej przez Zamawiającego.

91.W myśl przepisów Pzp odrzucenie oferty wykonawcy może nastąpić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach stypizowanych wprost w art. 226 ust. 1 Pzp. W orzecznictwie Izby oraz literaturze przedmiotu podnosi się, że katalog przesłanek obligujących zamawiającego do odrzucenia danej oferty ma charakter zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco (co wynika z sankcyjnego charakteru rzeczonych przepisów). Oznacza to, że zamawiający z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn nie może odrzucić oferty, gdyż takie działanie byłoby sprzeczne z prawem i nie mogłoby wywołać skutku zgodnie z treścią art. 58 k.c.

92.W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że odrzucenie oferty niesie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ten skutek, że eliminuje danego wykonawcę z udziału w nim uniemożliwiając mu tym samym uzyskanie zamówienia. Z uwagi na charakter przepisów ujętych w art. 226 ust. 1 Pzp zamawiający (jako dysponent gospodarz postępowania) musi każdorazowo mieć >> pewność <<, że dana oferta faktycznie (pod względem formalno-prawnym) podlega odrzuceniu, szczególnie wtedy, gdy jego decyzja ma dotyczyć oferty najkorzystniejszej.

93.Na gruncie przepisów procedury zamawiający przed odrzuceniem danej oferty (np. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 lub 8 Pzp) jest zobowiązany umożliwić wykonawcy złożenie stosownych wyjaśnień (na podstawie art. 223 ust. 1 lub art. 224 ust. 1 lub 2 Pzp ). W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że takie działanie ma chronić instytucję zamawiającą m.in. przed przedwczesnym wyeliminowaniem z udziału w postępowaniu wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, który zaoferował najkorzystniejszą cenę lub koszt za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz uzyskał najwyższą punktację w ramach poszczególnych kryteriów oceny oferty. Takie działanie chroni nie tylko wspomniany powyżej interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia, lecz również interes zamawiającego, wpisując się przy tym w zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 Pzp.

94.Powyższe znajduje potwierdzenie w aktualnym orzecznictwie Izby mającym za przedmiot art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W wyroku Izby z dnia 30 stycznia 2024 roku (sygn. KIO 63/24) możemy przeczytać, że: „Dla zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. konieczne jest uprzednie wystąpienie zamawiającego do wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty, o którym mowa w art. 224 p.z.p.". Przywołane orzeczenie kładzie silny nacisk na możliwość odrzucenia oferty po uprzednim wyjaśnieniu zaistniałej sytuacji przez wykonawcę posądzonego o rażącą niską cenę.

95.W innym z wyroków Izby możemy natomiast przeczytać, że „mimo użycia przez ustawodawcę słowa "może", nie można uznać, że zamawiający ma całkowitą swobodę w stosowaniu art. 223 ust. 1 p.z.p. W określonych okolicznościach, zwłaszcza wtedy, gdy istnieją jednoznaczne podstawy do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ww. przepisu stanowi obowiązek zamawiającego." (por. wyrok Izby z dnia 10 marca 2023 roku, sygn. KIO 525/23).

96.Z powyższego wynika, że wyjaśnienia treści oferty oraz rażąco niskiej ceny pełnią doniosłą rolę w toku badania oraz oceny ofert. Należy przy tym zwrócić uwagę, że udzielane przez wykonawcę wyjaśnienia co do zasady stanowią również treść jego oferty. Na przedmiotową okoliczność zwróciła uwagę Izba m.in. w wyroku z dnia 13 lutego 2024 roku (sygn. KIO 199/24) stwierdzając, że: „złożone wyjaśnienia stanowią więc treść oferty wykonawcy w sytuacji, gdy czynność wezwania nie została przez niego podważona".

W innym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zastrzegła natomiast, że „Treść oferty wraz z jej wyjaśnieniami na podst.

art. 87 ust. 1 p.z.p., do których udzielenia wzywa Zamawiający, stanowi podstawę do oceny czy jest ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia" (por. sygn. KIO 649/21).

Finalnie, należy zwrócić uwagę na wyrok Sądu Zamówień Publicznych z dnia 27 września 2023 roku wydany w sprawie o sygn. XXIII Zs 6/23 w którym wyrażono pogląd, że „Odpowiedzi na pytania doprecyzowują kwestie, które Zamawiający jest w stanie ustalić jedynie przy udziale konkretnego wykonawcy. Prezentują one bowiem sposób widzenia i rozumienia zapisów SWZ przez Wykonawcę, co pozwala Zamawiającemu rzetelnie dokonać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.” Warto zaznaczyć, że przedmiotowy wyrok został wydany w postępowaniu, w którym zamawiającym była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - w związku z tym wyrok ten przedstawia sposób działania rzeczonoego Zamawiającego w podobnych sprawach.

Z powyższego wynika zatem, że treść udzielonych przez wykonawcę (Konsorcjum TERS) wyjaśnień stanowi część oferty i ma wpływ na jej ocenę m.in. pod kątem zgodności z warunkami zamówienia. Oznacza to zatem, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień jest zobowiązany do zachowania należytej, podwyższonej staranności w trakcie udzielania odpowiedzi na poszczególne pytania instytucji zamawiającej. Ostatecznie to bowiem na wykonawcy spoczywa obowiązek takiego sporządzenia oferty i idących za nimi wyjaśnień, który odpowiada treści SWZ.

W zawisłej przed Izbą sprawie Konsorcjum TERS nie kwestionowało zasadności kierowanych do nich wezwań - zatem należy uznać, że Wyjaśnienia 1 i 2 złożone przez ten podmiot stanowią treść oferty (okoliczność bezsporna).

Zakaz negocjacji treści oferty w ramach procedury, o której mowa w art. 223 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze wagę oraz rolę wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku procedury przetargowej należy zaznaczyć, że procedura, o której mowa w art. 223 ust. 1 Pzp oprócz aspektów stricte pozytywnych (aktualizacja obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień w razie wątpliwości co do treści oferty) zawiera również aspekt negatywny przejawiający się w zd. drugim rzeczonoego przepisu, który stanowi, iż: „Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

Z treści komentowanego przepisu wynika wprost, że zamawiający nie może w toku trwania procedury wyjaśniającego w sposób pośredni lub bezpośredni negocjować treści oferty z wykonawcą, w tym dokonywać zmiany jej treści - poza przypadkami określonymi w przepisach Pzp.

103.W literaturze przedmiotu podnosi się, że z „negocjacjami oferty” będziemy mieć do czynienia, gdy wykonawca w wyjaśnieniach (któryś) zmieni wcześniejszą ofertę<sup>15</sup>. Pogląd ten nie jest odosobniony. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 lipca 2013 roku stwierdziła, że „Wyjaśnienia muszą [...] ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert.”

104.W bardziej aktualnym orzecznictwie Izby podnosi się natomiast że „wyjaśnienia treści złożonej oferty, aby mogły być uznane za wyjaśnienia, nie mogą prowadzić do zmiany treści tej oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta co do przedmiotu, zakresu itp. elementów. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty) oraz nie może dokonywać oceny oferty przez pryzmat złożonego wyjaśnienia w kontekście zawartej w nim zmiany oświadczenia woli zawartego w ofercie. Tym samym, jeżeli w oparciu o złożone wyjaśnienie treść oferty złożonej w wyznaczonym terminie na składanie ofert ulegnie zmianie, przez np.: organicznie oświadczeń, przez zmianę oświadczeń czy też przez rozszerzenie oświadczenia wykonawcy - czyli w każdy sposób jaki prowadzi nie do wyjaśnienia, ale do zmiany - to w myśl obowiązujących przepisów nie możemy twierdzić, że oferta została wyjaśniona, ale że oświadczenie woli zostało zmienione po terminie składania ofert.” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2024 roku, sygn. KIO 617/24).

105.Kwintesencją powyższych stanowisk jest wyrok Izby z dnia 24 kwietnia 2023 roku (sygn. KIO 939/23), w którym możemy przeczytać, że „Zastosowanie powyższego przepisu (tj. art. 223 ust. 1 Pzp) będzie uzasadnione wyłącznie, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego.”

106.Mając na względzie powyższe należy stwierdzić, że procedura wyjaśniająca, w tym przede wszystkim ta uregulowana w art. 223 ust. 1 Pzp, nie może stanowić „koła ratunkowego” dla wykonawcy, który dopuścił się błędów lub przeinaczeń w treści oferty lub wcześniej złożonych wyjaśnień będących jej doprecyzowaniem. Mówiąc wprost - który pominął jakiś zakres prac i dopiero w wyniku pytania Zamawiającego, aby jego oferta nie została odrzucona, zdecydował

się na potwierdzenie, iż również te prace zostały ujęte w ofercie. Takie działanie godzi wprost w zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasadę równego traktowania, niedyskryminacji oraz przejrzystości.

107. W ocenie Odwołującego w zawistej przed Izbą sprawie doszło do naruszenia ww. zasad poprzez doprowadzenie do negocjacji treści oferty pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum TERS, o czym będzie mowa poniżej.

II.2.4.3. Zamawiający negocjował z Konsorcjum TERS treść oferty.

108. W ramach Wezwania 1 Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum TERS z prośbą o wyjaśnienie następującej materii, która budziła Jego wątpliwości m.in. z uwagi na zaoferowaną przez ten podmiot cenę:

7. Prosimy o szczegółowe wskazanie, w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji scalonej ceny jednostkowej w pozycji 45 „Roboty tymczasowe, zabezpieczające etapowe prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu”, kosztorysu ofertowego MD-2 TOM 3.2, dla robót związanych z wykonaniem roboty tymczasowych, zabezpieczających etapowe prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu a w szczególności:

a. Prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca ujął w ryczałtowej cenie jednostkowej, wszelkie czynności opisane w STWIORB M23.01.02 w szczególności wymienione w pkt 9.

b. Prosimy o wyspecyfikowanie robót tymczasowych, które Wykonawca przewidział

w cenie ryczałtowego wynagrodzenia w pozycji 45, w celu zabezpieczenia etapowego prowadzenia rozbiórki istniejącego obiektu na warunkach określonych w STWIORB.

c. Prosimy o przedstawienie merytorycznej, szczegółowej kalkulacji ryczałtowej ceny jednostkowej, obejmującej roboty tymczasowe ujęte w pozycji 45. Przedstawienie oferty podwykonawczej na w/w zakres nie zwalnia Wykonawcy z przedstawienia merytorycznych, szczegółowych kalkulacji o których mowa powyżej. Kalkulacje mogą pochodzić od Wykonawcy jak i od podwykonawcy, który zaoferował te ceny.

Wyciąg z treści Wezwania 1, strona 12 tamże

109. Na szczególną uwagę zasługuje fragment oznaczony czerwonym obramowaniem powyżej, w ramach którego Zamawiający zadał jednoznaczne pytanie o to, jakie roboty tymczasowe Konsorcjum TERS przewidziało w ramach wyceny pozycji 45 w celu należytego wykonania robót objętych Postępowaniem. Mając na względzie opisany powyżej charakter oraz rolę wyjaśnień w procesie związanym z udzieleniem zamówienia publicznego należy stwierdzić, że obowiązkiem wykonawcy było odpowiedzieć na tak postawione, jasne pytanie w sposób precyzyjny, który nie pozostawia pola do (nad)interpretacji lub domysłów. Konsorcjum TERS w swoich Wyjaśnieniach wielokrotnie podnosiło, że jest podmiotem, który posiada znaczną wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówień publicznych, w tym tych zbliżonych do przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem. Należy zatem uznać, że w sposób prawidłowy rozczytało (zinterpretowało) treść i zakres tak postawionego pytania.

110. Na tak sformułowane pytanie Zamawiającego Konsorcjum TERS odpowiedziało w sposób następujący (zob. str. 28 Wyjaśnień 1):

Wykonawca przewidział | w cenie ryczałtowej w poz. 45

następujące roboty tymczasowe montaż barier tymczasowych. Pozycja fa została oszacowana zgodnie z założeniami projektowymi obejmującymi zabezpieczenie krawędzi robót w czterech kolejnych etapach poprzez montaż barier tymczasowych. Według projektu Wykonawca jest zobowiązany do zamontowania tymczasowej bariery 7 razy, każda o długości 22,00 mb (długość mostu), co daje łącznie 154 mb. Według kalkulacji Wykonawcy dokonanej na podstawie doświadczenia w realizacji analogicznych robót w ramach wcześniejszych inwestycji łączny koszt montażu 1 mb bariery tymczasowej wynosi 389,00 zł netto.

Wyciąg z treści Wyjaśnień 1, str. 28 tamże

111. Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający otrzymał jednoznaczną informację na temat zakresu przyjętego przez Konsorcjum TERS do wykonania w ramach niniejszego Postępowania. Informacja ta nie budzi żadnych wątpliwości co do jej treści oraz zakresu, jest jasna oraz klarowna. Jednocześnie jest to odpowiedź udzielona przez profesjonalistę, który jak sam oświadcza legitymuje się sporym doświadczeniem przy realizacji tego typu zamówień. W świetle powyższego nie sposób więc twierdzić, że - odpowiedzi udzielonej przez Konsorcjum TERS można przypisać inne znaczenie niż to literalne.

112.W tym momencie należy dostrzec, w ślad za Zamawiającym, że w ramach niniejszego Postępowania zostały udzielone wiążące wyjaśnienia treści dokumentów zamówienia, które miały wpływ na zakres zobowiązania przyszłego wykonawcy zamówienia. Jak słusznie zauważył Zamawiający w treści Wezwania 2 tu cyt. „ze szczegółowych wyjaśnień wynika, że w pozycji 45 ujęto jedynie roboty tymczasowe w zakresie realizacji montażu barier tymczasowych odwołując się wyłącznie do zapisów Projektu Wykonawczego”.

113.Zamawiający dostrzegł tym samym, że w zakresie odpowiedzi udzielonej przez Konsorcjum TERS w ramach Wyjaśnień 1 nie został ujęty pełen zakres prac oraz robót niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią OPZ.

114.Powyższe potwierdza treść Wezwania 2, w której Zamawiający stwierdza, że:

Zamawiający w dniu 09.09.2024r. zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania „Zestaw pytań nr 5 wraz z wyjaśnieniami” dokonując aktualizacji dokumentu STWIORB M.23.01.02b ROZBIÓRKI OBIEKTÓW INŻYNIERSKICH oraz udzielając następującego wyjaśnienia w pozycji nr 1: Przyjęte w projekcie rozwiązanie etapowania robót jest przykładowe i niewiążące. Wykonawca może dokonać jego zmiany, uzyskując przed rozpoczęciem robót jego zatwierdzenie u Zamawiającego i Inżyniera, przy założeniu utrzymania ciągłości ruchu podczas całej budowy po jednym pasie w każdym kierunku (1x2). Wykonawca uszczegółowi rozwiązania technologiczne etapowania robót za pomocą PT (Projektu Technologicznego) uzgodnionego z Projektantem i Inżynierem, dostosowując go do przyjętego przez Wykonawcę sposobu rozbiórki istniejącego obiektu i wykonania projektowanego obiektu MD-2 oraz możliwości technicznych Wykonawcy. Zaproponowany etapowy sposób rozbiórki istniejącego mostu i etapowa budowa obiektu MD-2 to propozycja projektanta. Wszelkie roboty tymczasowe i wzmacniające (opisane w M.23.01.02b ) oraz realizacja robót wynikających z dokumentacji projektowej (min. realizacja pali prefabrykowanych, zbrojenia w podziale na etapy, połączeń faz roboczych podczas betonowania w podziale na etapy, dylatacji w podziale na etapy) powinny wynikać z opracowanego przez Wykonawcę PTg (Projektu Technologicznego) i powinny być ujęte w ofercie Wykonawcy w pozycji nr. 45 kosztorysu MD-2 Tom 3.2 Rozbiórka i budowa mostu MD-2 nad rzeką Serafą aktualnego na dzień 06.09.2024 r. Zamawiający zmienia w tym zakresie STWIORB M.23.01.02b.'

Wyciąg z treści Wezwania 2, str. 2 tamże

115.Zamawiający stwierdza tym samym, że zakres prac do wykonania w ramach robót tymczasowych ma znacznie szerszy zakres niż ten wynikający z pierwotnej odpowiedzi udzielonej przez Konsorcjum TERS. Zamawiający w ocenie Primost miał pełną świadomość, że pierwotne oświadczenie Konsorcjum TERS (złożone w ramach Wyjaśnień 1) winno zostać uznane za potwierdzające niezgodność z warunkami zamówienia (o czym będzie jeszcze mowa szerzej, poniżej). Z powyższych względów zwrócił się do Konsorcjum TERS z nast. pytaniem:

„Zamawiający prosi o wyjaśnienie czy w cenie oferty ujęte zostały pozostałe koszty związane z robotami tymczasowymi, umożliwiające prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu i wykonanie nowego obiektu MD-2 przy jednoczesnym zabezpieczeniu ciągłości ruchu zgodnie z wymaganiami STWIORB 0.0.00.00. oraz STWIORB M.23.01.02b. (aktualną na dzień 09.09.2024 r. ) w szczególności w pkt. 9.2. Prosimy o wskazanie w których pozycjach ten koszt został ujęty oraz w jakiej wysokości.”

116.Z powyższego wynika wprost, że Zamawiający celem ratowania oferty Konsorcjum TERS zwrócił się do tego wykonawcy z pytaniem ratunkowym, którego celem było usunięcie niezgodności z warunkami zamówienia. Odwołujący zwraca uwagę, że procedura wyjaśnienia treści oferty (z art. 223 ust. 1 Pzp) powinna być wszczynana w razie >>wątpliwości<< co do treści oferty lub wcześniej udzielonych wyjaśnień.

117.Pierwotne oświadczenie Konsorcjum TERS nie budzi żadnych wątpliwości, nawet w oczach przeciętnego odbiorcy. Jest jednoznaczne, klarowne i nie pozostawia pola do jakichkolwiek interpretacji. Konsorcjum TERS wprost wskazało jakie roboty zamierza wykonać w ramach pozycji 45 (robót tymczasowych) i próżno tam szukać elementów, o których mowa w STWIORB M.23.01.02b.

118.Konsorcjum TERS ma świadomość co do powyższego uchybienia oraz jego wagi w Postępowaniu. W Wyjaśnieniach 2 wskazało bowiem, że:

Potwierdzamy, że w cenie oferty ujęto wszystkie koszty związane z robotami tymczasowymi, umożliwiające prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu i wykonanie nowego obiektu MD-2 przy jednoczesnym zabezpieczeniu ciągłości ruchu zgodnie z wymaganiami STWIORB 0.0.00.00. oraz STWIORB M.23.01.02 i STWIORB M.23.01.02b w szczególności w pkt 9.2.

Zwracamy uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 27 listopada 2024 r. Wykonawca omyłkowo wskazał, że w pozycji tej ujęto

jedynie montaż barier tymczasowych. Do omyłki tej doszło w toku pracy nad dokumentem przez kilka osób jednocześnie. Oczywistym jest, że na roboty tymczasowe zabezpieczające etapowe prowadzenie rozbiórki obiektu mostowego nie składa się wyłącznie montaż barier tymczasowych.

Wyciąg z Wyjaśnień 2, str. 2 tamże

119. Udzielone przez Konsorcjum TERS Wyjaśnienia 2 w pierwszym akapicie mają za zadanie potwierdzić zgodność z warunkami zamówienia, co w ocenie Odwołującego powinno nastąpić w odpowiedzi na Wezwanie 1. Jest to więc zapewnienie spóźnione, które nie może być brane pod uwagę w toku badania i oceny ofert.

120. Po wtóre, w akapicie drugim (czerwone obramowanie) stwierdziło, że udzielenie błędnej odpowiedzi na pierwotne pytanie Zamawiającego (które nigdy nie było kwestionowane) wynika z „omyłki” spowodowanej pracą kilku osób nad plikiem z wyjaśnieniami. Ustosunkowując się do twierdzeń Konsorcjum TERS, które zostały zbagatelizowane przez Zamawiającego, należy stwierdzić, że w tym konkretnym przypadku trudno mówić o omyłce, w szczególności takiej, którą można poprawić w ramach przepisów Pzp (nie ma ona charakteru oczywistego lub nieistotnego).

121. Jest to oświadczenie co do sposobu wykonania zamówienia, które było poddane weryfikacji co najmniej kilku osób. Z doświadczenia życiowego wynika, że taki omyłka (gdyby faktycznie nią była) zostałaby „wyłapana” na etapie kontroli przez którąś z wymienionych osób, co nie miało miejsca. Ponadto, gdyby Zamawiający nie zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienie rzeczowej „omyłki” to Konsorcjum TERS nigdy by jej nie poprawiło.

122. Argumentacja odnośnie rzekomej „omyłki” powstała jedynie na potrzeby obrony przed zarzutem niezgodności z warunkami zamówienia - na skutek Wezwania 2 zainicjowanego przez Zamawiającego. Przedmiotowego >>błędu<< nie można zakwalifikować jako „omyłki”, w szczególności takiej, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (z punktu widzenia oferty błąd ten ma bardzo istotny charakter oraz wpływ na sytuację Konsorcjum TERS w Postępowaniu). Gdyby nie działania Zamawiającego to oferta Konsorcjum TERS winna zostać bezwzględnie odrzucona na podst. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

123. Należy raz jeszcze zwrócić uwagę, że prawo Zamawiającego do wzywania do złożenia wyjaśnień nie może prowadzić w żadnym wypadku do istotnej zmiany oferty. Możliwość modyfikacji oferty lub oświadczeń nań się składających została enumeratywnie wymieniona w art. 223 ust. 2 Pzp, co oznacza, że Zamawiający nie może korzystać ze swoich uprawnień z przekroczeniem granic zakreślonych ww. normami.

124. Teza ta nie wynika z zapatrywań Primost podyktowanych stanowiskiem procesowym lecz z ugruntowanej w tym zakresie linii orzeczniczej Izby, która m.in. w wyroku z dnia 2 maja 2023 r., stwierdziła, że „Przyczyną prowadzenia wyjaśnień z wykonawcą są wątpliwości zamawiającego co do treści złożonej oferty. Przepis art. 223 ust. 2 p.z.p. dopuszcza nawet dokonanie zmian w treści złożonej oferty, jeżeli zmiany te nie powodują istotnych zmian w treści oferty oraz nie można przypisać tym zmianom efektu negocjacji treści oferty”. Dalej Izba uznała, że Zamawiający nie może w postępowaniu działać w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ten sposób, aby poprzez procedurę wyjaśnienia treści oferty dokonać konwalidacji skutków niedołożenia przez danego wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty.

125. W niniejszej sprawie Konsorcjum TERS otrzymało jednoznaczne pytanie o zakres robót, który był niezwykle prosty do zidentyfikowania i wynikał wprost z treści wyjaśnień i zmian do SWZ. Obowiązkiem tego podmiotu było więc udzielić takiej odpowiedzi, z której będzie wynikało wykonanie zamówienia objętego Postępowaniem zgodnie z koncepcją przedstawioną przez Zamawiającego w ramach OPZ. W ocenie Primost powinno to przy tym nastąpić w odpowiedzi na Wezwanie 1.

126. Tymczasem w odpowiedzi na Wezwanie 1 Konsorcjum TERS przyznało wprost (co jest bezsporne w niniejszej sprawie) zamierza wykonać przedmiot zamówienia niezgodnie z jego warunkami. Dopiero na skutek Wezwania 2 Zamawiającego, w którym wskazano błędny tok rozumienia dokumentacji składającej się na OPZ przez tego wykonawcę, doszło do autorefleksji co do skutków złożonego oświadczenia, które zostało uznane za nic nieznaczącą „omyłkę” (która nawet nie została przyporządkowana do jednej z kategorii omyłek wymienionych w art. 223 ust. 2 Pzp).

Nie doszłoby do tego gdyby nie „pytanie ratunkowe” wystosowane przez Zamawiającego, który dozwolił temu wykonawcy na sprostowanie owego „omyłkowego” oświadczenia (niezgodnego z warunkami zamówienia) na takie, które pozwalało na wybór oferty złożonej przez Konsorcjum TERS jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Zaprezentowane powyżej działanie nie może zostać ocenione pozytywnie na gruncie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również dotychczasowego, przywołanego orzecznictwa Izby.

Jednocześnie, w świetle przywołanego powyżej orzecznictwa Izby Zamawiający kierując Wezwaniem 2 do Konsorcjum TERS nie zmierzał do wyjaśnienia oświadczenia woli tego wykonawcy, lecz do jego istotnej zmiany, w sposób, który będzie już odpowiadał treści OPZ. Jest to więc działanie, które w swojej istocie jest definicją niedozwolonej negocjacji treści oferty pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Tym samym nie może się ostać jako prawidłowe i ważne w Postępowaniu - w konsekwencji powinny zostać przez Zamawiającego pominięte w toku badania i oceny oferty Konsorcjum TERS.

Oferta złożona przez Konsorcjum TERS winna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

Primost zwraca uwagę, że opisane powyżej negocjowanie treści oferty złożonej przez Konsorcjum TERS oprócz tego, iż było działaniem nieuprawnionym w świetle przepisów Pzp niesie za sobą dalsze konsekwencje w postaci obowiązku odrzucenia oferty rzeczono konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Odwołujący pragnie przy tym również zaznaczyć, że stwierdzone niezgodności mają charakter nieusuwalny, których nie można wyjaśnić w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp czego Zamawiający był świadom z uwagi na sposób sformułowania przez Niego „pytania ratunkowego”. Tymczasem w świetle obowiązujących przepisów Pzp był On zobowiązany do podjęcia niżej opisanych czynności w ramach badania i oceny oferty Konsorcjum TERS.

Wpływ wybranej przez Zamawiającego formuły realizacji zamówienia na stwierdzenie niezgodności z warunkami zamówienia.

Omówienie zarzutu niezgodności z warunkami zamówienia wymaga uprzedniego, krótkiego omówienia skutków płynących z obranej przez Zamawiającego formuły realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania, tj. formuły „wybuduj”.

Przepisy Prawa zamówień publicznych przez roboty budowlane nakazują rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (zob. art. 7 pkt 21 Pzp). Oznacza to, że, co do zasady, roboty budowlane mogą zostać wykonane tylko w jednym z wyżej wymienionych wariantów. Przedmiotem Postępowania jest wykonanie robót budowlanych w formule „wybuduj”, co ma konsekwencje nie tylko dla etapu realizacji zamówienia, lecz również dla etapu przygotowania ofert przez potencjalnych wykonawców.

W przypadku zamówień, w których roboty budowlane mają zostać zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” zakres materiałów, jaki otrzymuje wykonawca od zamawiającego, m.in. w ramach opisu przedmiotu zamówienia, jest znacznie ograniczony (w stosunku do występującego w przypadku formuły „wybuduj”), a co za tym idzie założenia koncepcyjne czy też finansowe przyszłej, planowanej inwestycji opracowane są w odmiennych warunkach niż dla formuły „wybuduj”.

W przypadku formuły, w której oferta przygotowywana jest w oparciu o istniejącą dokumentację projektową uchwycenie niezgodności z taką dokumentacją jest relatywnie proste. Wobec wielości jednoznacznych i niebudzących wątpliwości szczegółów zawartych w dokumentacji niezgodność sprowadzać się będzie np. do braku wyceny określonej pozycji kosztorysu lub udzieleniu takiej odpowiedzi na pytanie zamawiającego, z której wynikać będzie, że dany zakres (precyzyjnie wynikający z dokumentacji projektowej) nie został w ofercie przewidziany lub przewidziano zakres odmienny od narzuconego.

Istnienie stypizowanej dokumentacji składającej się na OPZ oznacza, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia co do zasady jest zobowiązany wycenić dokładnie ten sam zakres przyszłego świadczenia. Wszelkie rozbieżności w cenach pomiędzy konkretnymi ofertami mogą co najwyżej wynikać m.in. z przyjętego sposobu zarządzania budową, specyficznego know-how albo szczególnie korzystnych warunków związanych z realizacją danej inwestycji.

Niemniej, żaden z wykonawców nie może (wyceniając ofertę) przyjąć odmiennych założeń realizacyjnych (np. zastosowanej technologii, ilości robót do wykonania itp.) niż te wynikające wprost z dokumentacji składającej się na OPZ, w szczególności nie może zaniechać wykonania robót, które zostały wprost wskazane przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Takie działanie stanowiłoby bowiem niedozwoloną optymalizację, która niechybnie skutkowałaby brakiem porównywalności złożonych w postępowaniu ofert.

Od strony formalnej, związanej ze sporządzeniem odwołania, realizacja zamówienia w formule „wybuduj” generuje ten skutek, że chcąc wykazać, że dany wykonawca wycenił zakres niezgodny z zakresem przedmiotu zamówienia, co oznacza, że należy każdorazowo wykazać istnienie owej „niezgodności” w treści oferty złożonej przez wykonawcę ze stypizowanymi w dokumentacji zamówienia oczekiwaniami Zamawiającego.

Warunki uznania danej oferty za niezgodną z warunkami zamówienia w świetle art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Z uwagi na wagę opisanych powyżej uchybień w tym miejscu Primost pragnie pokazać w jakich okolicznościach (formalno-prawnych) może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

W myśl dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Na przestrzeni lat norma ta była poddana rzetelnej i systemowej analizie ze strony Krajowej Izby Odwoławczej. W konsekwencji powstała ugruntowana już linia orzecznicza, która precyzuje w jakich sytuacjach zamawiający może pozbawić wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia z tej przyczyny.

141. W swoim orzecznictwie Izba stanęła na stanowisku, że „aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru<sup>22</sup>”. Do podobnych konkluzji Izba doszła również w wyroku z dnia 14 stycznia 2022 roku stwierdzając, że „zastosowanie przesłanki odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert<sup>23</sup>”. Innymi słowy zamawiający musi mieć pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z treścią SWZ (szerzej: dokumentów zamówienia).

142. Należy więc stwierdzić, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp istnieje wtedy, gdy zamawiający (albo odwołujący) jest w stanie jednoznacznie wykazać, że oferta złożona przez danego wykonawcę jest niezgodna z konkretnymi postanowieniami dokumentów zamówienia, istniejącymi na dzień upływu terminu skradania ofert, przy czym zakazane jest interpretowanie przez zamawiającego tych postanowień wbrew ich literalnej treści (np. w sposób rozszerzający). Z drugiej, zaistnienie (stwierdzenie) stanu niezgodności powoduje, że odrzucenie oferty staje się koniecznością (o ile nie znajdzie zastosowania art. 223 Pzp).

II.2.5.3. Oferta złożona przez Konsorcjum TERS jest niezgodna z warunkami zamówienia.

143. Mając na uwadze rozważania poczynione w pkt II.1.2.3. Odwołania należy uznać, że w ramach Wyjaśnień 1 Konsorcjum TERS potwierdziło, że w ramach robót tymczasowych (objętych pozycją 45 kosztorysu MD.2 Tom 3.2) zamierza wykonać jedynie montaż barier tymczasowych. Poniżej Primost prezentuje wyciąg z treści rzeczonych Wyjaśnień:

Wyciąg z treści Wyjaśnień 1, str. 28 tamże

144. Tymczasem zgodnie z treścią STWiORB M 23.01.02b oraz treścią odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego (przywołanej przez Niego w ramach Wezwania 2) zakres robót tymczasowych obejmuje szereg innych prac i robót, które nie zostały wymienione przez Konsorcjum TERS w ramach Wyjaśnień 1.

9.2. Cena jednostki obmiarowej Cena jednostki obmiarowej uwzględnia:

- opracowanie Programu Zapewnienia Jakości zawierający projekt organizacji i harmonogram robót i uzgodnienie go przez Inżyniera,

- koszty sporządzenia projektów wymienionych w pkt. 5 niniejszej STWiORB.

- zapewnienie niezbędnych czynników produkcji.

wykonanie, zamontowanie i rozbiórka podestów umożliwiających dojście do robót.

- odwodnienie wykopów na czas prowadzenia robót,

- wykonanie prac rozbiórkowych,

- koszt zabezpieczenia BHP,

- przygotowanie dojazdu dla sprzętu odwożącego gruz,

- odwóz gruzu i koszt jego składowania.

-odwóz urobku na składowisko odpadów i koszt jego składowania lub utylizacji.

-oczyszczenie miejsca pracy.

-uzyskany gruz / materiał z rozbiórki stanowi własność Wykonawcy robót

-koszty zabezpieczenia BHP.

-koszt sporządzenia projektów i rysunków określonych w pkt. 5 niniejszej STWiORB.

koszt urządzeń pomocniczych zapewniających bezpieczeństwo prowadzenia robót oraz bezpieczeństwo użytkowników dróg i kolei w obrębie prowadzenia robót.

Cena ryczałtowego wynagrodzenia za wykonania robót tymczasowych zabezpieczających i wzmacniających etapowe prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu określonych w niniejszej STWiORB obejmuje również:

-opracowanie Programu Zapewnienia Jakości zawierający projekt organizacji i harmonogram robót i uzgodnienie go przez Inżyniera,

- koszty sporządzenia projektów wymienionych w pkt. 5 niniejszej STWiORB. zapewnienie niezbędnych czynników produkcji.

-ewentualne obniżenie poziomu wody gruntowej (studnie depresyjne, pompowane) umożliwiające prowadzenie robót rozbiórkowych poniżej poziomu wody gruntowej,

-wykopy lub rozkopy drogi umożliwiające dojazd do robót rozbiórkowych.

-wyjęcie ścianek szczelnych przy istniejących fundamentach jako roboty zabezpieczające w przypadku konieczności,

- wykonanie lokalnego wzmocnienia obiektu (w zakresie PTg) w przypadku stwierdzenia takiej konieczności,

- dodatkowy montaż zbrojenia wynikający z etapowania rozbiórki, wykonanie dodatkowego zbrojenia należy dostosować do etapowania robót,

- rozwiązania dotyczące podziału prętów, zakłady itp. Wykonawca uwzględni w kosztach mniejszej pozycji w ilościach zgodnych z PTg (Projektu Technologicznego).

-koszt dodatkowego podziału deskowania, rusztowania, betonowania segmentami wynikające z PTg

- roboty tymczasowe w szczególności ścianki szylingowe, które są potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie są przekazywane Zamawiającemu i są usuwane po wykonaniu robót podstawowych.

-prace towarzyszące, które są niezbędne do wykonania robót podstawowych, niezaliczane do

Wyciąg z treści STWiORB M 23.01.02b, str. 4 i 5 tamże

145.Montaż barier tymczasowych może zostać ujęty wyłącznie w ramach jednej spośród kilkunastu pozycji wymienionych w treści STWiORB M 23.01.02b pkt 9.2.

- jest to więc jeden niewielki element większej całości. Wykonawca zamówienia objętego Postępowaniem jest zobowiązany wykonać natomiast pełen zakres prac, o których mowa w rzeczonym punkcie, tj. m.in. opracować program zapewnienia jakości, uwzględnić koszty BHP, dokonać odpowiednich wykopów i rozkopów, uwzględnić koszty deskowania oraz rusztowań.

146.Konsorcjum TERS udzielając Wyjaśnień 1 ograniczyło się wyłącznie do wskazania do wykonania montażu barier tymczasowych, które jak wykazano powyżej stanowią wyłącznie wycinek większej całości. Takie działanie wynika z błędnego rozeznania dokumentacji składającej się na OPZ, co znalazło wyraz w treści udzielonych przez tego wykonawcę Wyjaśnień 1.

147.Stwierdzona niezgodność ma przy tym charakter jednoznaczny, bowiem wynika wprost z zestawienia jednoznacznego oświadczenia Konsorcjum TERS („w cenie [...] ujęliśmy następujące roboty tymczasowe - montaż barier tymczasowych”) z równie jednoznaczną treścią OPZ (oraz odpowiedzi Zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, przywołanej we wcześniejszej części odwołania), która jest omówiona powyżej.

148.Opisana powyżej niezgodność ma przy tym charakter nieusuwalny, nie da się jej sprostować bądź wyjaśnić w ramach procedur jakie przysługują Zamawiającemu w ramach Postępowania na gruncie Pzp. Za działanie zgodne z prawem nie może zostać uznana próba ratowania oferty Konsorcjum TERS w ramach procedury wyjaśniającego

zainicjowanej Wezwaniem 2 (brak zasadności oraz konieczności przeprowadzenia takiej procedury został omówiony w pkt II 1.2.3. odwołania).

149. W tym miejscu warto zasygnalizować, że w pierwszym kosztorysie sporządzonym przez Zamawiającego na potrzeby postępowania (tj. w kosztorysie MD.2 Tom 3.2) nie istniała pozycja 45, która dotyczyła robót tymczasowych - została ona dodana w dniu 6 września 2024 roku w wyniku zmiany treści SWZ. W ocenie Primost opisana powyżej niezgodność jest konsekwencją błędu po stronie Konsorcjum TERS, które nie dostrzegło tej zmiany i jej wpływu na sposób wyceny oferty.

150. Z powyższych względów oferta złożona przez Konsorcjum TERS winna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

II.2.6. Konsorcjum TERS poważnie naruszyło swoje obowiązki zawodowe.

151. Primost uzyskał informację, że jeden z członków Konsorcjum TERS, tj. INSTBUD Sp. z o.o. (dawniej F.H.U INSTBUD S.B. Spółka Jawna) realizuje na rzecz Zakładu Gospodarki Komunalnej w Cieszynie dwa zamówienia publiczne wymienione w tabeli poniżej:

Zamawiający: Nazwa zadania: Link do postępowania:

Zakład Gospodarki Komunalnej w Cieszynie Sp. z o.o. Modernizacja (renowacja) kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Hażlaskiej w Cieszynie

<https://platformazakupowa.gov.pl/transakcja/984842>

Modernizacja (renowacja) kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Przepilińskiego w Cieszynie <https://platformazakupowa.gov.pl/transakcja/957980>

Tabela nr 2 - wykaz zamówień realizowanych na rzecz ZGK Cieszyn

152. W obydwu wymienionych powyżej postępowaniach oferta złożona przez INSTBUD Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji z podmiotem tym została zawarta umowa o realizację zamówienia publicznego.

153. Zamawiający w umowach na realizację wyżej wymienionych zadań przewidział, że wykonawca INSTBUD Sp. z o.o. jest zobowiązany do ich należytego wykonania w określonym terminie, który został ukształtowany w sposób następujący:

Nazwa zadania: Treść postanowienia umowy:

Modernizacja (renowacja) kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Hażlaskiej w Cieszynie „Termin wykonania robót budowlanych upływa 8 tygodni od dnia podpisania umowy jednakże nie później niż do 20.12.2024 r., rozumiany jako zakończenie wszystkich robót, uporządkowanie terenu i podpisanie protokołu odbioru końcowego”

Modernizacja (renowacja) kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Przepilińskiego w Cieszynie „Termin wykonania robót budowlanych upływa 15 tygodni od dnia podpisania umowy jednakże nie później niż do 16.12.2024 r., rozumiany jako zakończenie wszystkich robót, uporządkowanie terenu i podpisanie protokołu odbioru końcowego.”

Tabela nr 3 - wykaz zamówień realizowanych na rzecz ZGK Cieszyn.

154. Należy zaznaczyć, że nieterminowe wykonanie każdego z wyżej wymienionych zamówień było obwarowane karą umowną liczoną za każdy dzień kalendarzowy opóźnienia (w wysokości 200,00 złotych).

155. Odwołujący pismem z dnia 10 stycznia 2025 roku zwrócił się do zamawiającego (Zakładu Gospodarki Komunalnej w Cieszynie Sp. z o.o.) z prośbą o udostępnienie informacji publicznej w n/w. zakresie:

Działając na podstawie art. 1 ust. 1 w związku z art. 2 ust. 1 Ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej zwracam się do Państwa z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w postaci:

Informacji dotyczących naliczonych kar umownych („Kary umowne”) wykonawcy INSTBUD Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Gdów („Wykonawca”) podczas realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego pod nazwą: „Modernizacja (renowacja) kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Hażlaskiej w Cieszynie” oraz umowy na realizację zadania pod nazwą: „Modernizacja (renowacja) kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Przepilińskiego w Cieszynie” (łącznie „Umowy”) oraz wskazania, czy w toku realizacji Umów doszło do rozwiązania / wypowiedzenia Umowy/ów z winy Wykonawcy

przez: przesłanie odpowiedzi na wniosek oraz danych dotyczących m.m. wysokości naliczonych kar umownych Wykonawcy wraz z informacją nt. przedmiotowego zawinienia Wykonawcy podczas realizacji Umowy w formie

elektronicznej na adres e-mail:

Wyciąg z wniosku o dostęp do informacji publicznej, załącznik nr 9 do odwołania

156.Zakład Gospodarki Komunalnej w Cieszynie pismem z dnia 17 stycznia 2025 roku poinformował Primost, że:

Sprawa: odpowiedź na wniosek o dostęp do informacji publicznej

W odpowiedzi na Pana wniosek z dnia 10 stycznia 2025 r. informuję, że na dzień udzielania niniejszej informacji realizacja przez Wykonawcę zadania w ramach przedmiotowych Umów nie została ukończona w sposób opisany w § 2 ust. 1 każdej z nich.

W konsekwencji Zamawiający może naliczyć karę umowną, o których mowa w § 5 ust. 3 Umów zaś ich ostateczna wysokość jest uzależniona od okresu, w którym Wykonawca pozostawał będzie w zwłoce z wykonaniem przedmiotu Umów, a zatem może być znana dopiero po spełnieniu przesłanek wskazanych w § 2 ust. 1 Umów.

Wyciąg z odpowiedzi na wniosek o dostęp do info. publ., załącznik nr 10 do odwołania

157.Z powyższego wynika zatem, że INSTBUD Sp. z o.o. poważnie naruszył nałożone nań obowiązki związane z realizacją obu ww. kontraktów, co podważa jego uczciwość oraz rzetelność. W ocenie Primost nieterminowe wykonanie zamówień publicznych było przy tym wynikiem rażącego niedbalstwa.

158.W tym miejscu należy zauważyć, że rzeczony wykonawca w samym tylko 2024 roku zobowiązał się do realizacji co najmniej 7 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, co potwierdza tabela poniżej:

I.p.Zamawiający: Nazwa zadania:

1.Gmina Dobczyce Remont drogi gminnej nr 540007K (ulica Jałowcowa) w km. 0+000 do km 0 + 263 w mc. Dobczyce, Gmina Dobczyce

2.Gmina Miasta Dębica Remont zniszczonej podczas powodzi kanalizacji deszczowej na ul. Piłsudskiego w Dębicy

3.Zakład Gospodarki Komunalnej w Cieszynie Sp. z o.o. Modernizacja (renowacja) kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Hażlaskiej w Cieszynie

4.Zakład Gospodarki Komunalnej w Cieszynie Sp. z o.o. Modernizacja (renowacja) kanalizacji ogólnospławnej w ulicy Przepilińskiego w Cieszynie

5.Regionalne Centrum Gospodarki Wodno- Ściekowej S.A. Renowacja kanalizacji na terenie miasta Tychy

6.GMINA MIASTO SZCZECIN Renowacja kanalizacji deszczowej dn650 w ul. Kłosowej w Szczecinie

7.MIEJSKIE WODOCIĄGI I OCZYSZCZALNIA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ R sieci kanalizacji deszczowej metodą bezwykopową w technologii rękawa termoutwardzalnego na terenie Grudziądza

Tabela nr 4 - wykaz postępowań realizowanych przez INSTBUD Sp. z o.o.

159.Potencjał osobowy, kadrowy i sprzętowy (techniczny) INSTBUD Sp. z o.o., pomimo zapewnień składanych przez tego wykonawcę w ramach Wyjaśnień 1, nie pozwala na symultaniczną realizację kilku zadań o złożonym charakterze, w pożądanym przez danego zamawiającego terminie.

160.Zgodnie z treścią rozdziału 9 pkt 9.2. ppkt 5, 8 i 10 SWZ Zamawiający przewidział następujące, fakultatywne przesłanki wykluczenia z Postępowania:

„Zamawiający wykluczy 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;

161.Jak zostanie wykazane poniżej Konsorcjum TERS winno zostać wykluczone z Postępowania z uwagi na ziszczenie się ww. podstawy wykluczenia.

II.2.6.1. Konsorcjum TERS winno zostać wykluczone z udziału w Postępowaniu;

162.Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp: Zamawiający, o ile tylko wskazał to w ogłoszeniu, wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, 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.

163. Jak zostało wskazane powyżej, Zamawiający w przedmiotowym Postępowaniu przewidział ww. przesłankę wykluczenia.

164. W kontekście powyższego, po pierwsze, podkreślenia wymaga, że przepis regulujący podstawę wykluczenia w zakresie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych tj. art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. c) Dyrektywa PE i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa klasyczna”), w którym podobnie przyjęto, iż: „instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: (...) c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość”.

165. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu i orzecznictwie, naruszenie obowiązków zawodowych to zarówno naruszenie ustawy, norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę (np. Kodeks Etyki Lekarskiej, Kodeks Etyki Radcy Prawnego), jak i umowy. Chodzi generalnie o zachowanie, które jest naruszeniem dóbr prawnych znajdujących się pod ochroną karną lub powoduje albo może spowodować znaczne szkody.

166. Jeśli z kolei chodzi o zawinione poważne naruszenie, przejawia się ono nie tylko w umyślnym działaniu, ale również w rażącym niedbalstwie, które rozumiane jest w orzecznictwie jako naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności.

167. Ponadto w kontekście zdarzenia zawinionego i poważnego, podważającego uczciwość (wiarygodność) danego wykonawcy, wskazuje się, iż: wchodzi w grę przede wszystkim w przypadku skazania, nawet nieprawomocnego, za czyn zabroniony związany z działalnością zawodową wykonawcy.

168. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) oraz doktrynie wielokrotnie podkreślano, że „poważne naruszenie obowiązków” należy odczytywać możliwie szeroko.

169. Na szczególną uwagę w powyższym kontekście zasługuje wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2019 roku, w którym Trybunał podkreślając jednocześnie, iż: pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu gospodarczego (wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 27), jego integralność lub niezawodność. Z powyższego wynika, iż pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego”, będące przedmiotem szerokiej wykładni, nie może ograniczać się jedynie do uchybień i zaniedbań przy wykonywaniu zamówienia publicznego”.

170. Co warto podkreślić, przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp znajdzie zastosowania dopiero w sytuacji, w której zamawiający jest w stanie wykazać zawinione poważne naruszenie zawodowe, podważające uczciwość wykonawcy, za pomocą stosownych dowodów. W tym kontekście należy wskazać, że z informacji uzyskanych w ramach niniejszego odwołania Zamawiający jest w stanie stwierdzić, w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że wykonawca INSTBUD Sp. z o.o. wykonuje powierzone mu zamówienia publiczne w sposób nierzetelny, co potwierdza odpowiedź na wniosek o dostęp do informacji publicznej.

171. Kwestie te z pewnością przesądzają, że w stosunku do INSTBUD Sp. z o.o. (a w konsekwencji do Konsorcjum TERS) ziściła się przesłanka wykluczenia opisana w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

172. Primum w tym miejscu pragnie przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2012 r. (sygn. KIO 1275/12 w którym stwierdzono, że „Co do zasady, zamawiający prowadząc postępowanie zobowiązani są oceniać treść złożonych dokumentów na dzień składania wniosków lub ofert, jednak p.z.p. nie ustanawia zakazu weryfikacji wykonawców na późniejszym etapie postępowania w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.” W dalszej części niniejszego wyroku możemy natomiast przeczytać, że „Jeżeli w toku postępowania zamawiający stwierdzi, iż zachodzą przesłanki obligujące go do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, zobowiązany jest to uczynić - art. 24 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. oraz art. 89 ust. 1 p.z.p. statuują bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia stosownych działań w sytuacji, gdy zamawiający stwierdzi, że zaktualizowały się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty.”

173. Z powyższego wynika, że rola Zamawiającego z badaniem i oceną ofert nie kończy się w momencie wyboru oferty najkorzystniejszej lecz trwa do momentu formalnego zakończenia Postępowania, który wyznacza data zawarcia umowy.

Okoliczność uzyskania przedmiotowej informacji winna skutkować więc wykluczeniem Konsorcjum TERS z Postępowania, a w konsekwencji odrzuceniem oferty złożonej przez ten podmiot.

174. Mając na uwadze opisane powyżej okoliczności faktyczne oraz prawne należy stwierdzić, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### **ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej określanej jako: „Pzp”) składam odpowiedź na odwołanie złożone w dniu 17.01.2025 r. (dalej jako: „Odwołanie”) przez Primost Południe Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin (dalej jako: „Primost” lub „Odwołujący”), wnosząc o:

-oddalenie odwołania w całości;

-obciążenie kosztami postępowania Odwołującego i przystępujących po jego stronie.

### **UZASADNIENIE**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „Uznk”) przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum TERS wraz pismem z dnia 27 listopada 2024 roku oraz pismem z dnia 12 grudnia 2024 roku - zastrzeżonych jako

tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania, iż informacje te posiadają wartość gospodarczą oraz zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym dotyczącym wykonawcy;

ewentualnie:

2. art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TERS z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że:

(a)Konsorcjum TERS w złożonych wyjaśnieniach nie wykazało, że cena, jaką zaoferowało za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny);

(b)cena ofertowa Konsorcjum TERS nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego z Konsorcjum TERS niedozwolonych negocjacji treści oferty co do zakresu wycenionych i zaoferowanych przez Wykonawcę prac, a w konsekwencji niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum TERS, w sytuacji gdy oferta ta jest w sposób jednoznaczny niezgodna z warunkami zamówienia, co potwierdziły wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum TERS w dniu 27 listopada 2024 roku, w których wykonawca ten potwierdził, że w ramach robót tymczasowych zamierza wykonać jedynie montaż barier tymczasowych, gdy tymczasem w zakresie przedmiotowych robót (ujętych w poz. 45 kosztorysu MD.2 Tom 3.2) wchodzi zdecydowanie większy zakres prac i robót niż wykonanie barier tymczasowych, na co - mimo obowiązku - Wykonawca nie wskazał w złożonych wyjaśnieniach;

a w każdym przypadku:

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TERS z Postępowania i - w konsekwencji - odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której Wykonawca INSTBUD Sp. z o.o. nienależycie wykonywał wcześniejsze zamówienia publiczne, co podważa jego uczciwość, a zatem spełnione zostały wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, dlatego oferta powinna zostać odrzucona;

5. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 118 ust. 2 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy (Konsorcjum TERS), który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego (Trakcja S.A.), gdyż - w okolicznościach przedmiotowej sprawy - nie sposób przyjąć, iż podmiot ten faktycznie wykonana stosowny zakres prac, co oznacza że udział podmiotu trzeciego ma charakter pozorny, fikcyjny;

a w konsekwencji:

6. (1) art. 16 Pzp i 239 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości oraz wybór oferty Konsorcjum TERS.

1 W treści odwołania oznaczono ten punkt jako „(1)”.

Odwołujący domaga się uwzględnienia odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

(3) odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień założeń przez Konsorcjum TERS pismem z dnia 27 listopada 2024 roku oraz pismem z dnia 12 grudnia 2024 roku;

ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że nie istnieją podstawy do odtajnienia tych dokumentów):

(4) uznanie, że oferta Konsorcjum TERS zawiera rażąco niską cenę;

(5) uznanie, że oferta Konsorcjum TERS jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym wykonania robót tymczasowych zgodnie z dokumentacją zamówienia;

(6) wykluczenia Konsorcjum TERS z Postępowania (w każdym przypadku);

(7) odrzucenie oferty Konsorcjum TERS.

Zamawiający podnosi, że zarzuty odwołania oraz wnioski Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu.

#### I. Istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego

Posługując się nomenklaturą (w tym m.in. oznaczeniem jednostek redakcyjnych) Odwołania w pierwszej kolejności należy odnieść się do wskazanego w uzasadnieniu odwołania pkt I [Istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego].

W opisie stanu faktycznego konieczne jest uzupełnienie w szczególności co do okoliczności wskazanych w pkt I.5, I.6, I.8, I.9, I.13 uzasadnienia Odwołania.

Zamawiający pismami z dnia 8.11.2024 r. wzywał, na podstawie art. 224 ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, nie tylko Konsorcjum TERS oraz również Odwołującego (Primost), do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz do złożenia wyjaśnień.

Wyjaśnienia zostały złożone przez obu Wykonawców (pismo Primost z dnia 27.11.2024 r. oraz pismo Konsorcjum TERS z tego samego dnia).

Zamawiający uznał, że konieczne są dalsze wyjaśnienia w stosunku do ofert obu Wykonawców. Z tego względu Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 oraz 223 ust. 1 Pzp zwrócił się o dalsze wyjaśnienia do tych Wykonawców (tj. do Konsorcjum TERS i do Primost).

Wykonawcy nie kwestionowali treści dodatkowego wezwania i złożyli dodatkowe wyjaśnienia.

Primost podobnie do Konsorcjum TERS zastrzegł część wyjaśnień nr 1 i 2.

Powyższe uzupełnienie stanu faktycznego jest konieczne, ponieważ potwierdza fakt, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający kierował się zasadą równego traktowania Wykonawców.

#### II. Stanowisko Zamawiającego co do poszczególnych zarzutów wskazanych w Odwołaniu.

##### II.1 Zarzut wadliwego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum TERS

Biorąc pod uwagę tożsamy zakres zastrzeganych informacji oraz porównywalną treść uzasadnienia prezentowanego zarówno przez Konsorcjum TERS jak i Odwołującego - Zamawiający uznał zasadność zastrzeżenia wszystkich informacji utajnionych przez te podmioty.

Z uwagi na powyższe niezrozumiałe jest stanowisko Odwołującego dotyczące zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum TERS, podczas gdy sam Odwołujący, w stosunku do utajnionych przez siebie informacji w porównywalnym zakresie, podjął analogiczne działania celem ich zastrzeżenia.

Poniżej Zamawiający przedstawia argumenty obrazujące sposób oceny zasadności zastrzeżenia informacji utajnionych przez Konsorcjum TERS.

Zamawiający po dokonaniu analizy uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny z dnia 27.11.2024 r., złożonych przez Konsorcjum TERS, uznał skuteczność ich zastrzeżenia w świetle art. 11 ust. 2 Uznk.

Zdaniem Zamawiającego zastrzeżone informacje zasługują na ochronę, o której mowa w art. 18 ust. 3 Pzp, gdyż w przedłożonym uzasadnieniu jednoznacznie wykazano łączne spełnienie ustawowych przesłanek legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk tj.:

1)informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Konsorcjum TERS kierując się zasadą minimalizmu zastrzeganych informacji, zdaniem Zamawiającego odpowiednio wykazało handlowy oraz organizacyjny charakter utajnionych treści, zwracając szczególną uwagę na sposób i metodologię wyceny przedmiotu zamówienia stanowiące know-how całego Konsorcjum.

W uzasadnieniu w sposób szczegółowy przedstawiono wartość gospodarczą informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wykazując jednocześnie skonkretyzowany poziom tej wartości „(...) biorąc pod uwagę całokształt zastrzeganych informacji oraz argumentację powołaną powyżej, wartość gospodarczą zastrzeganych informacji Konsorcjum należałoby określić na co najmniej 20.000.000,00 zł”. Dodatkowo wyraźnie opisano czynniki, które Wykonawca brał pod uwagę przy wyliczeniu powyższej wartości tj.: utracone przychody z tytułu braku możliwości uczestniczenia w postępowaniach na konkurencyjnych warunkach, kary umowne i roszczenia odszkodowawcze z tytułu ujawnienia szczegółowych

cen ofertowych podwykonawców oraz wartość utraconych możliwości uzyskania doświadczenia wynikającego z realizacji zamówień.

Ponadto wypełniając przesłanki opisane w pkt. 2 i 3 powyżej Konsorcjum TERS wykazało, że podjęło szereg działań mających na celu ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym celu przedstawiono odpowiednie dokumenty świadczące o objęciu utajnionych dokumentów polityką ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno u Partnera jak i Lidera Konsorcjum, w których opisano procedury wdrożone w celu poufności zastrzeżonych danych.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty nie sposób przy tym zgodzić się z Odwołującym, że „Konsorcjum TERS nie wykazało, aby względem zastrzeżonych przez nie informacji spełniły się wszystkie warunki umożliwiające utajnienie informacji zgodnie z prawem”.

Pierwszy z zarzutów Odwołującego dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, odnosi się do niezasadnego zastrzeżenia w pełnym zakresie ofert złożonych przez podwykonawców tj. „nie tylko nazw i cen, lecz również jednostek (m3, szt., kpi itd.)”. W tym miejscu Zamawiający pragnie podkreślić, iż w treści ofert podwykonawczych zawarto klauzule poufności, zgodnie z którymi utajnieniu podlega nie tylko sama wycena a cała oferta pod rygorem zapłaty kary umownej. Niniejsze oznacza, że Partnerzy przekazując oferty cenowe, będąc autorem informacji w nich zawartych, zobligowali dysponenta do objęcia ofert ochroną w ich pełnym zakresie, a nie tylko w zakresie części danych znajdujących się w tych dokumentach.

Ponadto Odwołujący podnosi, że Konsorcjum TERS nie wykazało, że ujawnienie firm podwykonawców mogłoby wpłynąć na wiążące go z nimi relacje. Biorąc pod uwagę zastrzeżenie ofert podwykonawczych w ich pełnym zakresie, należy zauważyć, że nazwa podwykonawcy, jako autora oferty - jest również częścią tej oferty.

Konsorcjum w uzasadnieniu jednoznacznie wskazuje, że „ujawnienie poufnych informacji potencjalnych dostawców będzie mogło skutkować również zerwaniem relacji handlowych z tymi podmiotami, co wpłynie na dalszą działalność Wykonawcy (trudniejsze warunki realizacji kolejnych zamówień, utrata zaufania kontrahentów)” - co uzasadnia również, że upublicznienie samego faktu pozostawania w relacjach handlowych z tymi podmiotami może wpłynąć negatywnie na wzajemne relacje handlowe, a tym samym na pozycję Konsorcjum. Nie ulega jednak wątpliwości, że relacje Wykonawcy z kontrahentami polegają na wzajemnej współpracy czego skutkiem jest uzyskiwanie konkurencyjnych warunków handlowych, gdyż znajduje to swoje odzwierciedlenie nie tylko w oświadczeniach Wykonawcy ale również w treści ofert podwykonawczych.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że Zamawiający „na stronach internetowych związanych z realizacją konkretnej inwestycji publikuje firmy podwykonawców oraz powierzony im zakres świadczenia (...). Nie jest zatem wykluczone, iż nazwy podwykonawców, z których zamierza skorzystać Konsorcjum TERS znajdują się na ww. stronie internetowej. Jeśli natomiast nie to najpewniej wkrótce się tam znajdą”. W przywołanym zakresie Zamawiający pragnie podkreślić, że obowiązek informacyjny związany z prowadzeniem strony internetowej danej inwestycji dotyczy zadań współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Inwestycja będąca przedmiotem niniejszego postępowania nie jest objęta dofinansowaniem, w związku z czym nazwy podwykonawców nie będą stanowiły w tym przypadku informacji udostępnianych na stronach internetowych.

Podkreślenia również wymaga, że podanie nazw ewentualnych podwykonawców na etapie postępowania przetargowego jest czynnością czysto informacyjną, gdyż:

- Po pierwsze - Wykonawca wskazując zakres podwykonawstwa nie ma obowiązku wskazywania nazw podwykonawców nieznanych jeszcze na etapie składania ofert.
- Pod drugie - nawet jeśli Wykonawca wskazuje w ofercie nazwy podwykonawców jest uprawniony do dokonywania zmian w tym zakresie.

Jak wskazuje Wyrok KIO 2340/22 z dnia 22 września 2022 r. „Brzmienie art. 462 ust. 2 ustawy Pzp wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania informacji o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, jeżeli są już znani, przesądza o jego informacyjnym charakterze. Tym samym, wprowadzanie przez wykonawcę zmian w zakresie podwykonawstwa po terminie składania ofert należy uznać za dopuszczalne, o ile tylko nie stoi w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego w zakresie osobistego wykonania zamówienia.

W związku z powyższym wyrażnie dopuszcza się możliwość wykonania części zamówienia przez podwykonawcę, jak również dopuszcza się możliwość dokonywania zmian w tym zakresie. Z powyższego wynika, że nazwy podwykonawców oraz warunki wskazane w ofertach podwykonawczych, złożone w ramach wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, nie muszą być tożsame ani z listą podwykonawców zgłoszonych do realizacji inwestycji ani z ofertami będącymi załącznikami do umów podwykonawczych.

Kolejno Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum TERS w ramach wyjaśnień dodatkowych w zakresie wyliczenia ceny złożonych w dniu 13.12.2024 r. (dalej: Wyjaśnienia nr 2) nie wykazało, że nowe informacje, nieobjęte pierwotnym uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, posiadają odpowiednią wartość gospodarczą. Według Zamawiającego treść pierwotnego uzasadnienia z dnia 27.11.2024 r. oraz informacja Konsorcjum TERS o jego aktualności również w zakresie informacji zawartych w wyjaśnieniach nr 2 - jest wystarczająca, by zastrzeżenie tych informacji uznać za zasadne.

Biorąc pod uwagę treść części utajnionych Wyjaśnień nr 2 można stwierdzić, że ich zakres w pełni odpowiada zakresowi informacji zawartych w pierwotnych wyjaśnieniach, co do których bezpośrednio ustosunkowano uzasadnienie zastrzeżenia. Mylnym jest więc twierdzenie Odwołującego, że Konsorcjum TERS nie wykazało, że nowe informacje posiadają odpowiednią wartość gospodarczą, gdyż jak wskazuje sam Wykonawca „Wskazana kwota dotyczy bowiem całej kategorii informacji wpływających na wycenę”. W uzasadnieniu Konsorcjum TERS wskazuje również, że dane odnoszące się do kalkulacji ceny stanowią jednolitą całość, stąd wyliczenie wartości gospodarczej osobno dla każdej z informacji byłoby niemiarodajne: „Nawet gdyby Wykonawca dokonał takiego podziału i wskazał oddzielnie wartość gospodarczą każdej z tych informacji, to byłby to podział wyłącznie sztuczny, w jakikolwiek sposób niemierzalny, wynikający wyłącznie z formalistycznego podejścia. Idąc tym tokiem rozumowania doszlibyśmy do absurdów i pytania w stosunku do jak drobnych elementów należałoby określić wartość gospodarczą”.

W związku z powyższym, Zamawiający kompleksowo traktuje wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji wskazaną w pierwotnym uzasadnieniu tj. w odniesieniu do wszystkich danych dotyczących wyliczenia ceny, również tych znajdujących się w Wyjaśnieniach nr 2 oraz załącznikach do tych wyjaśnień.

Wymaga również podkreślenia, że sam Odwołujący określając wartość gospodarczą nowych informacji wskazanych w Wyjaśnieniach nr 2, w przedłożonym, nowym uzasadnieniu wskazał dokładnie taki sam poziom tej wartości jak w pierwotnym uzasadnieniu tj. „Wartość gospodarczą tych informacji trudno jest wyrazić jako konkretną wartość pieniężną, jednakże nie może budzić wątpliwości, że te informacje taką wartość posiadają. Wartość ta może być jednocześnie skwantyfikowana jako różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Wykonawcę, a następną w kolejności ceną w niniejszym postępowaniu. Informacje zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy pozwoliły mu bowiem na zaoferowanie ceny niższej od konkurentów, a więc informacje te mają co najmniej taką wartość gospodarczą” - co świadczy o tym, że wartość gospodarcza również przez Odwołującego została określona całościowo w odniesieniu do wszystkich danych dotyczących wyliczenia ceny.

Ostatni zarzut Odwołującego w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy niesłusznego zastrzeżenia przez Konsorcjum nazw zadań przy których realizacji uczestniczyły osoby skierowane do realizacji przedmiotowego zamówienia - zawartych w treści wyjaśnień nr 2 z dnia 13.12.2024 r. Biorąc pod uwagę fakt, iż obowiązujące przepisy nie obligują Zamawiającego do zawieszenia postępowania, Zamawiający przeprowadził ponowną analizę treści niniejszego dokumentu, a następnie w dniu 22.01.2025 r. podjął decyzję o częściowym odtajnieniu wyjaśnień nr 2 w przywołanym zakresie (patrz załącznik nr 1).

W związku z tym, że „Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy” (wyrok KIO 565/19 z dnia 11.04.2019) zarzut Odwołującego w tym zakresie jest bezprzedmiotowy i jako taki bezzasadny.

II.2(II.2.1) zarzut polegający na tym, jakoby wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum TERS nie pozwalały na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący wskazuje, że „w pierwszej kolejności należy odnieść się do materii związanej z udziałem Podmiotu Udostępniającego Zasoby”. Wывód konkluduje stwierdzeniem, że „Skoro bowiem to podmiot trzeci ma wykonać prace zastrzeżone warunkiem, to logicznym jest, że podmiot ten jest również jedynym podmiotem uprawnionym do przygotowania wyceny tych prac”.

Twierdzenie to nie jest prawdziwe. Podmiot Udostępniający Zasoby nie jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu zakupowym. Skoro to Konsorcjum TERS bierze udział w postępowaniu zakupowym, to nie można twierdzić, że nie jest podmiotem uprawnionym do przygotowania wyceny tych prac w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że „nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. (...) Zamawiający nie ma obowiązków określania katalogu dowodów, wręcz nie jest do tego uprawniony, aby określać katalog dowodów, jakie ma złożyć wykonawca, bowiem zakreślenie danego katalogu dowodów stanowiłoby ograniczenie w możliwości prezentacji stanowiska wykonawcy.”<sup>4</sup> Twierdzenie Odwołującego, że tylko Podmiot Udostępniający Zasoby może sporządzić wycenę prac zastrzeżonych warunkiem jest twierdzeniem chybionym.

Niemniej Odwołujący w akapicie 65 Odwołania stwierdza, że „Konsorcjum TERS nie ma zamiaru przedłożyć wyceny sporządzonej przez Trakcję za zakres branży drogowej i mostowej, bowiem podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w części zastrzeżonej warunkiem, a jeżeli już to tylko w marginalnym, pozornym zakresie.”

Powyższe twierdzenia Odwołującego jest bezpodstawne w okolicznościach sprawy.

Przede wszystkim brak uzasadnienia do twierdzenia, że Podmiot Udostępniający Zasoby nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w części zastrzeżonej warunkiem. Przeciwnie z treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum TERS wprost wynika, że podmiot ten (Trakcja S.A.) ma uczestniczyć w realizacji zamówienia, co jednoznacznie świadczy o respektowaniu przepisu określonego w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Konsorcjum TERS oświadczyło wprost, że roboty drogowe i mostowe zostaną zlecone do realizacji Trakcji S.A. Na potwierdzenie powyższego Konsorcjum TERS przedłożył ofertę Trakcji S.A.

W akapicie 67 Odwołania Odwołujący powołując się na inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których Podmiot Udostępniający Zasoby brał udział jako wykonawca, wskazuje że Trakcja S.A. składała oferty na „wykonanie tożsamego zakresu robót jak dla przedmiotowego Postępowania” z wyceną wyższą niż wycena Konsorcjum TERS a „Zamawiający gdyby tylko chciał, z łatwością zweryfikowałby realność proponowanych cen oraz udziału Trakcja S.A. w wykonaniu zamówienia”.

Zamawiający wskazuje, że porównywanie cen ofert złożonych przez Trakcja S.A. w innych postępowaniach nie byłoby czynnością miarodajną, gdyż wykonanie tożsamego zakresu robót nie świadczy o konieczności jednakowej wyceny przedmiotu zamówienia. Należy zaznaczyć, że na kształtowanie ceny ofertowej wpływ mają również min. warunki realizacji danego zamówienia, jego lokalizacja, czy też aktualne ceny materiałów. Podobnie poziom oczekiwanego zysku również może być inny dla każdego z zadań.

Ponadto Odwołujący podkreśla, że „obowiązkiem wykonawcy, względem którego zrodziło się domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej jest:

a)wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaoferowania ceny na określonym poziomie,

b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (poprzez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności);

c) poparcie powyższego materiałem dowodowym.

Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum TERS wywiązało się należycie z tego obowiązku. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca ten ustosunkował się do wszystkich wątpliwości Zamawiającego wyartykułowanych w treści wezwania, przedstawiając konkretne okoliczności wpływające na wysokość zaoferowanej ceny. Ponadto na potwierdzenie swoich twierdzeń Konsorcjum TERS przedłożyło wyczerpujący materiał dowodowy, który nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, potwierdzając przy tym jej rynkowy charakter.

II.2.2; II.2.3

Zarzut polegający na naruszeniu „zakazu powtórnego wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej” oraz zarzut polegający na stwierdzeniu, że „Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Konsorcjum TERS do dwukrotnego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym branży drogowej i mostowej przy udziale Trakcji (---)”

Odwołujący wskazuje, że „Zakaz kierowania do wykonawców kilkakrotnie wezwań do złożenia wyjaśnień można wywnioskować z art. 224 Pzp w zw. z art. 16 Pzp. Za zgodne z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji należy uznać bowiem ograniczenie do jednokrotności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.”

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów Pzp.

W okolicznościach sprawy Zamawiający wezwał obu Wykonawców do uszczegółowienia złożonych Wyjaśnień zgodnie z art. 224 z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu Odwołania nie wzywał „powtórnie” do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Konsorcjum TERS, tylko wezwał do uszczegółowienia wyjaśnień. Wezwanie do uszczegółowienia wyjaśnień nie jest sprzeczne z normą zawartą w art. 224 Pzp.

Wskazać należy, że zarówno Odwołujący jak i Konsorcjum TERS w odpowiedzi na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny złożyli merytoryczne i poparte dowodami wyjaśnienia. Udzielili obszernych odpowiedzi na ponad 30 szczegółowych zapytań skierowanych przez Zamawiającego, a wątpliwości Zamawiającego pojawiły się zaledwie w stosunku do odpowiedzi udzielonych na dwa spośród zadanych pytań.

W takiej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było skierowanie do Wykonawców dodatkowego wezwania w celu doprecyzowania wyjaśnień. Z takim podejściem zgadza się sam Odwołujący, wskazując w odwołaniu, że „Z uwagi na charakter przepisów ujętych w art. 226 ust. 1 Pzp zamawiający (jako dysponent i gospodarz postępowania) musi każdorazowo mieć >> pewność <<, że dana oferta faktycznie (pod względem formalno-prawnym) podlega odrzuceniu, szczególnie wtedy, gdy jego decyzja ma dotyczyć oferty najkorzystniejszej”. Mając powyższe na względzie w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być mowy o „powtórzeniu procedury wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny”. Nie może być również mowy o naruszeniu zasad konkurencji bądź zasady równego traktowania, ponieważ również Odwołujący został wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazał aby został potraktowany niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji lub został nierówno potraktowany.

II.2.4; II.2.5

Zarzut niezgodności Oferty Konsorcjum TERS z warunkami zamówienia. Tezy zarzutu:

„Oferta złożona przez Konsorcjum TERS winna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia”

„Zamawiający negocjował z Konsorcjum TERS treść oferty”

Zarzuty z punktu II.2.4 i II.2.5 są ze sobą ściśle powiązane, dlatego konieczne jest ustosunkowanie się do obu tych punktów łącznie.

W ocenie Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez „zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum TERS, w sytuacji gdy oferta ta jest w sposób jednoznaczny niezgodna z warunkami zamówienia”.

Odwołujący buduje ten zarzut w oparciu o wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum TERS w zakresie pozycji 45 KO MD-2 TOM 3.2. „Roboty tymczasowe, zabezpieczające etapowe prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu”, gdzie w ramach pierwszych wyjaśnień Konsorcjum TERS złożyło niepełną odpowiedź, którą następnie, po wezwaniu przez Zamawiającego, uszczegółowiło.

Podkreślenia wymaga, że analogiczne działania w zakresie dokładnie tej samej pozycji Zamawiający poczynił w stosunku do oferty Odwołującego. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny na pytanie dotyczące pozycji 45 KO MD-2 TOM 3.2 udzielił niepełnej odpowiedzi, przez co został wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień (pismo znak OKR.D-3.2421.23.2024.mw/24 z 6.12.2024 r. - w aktach sprawy). Odwołujący, podobnie jak Konsorcjum TERS, w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie uszczegółowił odpowiedź w przedmiotowym zakresie (pismo z dnia 13.12.2024 r. - w aktach sprawy).

Dla prawidłowej oceny podjętych przez Zamawiającego działań istotne znaczenie ma charakter pozycji 45 KO MD-2 TOM 3.2. Odwołujący szeroko omawia istotę zadań realizowanych w trybie „buduj” i „projektuj i buduj” wskazując, że w tym pierwszym Wykonawca zobowiązany jest wycenić zakres szczegółowo opisany dokumentacji projektowej. Zamawiający co do zasady zgadza się z tym stanowiskiem. Wskazać jednak należy, że nawet przy zadaniach realizowanych w trybie „buduj” oraz przy kosztorysowym wynagrodzeniu zdarzają się pozycje ryczałtowe, które swoim zakresem mogą obejmować wynik prac a nie konkretne czynności. Taka sytuacja dotyczy przedmiotowej pozycji obejmującej „Roboty tymczasowe, zabezpieczające etapowe prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu”. Standardowo roboty tymczasowe są ujmowane w kosztach ogólnych i/lub w cenach jednostkowych konkretnych pozycji. Z uwagi na specyfikę zadania (etapowa rozbiórka istniejącego obiektu i budowa nowego obiektu w mocno zurbanizowanym terenie, przy zachowaniu ciągłości ruchu) Zamawiający zdecydował się wydzielić ten zakres do odrębnej pozycji. Przy czym Zamawiający nie narzucił sposobu prowadzenia prac rozbiórkowych, robót tymczasowych zabezpieczających etapowe prowadzenie rozbiórki czy formy organizacji ruchu dla utrzymania ciągłości ruchu w dwóch kierunkach. (tj. tymczasowa organizacji na czas prowadzenia robót). W wyjaśnieniu na pytanie nr 88 (Zestaw nr 4 pytań i wyjaśnień do SWZ, załącznik nr 1 do pisma nr O.KR.D-3.2411.8.2024.5.MW z dnia 06.09.2024 - w aktach sprawy) Zamawiający wskazał:

„Zgodnie z zapisami STWIORB D-M.00.00.00, Zamawiający zastrzega, że roboty należy prowadzić z zapewnieniem ciągłości ruchu w ciągu DK 94 przez cały czas trwania inwestycji. Należy zapewnić po jednym pasie ruchu w każdym kierunku (1x2). Zaproponowany etapowy sposób rozbiórki istniejącego mostu i etapowa budowa obiektu MD-2 to propozycja projektanta. Jeżeli Wykonawca przewiduje realizację mostu objazdowego, jako tymczasowe roboty, to jego budowa powinna być ujęta w ofercie w pozycji nr. 45 kosztorysu MD-2 Tom

3.2 Rozbiórka i budowa mostu MD-2 nad rzeką Serafą aktualnego na dzień 06.09.2024 r. Patrz zmiana SWZ nr 6 i 7. Na moście objazdowym Zamawiający również będzie wymagał zapewnienia ciągłości ruchu po jednym pasie w każdym kierunku. Zamawiający informuje że, nie dysponuje terenem do wykonania mostu objazdowego. Ewentualne koszty związane z czasowym zajęciem prywatnych nieruchomości na potrzeby realizacji prac w tym mostu objazdowego jeśli na taki zdecyduje się Wykonawca, muszą być ujęte w cenie oferty.” Podobnie w zmienionej odpowiedzi na pytanie nr 87 (Zmiana nr 1 do treści SWZ, pismo nr O.KR.D-3.2411.8.2024.6.MW z dnia 09.09.2024 - w aktach sprawy) Zamawiający wskazał: „Przyjęte w projekcie rozwiązanie etapowania robót jest przykładowe i niewiążące. Wykonawca może dokonać jego zmiany, uzyskując przed rozpoczęciem robót jego zatwierdzenie u Zamawiającego i Inżyniera, przy założeniu utrzymania ciągłości ruchu podczas całej budowy po jednym pasie w każdym kierunku (1x2). Wykonawca uszczegółowi rozwiązania technologiczne etapowania robót za pomocą PTg (Projektu Technologicznego) uzgodnionego z Projektantem i Inżynierem, dostosowując go do przyjętego przez Wykonawcę sposobu rozbiórki istniejącego obiektu i wykonania projektowanego obiektu MD- 2 oraz możliwości technicznych Wykonawcy. Zaproponowany etapowy sposób rozbiórki istniejącego mostu i etapowa budowa obiektu MD-2 to propozycja projektanta. Wszelkie roboty tymczasowe i wzmacniające (opisane w M.23.01.02b ) oraz realizacja robót wynikających z dokumentacji projektowej (min. realizacja pali prefabrykowanych, zbrojenia w podziale na etapy, połączeń faz roboczych podczas betonowania w podziale na etapy, dylatacji w podziale na etapy) powinny wynikać z opracowanego przez Wykonawcę PTg (Projektu Technologicznego) i powinny być ujęte w ofercie Wykonawcy w pozycji nr. 45 kosztorysu MD-2 Tom 3.2 Rozbiórka i budowa mostu MD-2 nad rzeką Serafą aktualnego na dzień 06.09.2024 r. Zamawiający zmienia w tym zakresie STWIORB M.23.01.02b.”

Również Odwołujący zdaje się dobrze rozumieć charakter tej pozycji, gdyż sam w przedmiotowym zakresie udzielił następujących wyjaśnień „Zamawiający w swoim pytaniu powołuje się ponadto na odpowiedź opublikowaną w dniu 9 września 2024 roku. Jak wynika m.in. z jej treści, przyjęte w projekcie rozwiązanie etapowania robót jest przykładowe i niewiążące, a wykonawca może dokonać jego zmiany, przy założeniu utrzymania ciągłości ruchu podczas całej budowy po jednym pasie w każdym kierunku (1x2); wykonawca uszczegółowi rozwiązania technologiczne etapowania robót za pomocą PTg (Projektu Technologicznego), dostosowując go do przyjętego przez Wykonawcę sposobu rozbiórki istniejącego obiektu i wykonania projektowanego obiektu MD-2 oraz możliwości technicznych Wykonawcy; wszelkie roboty tymczasowe i wzmacniające (opisane w M.23.01.02b) powinny wynikać z opracowanego przez Wykonawcę PTg (Projektu Technologicznego). Wskazuje to, iż Wykonawcy w zakresie, o który dopytuje Zamawiający, mieli niewątpliwe

pewną dozę swobody, jeśli chodzi o przyjęte rozwiązania, a w konsekwencji, zaplanowane prace (jest to w znacznej mierze zdeterminowane przyjętymi rozwiązaniami wynikającymi z wiedzy i doświadczenia Wykonawcy). Potwierdzają to ceny, jakie m.in. za poz. 45 przewidzieli poszczególni oferenci. Wahają się one od ok. 7 tys. zł (Mota-Engil) do kwoty ponad 2 mln zł. Świadczy to o tym, iż przynajmniej w części poszczególni wykonawcy przyjęli (mogli przyjąć) różne rozwiązania w omawianym zakresie. (...) Niezależnie od powyższego, Wykonawca poniżej odnosi się do poszczególnych tiretów STWiORB z pkt 9.2. ppktu dotyczącego pozycji ryczałtowej, prezentując istotne kwestię w kontekście każdego z nich. Już w tym miejscu należy podkreślić, co po części podnoszone było już powyżej, iż sam Zamawiający dostrzega wskazując to w STWiORB, że część pozycji ma charakter „ewentualny” czy też fakultatywny (o ile wystąpi taka konieczność) .

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający na podstawie przedłożonych przez Wykonawców wyjaśnień w zakresie pozycji 45 KO MD-2 TOM 3.2 - nawet stwierdzając, że zakres wskazanych w wyjaśnieniach prac jest niewielki - nie znając pełnych założeń co do przyjętego sposobu rozbiórki istniejącego obiektu i wykonania projektowanego obiektu MD-2 nie miał podstaw, aby z całą pewnością stwierdzić, że treść oferty Konsorcjum TERS jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stąd Zamawiający w dniu 6.12.2024 r. wezwał Konsorcjum TERS do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Formułując treść wezwania Zamawiający starał się aby było ono zrozumiałe i kompletne, tak aby mógł oczekiwać pełnej i rzeczowej odpowiedzi. Nie jest bowiem celem Zamawiającego wciąganie wykonawców w formalne „pułapki”. Czynienie zarzutu w tym zakresie jest dla zamawiającego niezrozumiałe. Podkreślić należy, że pisma kierowane do Odwołującego również charakteryzowały się taką samą szczegółowością.

W odpowiedzi na dodatkowe wezwanie Konsorcjum TERS faktycznie przyznało się do omyłki jaka miała miejsce w pierwotnych wyjaśnieniach i przedstawiło dodatkowe wyjaśnienia odnośnie zakresu ujętego w pozycji nr 45 KO MD-2 TOM 3.2. Oceniając przedstawione przez Konsorcjum TERS stanowisko Zamawiający kierował się orzecznictwem KIO I tak, w wyroku KIO 503/18 z dnia 19 kwietnia 2018 r. wskazano, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 czy 223 ust. 1 ustawy Pzp „mogą stanowić podstawę do odrzucenia oferty, mogą być bowiem traktowane jako dowód, że oferta w rzeczywistości nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, zawiera rażąco niską cenę itd. Jednak w przeciwieństwie do treści oferty wyjaśnieniom nie nadano rygoru niezmienności, jak zrobiono to w stosunku do samej oferty. Nie oznacza to oczywiście, co należy szczególnie podkreślić, że wykonawca w ramach wyjaśnień ceny może dowolnie zmieniać swoje oświadczenia lub składać oświadczenia z sobą całkowicie sprzeczne - świadczyłoby to bowiem o tym, że jego oferta nie jest „poważna” i byłoby podstawą do negatywnej jej oceny, o której mowa w art. 90 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Może jednak wyjaśnienia korygować, doprecyzowywać itd.”

Podobnie w wyroku KIO 146/24 z dnia 7 lutego 2024 r. wskazano: „Zdaniem składu orzekającego dopuszczalna na gruncie ustawy PZP jest sytuacja, w której wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawierają omyłki. Wskazać należy, że często takie omyłki występują w samych ofertach, a jednak ustawa PZP wprowadza możliwość ich poprawiania np. w sytuacji gdy nie powodują istotnych zmian w treści oferty (art. 223 ust. 2 pkt 3). Złożenie wyjaśnień ceny jest jednak tym trudniejsze, że często jest ograniczone krótkimi terminami narzucanymi przez zamawiających. Ryzyko popełnienia błędu jest więc realne. Wskazać jednak należy, uwzględniając cel przepisu art. 224 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy PZP, że drobne omyłki i błędy kalkulacyjne, które nie wpływają na ogólny odbiór wyjaśnień, tj. nie powodują, że wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, zdaniem Izby, nie powinny stanowić powodu do odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę.

Przepisy dotyczące ceny rażąco niskiej nie służą temu by usuwać z postępowania wykonawców, których wyjaśnienia obarczone są jakimiś brakami, a temu by chronić zamawiających i interes publiczny przed narażeniem na ryzyko nieprawidłowej realizacji zamówienia z uwagi na niedoszacowanie ceny oferty. Dlatego też zdaniem Izby instytucja zamawiająca, która zidentyfikuje nieścisłości w wyjaśnieniach powinna w pierwszej kolejności ocenić czy wpływają one na ogólny ich odbiór, tj. czy powodują, iż wyjaśnienia jako całość nie uzasadniają ceny podanej w ofercie w dostatecznym stopniu. Jeśli faktycznie charakter błędów jest na tyle istotny, że poddaje w wątpliwość całość złożonych wyjaśnień, sankcja odrzucenia oferty jest uzasadniona. Nie powinny jednak prowadzić do odrzucenia oferty błędy mało istotne czy też pomyłki kalkulacyjne o marginalnym znaczeniu. Tego typu podejście jest przejawem nadmiernego formalizmu i nie ma nic wspólnego z celem, dla którego przepisy art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy PZP zostały wprowadzone do ustawy.”

Po szczegółowej analizie przedłożonych przez konsorcjum TERS wyjaśnień z dnia 12.12.2024 r. Zamawiający uznał, że nie do ma czynienia ze zmianą treści oferty. Wykonawca przedstawił szczegółową kalkulację pozycji 45 przedstawiając założenia poczynione w zakresie etapowego prowadzenia rozbiórki obiektu mostowego. Wyjaśnienia te w ocenie

zamawiającego stanowiły doprecyzowanie wyjaśnień wcześniej złożonych. Wykonawca bowiem nie zmienił wartości pozycji nr 45 oszacowanej zgodnie z ofertą na 60 000,00 zł, za to wykazał, że montaż barier stanowi jedynie element tej wyceny. Przedstawione wyjaśnienia przekonały Zamawiającego, że prawdziwe jest jego oświadczenie o omyłce popełnionej w samych wyjaśnieniach. Tym samym nie wypełniły się podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp.

II.2.6 zarzut polegający na naruszeniu przez Konsorcjum TERS obowiązków zawodowych

Również ten zarzut ten nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach sprawy.

Odwołujący wskazuje, że uzyskał informację o tym, jakoby INSTBUD sp. z o.o. (członek Konsorcjum TERS) nienależycie realizował zamówienie publicznej dla innego Zamawiającego.

Przy czym sam Odwołujący wskazuje, że na dzień udzielenia informacji przez tego innego Zamawiającego (tj. na dzień 17.01.2025 r.) realizacja zadania przez jednego z członków Konsorcjum nie została ukończona w sposób opisany w postanowieniach umów o zamówienie publiczne. W konsekwencji Zamawiający (Zakład Gospodarki Komunalnej w Cieszyńie) może naliczyć kary umowne zgodnie z zapisami tych umów.

Z informacji tej nie wynika aby członkowi Konsorcjum została naliczona kara umowna. Z informacji tej nie wynika również aby „nieukończenie realizacji zadania” nastąpiło na skutek zawnionego działania INSTBUD sp. z o.o.

Wskazane przez Odwołującego okoliczności nie potwierdzają aby Konsorcjum TERS „w sposób zawniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe”.

Uzyskana przez Odwołującego informacja potwierdza jedynie, że INSTBUD sp. z o.o. na dzień udzielenia informacji publicznej realizuje zadania w ramach opisanych przez Odwołującego dwóch umów.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że ww. okoliczności Odwołujący dowiedział się z odpowiedzi w przedmiocie udzielenia informacji publicznej, której udzielono pismem z dnia 17.01.2025 r., czyli już po ogłoszeniu informacji wyborze najkorzystniejszej oferty . Okoliczności wskazane w punkcie II.2.6 nie są więc okolicznościami wskazanymi w SWZ.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie mógł mieć zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W związku z powyższym wnoszę o oddalenie Odwołania w całości oraz o obciążenie kosztami postępowania Odwołującego i przystępujących po jego stronie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zaskarżył następujące czynności podjęte przez zamawiającego:

- (1)nieprawidłową ocenę czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechania odtajnienia oraz udostępnienia pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Lider konsorcjum: TERS Sp. z o.o. (dawniej RS-BUD R.P.) z siedzibą w Lipnicy Murowanej oraz Partner Konsorcjum: INSTBUD Sp. z o.o. (dawniej F.H.U INSTBUD S.B. Spółka Jawna) z siedzibą w Gdowie (łącznie jako „Konsorcjum TERS”) z dnia 27 listopad 2024 roku oraz z dnia 12 grudnia 2024 roku, w sytuacji w której konsorcjum TERS nie wykazało niezbędnych przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, w tym w szczególności aby zastrzeżone informacje posiadały wartość gospodarczą oraz zawierały informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym dotyczącym wykonawcy. Tak opisana czynność i sformułowany na jej podstawie zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy Uznk, stanowiący podstawowy i zasadniczy zarzut odwołania, na pierwszym posiedzeniu Izby w dniu 14 lutego 2025r., odwołujący cofnął (zarzut nr 1 cofnął ).

Do rozpoznania pozostały zarzuty ewentualne, podniesione - z ostrożności procesowej oparte na zaniechaniach oraz czynnościach zamawiającego:

- (1)zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum TERS w sytuacji, gdy zawiera ona rażącą niską cenę, a przynajmniej Wykonawca nie obalił domniemania w tym zakresie;

- (2)nieprawidłowej oceny oferty (w tym wyjaśnień jej dotyczących) złożonej przez konsorcjum TERS, prowadzącej do uznania, że oferta rzeczowego wykonawcy jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego (warunkami zamówienia)

określonymi w dokumentacji postępowania i w konsekwencji, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum TERS;

(3)negocjacji prowadzonych pomiędzy zamawiającym a konsorcjum TERS w zakresie dotyczącym treści oferty złożonej przez rzeczonoego wykonawcę;

a w każdym przypadku:

(4)zaniechania wykluczenia konsorcjum TERS, a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez ten podmiot oferty z uwagi na okoliczności w szczegółach opisane w treści uzasadnienia odwołania to jest naruszenia obowiązków zawodowych przez członka konsorcjum TERS to jest INSTBUD Sp. z o.o. Sformułowany w oparciu o tę czynność zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp odwołujący cofnął na pierwszym posiedzeniu Izby w dniu 14 lutego 2025r.(cofnął zarzut nr 4) ;

(5)uznanie, że konsorcjum TERS spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności wykazało, iż Trakcja S. A. Warszawa/Trakcja S.A./Trakcja będzie realnie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia;

(6)uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez konsorcjum TERS i dokonania wyboru tej oferty w postępowaniu;

Na podstawie wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającemu zarzucił odwołujący naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

(1)art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z Uznk przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum TERS wraz pismem z dnia 27 listopada 2024 roku oraz pismem z dnia 12 grudnia 2024 roku - zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania, iż informacje te posiadają wartość gospodarczą oraz zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym dotyczącym wykonawcy (zarzut nr 1 cofnięty – j. w.)

ewentualnie - z ostrożności procesowej (jak już powyżej wskazano):

(2)art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum TERS z powodu rażąco niskiej ceny, pomimo tego że:

(a)Konsorcjum TERS w złożonych wyjaśnieniach nie wykazało, że cena, jaką zaoferowało za wykonanie zamówienia, nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie zamówienia (nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny);

(b)cena ofertowa Konsorcjum TERS nie pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego;

(3)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie przez zamawiającego z konsorcjum TERS niedozwolonych negocjacji treści oferty co do zakresu wycenionych i zaoferowanych przez wykonawcę prac, a w konsekwencji niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum TERS, w sytuacji gdy oferta ta jest w sposób jednoznaczny niezgodna z warunkami zamówienia, co potwierdziły wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum TERS w dniu 27 listopada 2024 roku, w których wykonawca ten potwierdził, że w ramach robót tymczasowych zamierza wykonać jedynie montaż barier tymczasowych, gdy tymczasem w zakresie przedmiotowych robót (ujętych w poz. 45 kosztorysu MD.2 Tom 3.2) wchodzi zdecydowanie większy zakres prac i robót niż wykonanie barier tymczasowych, na co - mimo obowiązku - Wykonawca nie wskazał w złożonych wyjaśnieniach;

a w każdym przypadku:

(4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TERS z Postępowania i - w konsekwencji - odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której Wykonawca INSTBUD Sp. z o.o. nienależycie wykonywał wcześniejsze zamówienia publiczne, co podważa jego uczciwość, a zatem spełnione zostały wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, dlatego oferta powinna zostać odrzucona ( zarzut nr 4 – cofnięty j.w.);

(5)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 118 ust. 2 Pzp

poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy (Konsorcjum TERS), który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego (Trakcja S.A.), gdyż - w okolicznościach przedmiotowej sprawy - nie sposób przyjąć, iż podmiot ten faktycznie wykonana stosowny zakres prac, co oznacza że udział podmiotu trzeciego ma charakter pozorny, fikcyjny;

a w konsekwencji:

- (1)art. 16 Pzp i 239 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości oraz wybór oferty konsorcjum TERS ( zarzut wynikowy, w związku z powyżej sformułowanymi zarzutami).

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp odwołujący wnosił o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- (2)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- (3)odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum TERS pismem z dnia 27 listopada 2024 roku oraz pismem z dnia 12 grudnia 2024 roku – żądanie bezprzedmiotowe wobec cofnięcia zarzutu odwołania (zarzut nr 1);
- ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że nie istnieją podstawy do odtajnienia tych dokumentów):
- (4)uznanie, że oferta konsorcjum TERS zawiera rażąco niską cenę;
- (5)uznanie, że oferta konsorcjum TERS jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym wykonania robót tymczasowych zgodnie z dokumentacją zamówienia;
- (6)wykluczenia konsorcjum TERS z postępowania (w każdym przypadku);
- (7)odrzućenie oferty konsorcjum TERS;

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

Na podstawie art. 573 Pzp odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, co daje prawo do wniesienia odwołania i jego rozpatrzenia, zgodnie z art.505 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał się na interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie szkody w przypadku potwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący uczestniczy w postępowaniu, ponieważ złożył ofertę, która w rankingu ofert znajduje się na drugim miejscu, to jest bezpośrednio za ofertą wykonawcy wybranego (konsorcjum TERS). Zdaniem odwołującego, gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy wybranego oraz wyjaśnienia złożone przez konsorcjum TERS, to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Bowiem oferta wykonawcy wybranego to jest konsorcjum TERS powinna zostać odrzucona, z powodu okoliczności wskazanych powyżej w uzasadnieniu wyroku (odwołanie). Czynności oraz zaniechania zamawiającego narażają odwołującego na poniesienie szkody, ponieważ uniemożliwiają jemu uzyskanie zamówienia, co skutkuje nie uzyskaniem spodziewanych dochodów z prowadzonej działalności gospodarczej. Podobnie, na co wskazał odwołujący, „rzecz ma się z tajemnicą przedsiębiorstwa - brak prawidłowej oceny stosownych dokumentów konsorcjum TERS uniemożliwia (utrudnia) odwołującemu złożenie odwołania. Ewentualne odtajnienie dokumentów, o które wnioskuje odwołujący, pozwoli dokonać szczegółowej ich kontroli i wskazać na potencjalne nieprawidłowości”.

Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, legitymują odwołującego do skutecznego pod względem formalnym i prawnym złożenia odwołania, w myśl w art. 505 ust. 1 Pzp. Niemniej jak już wskazuje odwołujący w uzasadnieniu prawa do wniesienia środka ochrony prawnej, odtajnienie dokumentów konsorcjum TERS umożliwi wskazanie potencjalnych nieprawidłowości w ofercie to jest w szczególności w związku ze złożonymi wyjaśnieniami zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego.

Niemniej jak już powyżej Izba wskazała, a co znajduje wyraz w sentencji wyroku, odwołujący na pierwszym posiedzeniu Izby cofnął zasadniczy zarzut odwołania, to jest utajnienie wyjaśnień wykonawcy wybranego, w związku z wezwaniem zamawiającego, do wyjaśnień dotyczących ceny.

Termin na wniesienie odwołania został dotrzymany oraz dalsze przesłanki z art.528 Pzp służące odrzuceniu odwołania, w ocenie Izby nie wystąpiły, w związku z wniesionym odwołaniem.

W związku z rozpatrywaniem przez Izbę ewentualnego zarzutu odwołania, odnoszącego się do nie odrzucenia przez

zamawiającego oferty konsorcjum TERS, z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty, przywołuje się za odwołaniem następujące okoliczności.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa węzła drogowego w Wieliczce w ciągu drogi krajowej 94”. Zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) zamówienie obejmuje w szczególności:

1)przebudowę drogi krajowej DK 94 od km 1+700 do km 2+240 w Wieliczce wraz z budową obiektów inżynierskich i towarzyszącej infrastruktury;

2)opracowanie dokumentacji powykonawczej;

3)uzyskanie w imieniu zamawiającego, decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla inwestycji.

2.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia („OPZ”) został zawarty w załącznikach do SWZ, w tym w projekcie budowlanym oraz przedmiarach (wraz z późniejszymi zmianami).

Termin składania ofert w postępowaniu został wyznaczony na dzień 27 września 2024 roku. Do momentu upływu terminu składania ofert w postępowaniu złożono łącznie aż 13 ofert. Lista rankingowa ofert złożonych w postępowaniu (wg kryterium ceny) ukształtowała się w następujący sposób:

I.p.Nazwa (firma) i adres wykonawcy                      Cena oferty Brutto (w PLN)

1.Konsorcjum Firm:

Lider - TERS Sp. z o.o. (dawniej RS-BUD R.P.) Partner - INSTBUD Sp. z o.o. (dawniej F.H.U. INSTBUD S.B. Sp. z o.o. Jawna)  
- 53 086 800,00

2.PRIMOST Południe Sp. z o.o.                      - 58 976 483,40

3.Konsorcjum Firm: Lider - ZUE S.A. Partner - Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „ENERGOPOL” Sp. z o.o.                      - 61 952 239,82

4.Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o. - 68 751 019,03

5.Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o.                      - 70 963 374,00

6.Mota-Engil Central Europe S.A.                      - 72 908 549,54

7.BUDIMEX S.A.                      - 73 322 891,66

8.Mosty Łódź Spółka Akcyjna                      - 73 470 970,60

9.Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o.                      - 75 138 636,52

10.Nowak-Mosty Sp. z o.o.                      - 75 290 988,55

11.Konsorcjum Firm: Lider - Warbud S.A. Partner - Eurovia Polska S.A.  
- 75 914 557,21

12.STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.                      - 78 409 132,21

13.PORR Spółka Akcyjna                      - 80 406 743,39

Zgodnie z informacją opublikowaną przed otwarciem ofert zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 85 960 862,82 złotych.

Odwołujący argumentował twierdzenie o rażąco niskiej cenie oferty konsorcjum TERS jak powyżej zacytowano w odwołaniu. W szczególności zwrócił uwagę na, w jego ocenie bezzasadność drugiego wezwania do wyjaśnień w związku z nie załączeniem oferty podwykonawczej Trakcji S.A. Warszawa w pierwszym wyjaśnieniu. Kolejnym elementem zastrzeżeń odwołującego, była niepełna wycena robót to jest pominięcie w wycenie robót tymczasowych elementu grodzic, a tylko uwzględnienie barier tymczasowych.

Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2024 roku („Wezwanie 1”) wezwał konsorcjum TERS, na podstawie art. 224 ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 Pzp, do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz do wyjaśnienia treści oferty.

Konsorcjum TERS pismem z dnia 27 listopada 2024 roku odniosło się do pytań oraz uwag zamawiającego („Wyjaśnienia

1"). Na skutek udzielonych Wyjaśnień zamawiający powziął jednak dalsze wątpliwości co do treści oferty rzeczonoego wykonawcy oraz przyjętego przez niego sposobu kalkulacji ceny ofertowej.

Wątpliwości zamawiającego dotyczyły w szczególności rzetelności sporządzania wyceny, w tym uwzględnienia udziału podmiotu udostępniającego zasoby przy realizacji zamówienia. Konsorcjum TERS, mimo że celem wykazania warunków udziału w postępowaniu, powołało się na doświadczenie podmiotu trzeciego - Trakcji S.A. Warszawa - w żadnym miejscu swoich wyjaśnień i jakkolwiek (np. przez ofertę) nie odniosło się do tego wykonawcy. Co przy tym ważne, udział tego podmiotu w realizacji zamówienia miał dotyczyć wykonania robót z zakresu branży mostowej i drogowej (według odwołującego - istoty tego zamówienia).

Ponadto sam zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności samej oferty z warunkami zamówienia (braku uwzględnienia przez konsorcjum TERS części prac oczekiwanych przez zamawiającego). Z tego względu pismem z dnia 6 grudnia 2024 roku zwrócił się ponownie do konsorcjum TERS z wnioskiem o wyjaśnienie ww. wątpliwości („Wezwanie 2”).

Konsorcjum TERS nie kwestionowało treści wezwania i ustosunkowało się do ww. wątpliwości Zamawiającego pismem z dnia 12 grudnia 2024 roku („Wyjaśnienia 2”).

W złożonych wyjaśnieniach nr 2 wykonawca wskazał, że pominięcie zakresu prac, o które dopytuje zamawiający, stanowiło jego „omyłkę”.

Wykonawca zastrzegł część złożonych Wyjaśnień 1 i 2 jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Co przy tym ważne, w wielu miejscach utajnione zostały informacje (np. nazwy projektów), które w żadnej mierze nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa według odwołującego. W ocenie odwołującego zastrzeżenie to, szczególnie dokonane w newralgicznych miejscach jak np. Wyjaśnienia nr 2, gdzie konsorcjum TERS tłumaczy swoje błędy, ma jedynie na celu uniemożliwienie odwołującemu kontroli zgodności oferty wykonawcy konsorcjum TERS z warunkami zamówienia.

Odwołujący dalej podnosił, że konsorcjum TERS nie wykazało, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Co więcej oferta wykonawcy konsorcjum TERS jest niezgodna z warunkami zamówienia. Konsorcjum TERS pominęło bowiem szereg prac tymczasowych, które powinny zostać uwzględnione w ofercie tego Wykonawcy, a nie zostały, o czym świadczą pierwotnie złożone przez tego Wykonawcę Wyjaśnienia nr 1. Samo późniejsze potwierdzenie w odpowiedzi na pytanie zamawiającego, czy także te prace zostaną zrealizowane przez wykonawcę, według odwołującego, postrzegać natomiast należy jako prowadzenie niedopuszczalnych z punktu widzenia przepisów prawa negocjacji.

Według odwołującego, konsorcjum TERS nie sprostало żadnemu z wymienionych obowiązków, a w konsekwencji nie obaliło domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Ceny zaoferowane przez tego wykonawcę za zakres prac powierzonych Trakcja S.A. Warszawa nie mają charakteru realnego, w ich wypadku trudno również mówić o możliwości uzyskania preferencyjnych warunków za ten zakres zamówienia. Z tych względów oferta złożona przez konsorcjum TERS powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podsumowując dowody i argumentację stwierdza, że wyjaśnienia udzielone przez konsorcjum TERS nie pozwalają na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny ofertowej i w konsekwencji oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum TERS, oprócz ogólnych stwierdzeń, wynikających z różnic cenowych ofert, w tym jego oferty i konsorcjum TERS, przywołał takie okoliczności jak nieuprawnione dwukrotne wzywanie do wyjaśnień, stosowanie powszechnie wyższych cen przez podwykonawcę Trakcja S.A. Warszawa w innych postępowaniach, czy też brak przedstawienia kalkulacji podwykonawcy, czy też jego oferty w pierwszym wyjaśnieniu składanym przez konsorcjum TERS, co ma oznaczać przed wszystkim pozorność oferty Trakcja S.A..

Izba przybliżając argumentację odwołującego na powyższe okoliczności, przywołuje w szczególności następujące jej fragmenty.

Odwołujący zauważa, że udostępnienie zasobu musi mieć charakter realny, faktyczny. Złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego nie może być traktowane jako „formalizm”, którego spełnienie ma umożliwić uzyskania danego zamówienia. Jest to wymóg, który musi zostać wykazany i mieć miejsce na etapie realizacji robót. Primost nie kwestionuje przy tym, że wykonawca (konsorcjum TERS) może uczestniczyć w realizacji części prac objętych warunkiem wykonując je pod nadzorem podmiotu trzeciego (Trakcja). Niemniej nie zmienia to w żaden sposób tego, że podmiotem odpowiedzialnym za realizację tychże robót jest wyłącznie podmiot trzeci. Przyjęcie innej optyki, w świetle orzecznictwa Izby oraz przyjętego sposobu rozumienia przepisu art. 118 Pzp, jest niedopuszczalne.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na treść Wezwania nr 2, w którym zamawiający wprost wskazał, że „W przedłożonych wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny z dnia 27.11.2024 r., wskazują Państwo że powierzą „część robót stanowiących przedmiot zamówienia podwykonawcy (podmiotowi udostępniającemu zasoby) - Trakcja S.A. Warszawa” oraz wskazują, że przekłada się to na „możliwość zaoferowania korzystnej ceny” jednak nie przedstawiają żadnych dowodów potwierdzających zaangażowanie tego podmiotu w realizację zamówienia (np. oferta podwykonawcza)”.

Z powyższego wynika więc, że konsorcjum TERS (mimo obowiązku przedłożenia konkretnych, weryfikowalnych dowodów na pierwsze żądanie zamawiającego) nie przedłożyło żadnego dokumentu pochodzącego od Trakcji (w tym wyceny sporządzonej przez ten podmiot), który potwierdzałby realność zaoferowanej ceny. Tym samym Wyjaśnień nr 1 złożonych przez ten podmiot nie można uznać, za odpowiadające wymogom wynikającym z przepisów Pzp oraz przywołanego powyżej orzecznictwa Izby. Są to wyjaśnienia niekompletne, zawierające istotne (z punktu widzenia procedur, którym służyły) braki, które nie mogły być sanowane przez zamawiającego, tak twierdzi odwołujący w złożonym odwołaniu.

Powyższe okoliczności w ocenie Primost świadczą o tym, że konsorcjum TERS nie ma zamiaru przedłożyć wyceny sporządzonej przez Trakcję za zakres branży drogowej i mostowej, bowiem podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w części zastrzeżonej warunkiem, a jeżeli już to tylko w marginalnym, pozornym zakresie.

Powyższe wynika również z cen zaoferowanych rzekomo przez Trakcję S.A. Warszawa. Przyjmując, że ceny zawarte w kosztorysach za zakres robót powierzonych Trakcji są realne, to należy przyjąć następujące założenia: 1) Trakcja wyceniła pełen zakres prac w branży drogowej i mostowej, 2) Trakcja w zaoferowanej przez siebie cenie uwzględniła narzuty i zysk. W tak skonstruowanej cenie uwzględnia się dodatkowo zysk konsorcjum TERS (ok. 10-15%).

Przyjmując powyższe założenia za prawdziwe (a więc sytuację, w której na cenę zaoferowaną przez podmiot trzeci pojawiają się dodatkowe elementy cenotwórcze) przedstawienie wyceny sporządzonej przez podmiot trzeci (Trakcję) jest kluczowe, w szczególności, gdy weźmiemy pod uwagę ceny oferowane przez ten podmiot (Trakcję) w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które dotyczą wykonania tożsamyh elementów (cenotwórczych). Niekiedy ceny te są nawet dwukrotnie wyższe od tych w kosztorysie konsorcjum TERS. Co przy tym ważne, nie są to jednostkowe przypadki, ale ukazują raczej pewną stałość oferowanych cen.

Z analizy cen zaoferowanych przez konsorcjum TERS oraz Trakcję wynika, że za wykonanie tożsamego zakresu robót jak dla przedmiotowego postępowania Trakcja wycenia je co najmniej dwukrotnie drożej niż ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Należy przy tym założyć, że w ramach rzeczzonego postępowania Trakcja, jako rzetelny wykonawca, przyjęła akceptowalne dla siebie stawki za wykonanie danego zakresu zamówienia. Nie ma bowiem żadnego interesu w tym, aby wykonywać te prace „po kosztach” lub też poniżej nich (jest to spółka w znacznej mierze stanowiąca własność państwa). Sytuacją niespotykaną na rynku była bowiem taka, w której wykonawca wycenia roboty budowlane innemu wykonawcy po cenach poniżej jego rynkowych kosztów i marży.

Powyższe w sposób oczywisty rodzi pytania, na jakiej podstawie konsorcjum TERS wskazało ceny, które w sposób znaczny odbiegają od tych oferowanych przez wykonawcę, który ma realizować te prace. Warto zaznaczyć, iż oferty te są zasadniczo dostępne i zamawiający, gdyby tylko chciał, z łatwością zweryfikowałby realność proponowanych cen oraz udziału Trakcja S. A. w wykonaniu zamówienia.

Z analizy cen zaoferowanych przez Trakcję (datowaną na dzień 3 października 2024 roku, a więc dosłownie parę dni po otwarciu ofert w Postępowaniu) wynika, że ceny za wykonanie wyżej wymienionych elementów cenotwórczych również są w sposób wyraźnie widoczny (ponad dwukrotnie). Warto przy tym zwrócić uwagę, że ceny oferowane przez Trakcję (jednostkowe) w jednym i drugim przypadku są do siebie bardzo zbliżone, co świadczy o stałości wyceny sporządzonej przez tego wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, namacalne różnice w wycenie, nie sposób przyjąć, że Wykonawca w sposób rzetelny i zgodny z prawdą wyjaśnił brak rażąco niskiej ceny. Co więcej, brak przedłożenia wyceny sporządzonej przez Trakcję, wraz z ofertami, które potwierdzać będą taką wycenę Trakcji, nie wydaje się być dziełem przypadku. Ceny te najpewniej nie pochodzą od Trakcji.

Co więcej, o ile wykonawca faktycznie weryfikował ofertę podwykonawczą Trakcji (a w taki sposób postępuje rzetelny wykonawca), to musiał mieć świadomość, iż Trakcja takich cen nie oferuje, a zatem nie są one realne. Jeżeli tak, to winien był wyjaśnić zamawiającemu, w jaki sposób uzyskał te niezwykle korzystne ceny i w tym zakresie nie było wystarczającym przedłożenie samej oferty podwykonawczej.

W świetle powyższego bezspornym w niniejszej sprawie jest to, że konsorcjum TERS nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny w sposób wymagany przepisami Pzp. Zamawiający mimo tego, iż domagał się w wezwaniu do wyjaśnień - wielokrotnie - złożenia stosownych dowodów, ostatecznie uznał wyjaśnienia RNC bez kluczowej wyceny ze strony podwykonawcy, który ma zrealizować zasadniczą część zamówienia. Co więcej, unikanie przedłożenia wyceny Trakcja przez tego wykonawcę zdaje się sugerować, że faktycznym wykonawcą branży drogowej i mostowej będzie konsorcjum TERS, a nie Trakcja (co też potwierdzają pierwotnie złożone Wyjaśnienia nr 1 i swego rodzaju spostrzeżenia zamawiającego i wątpliwości, które legły u podstaw wezwania do drugich wyjaśnień).

Co więcej, o ile Wykonawca faktycznie weryfikował ofertę podwykonawczą Trakcji (a w taki sposób postępuje rzetelny wykonawca), to musiał mieć świadomość, iż Trakcja takich cen nie oferuje, a zatem nie są one realne. Jeżeli tak, to winien był wyjaśnić Zamawiającemu, w jaki sposób uzyskał te niezwykle korzystne ceny i w tym zakresie nie było wystarczającym przedłożenie samej oferty podwykonawczej.

Odmienne argumentację, co do oceny ważności i skuteczności wyjaśnienia ceny przez konsorcjum TERS, przedstawił zamawiający, który w szczególności podniósł w odpowiedzi na odwołanie, której treść cytowana jest powyżej we wstępnej części uzasadnienia wyroku, następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odniósł się do twierdzenia odwołującego co do tego, kto jest uprawniony do kalkulacji ceny wykonywanych robót, to jest czy wykonawca jest uprawniony, czy podmiot udostępniający zasoby jest uprawniony do wyceny robót. Bowiem według odwołującego „Skoro bowiem to podmiot trzeci ma wykonać prace zastrzeżone warunkiem, to logicznym jest, że podmiot ten jest również jedynym podmiotem uprawnionym do przygotowania wyceny tych prac”.

Zamawiający nie godząc się z powyższą regułą, na którą powołuje się odwołujący, stwierdził jak poniżej. Podmiot Udostępniający Zasoby nie jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu zakupowym w stosunku do zamawiającego. Skoro to konsorcjum TERS bierze udział w postępowaniu zakupowym, to nie może odwołujący twierdzić, że nie jest TERS podmiotem uprawnionym do przygotowania wyceny tych prac, składając na wezwanie zamawiającego wyjaśnienie ceny. W ocenie Izby stanowisko w tym zakresie zamawiającego jest prawidłowe wobec tego, że stroną składającą ofertę, a w przypadku wybrania tej oferty jako najkorzystniejszej, stroną zobowiązaną do zawarcia umowy z zamawiającym jest wykonawca składający ofertę, a nie podmiot udostępniający zasoby (podwykonawca w przypadku robót budowlanych lub usług art.118 ust.2 ustawy Pzp).

W ocenie Izby słusznie zamawiający powołuje się na brak wyczerpującego katalogu, jak i brak wyłącznego prawa zamawiającego do określania katalogu dowodów, jakie może, czy też ma złożyć wykonawca, wyjaśniając zaoferowaną ceną, ale co też nie przeszkadza zamawiającemu wskazanie przykładowych, czy też zalecanych dowodów na poczet wyjaśnienia ceny. Dlatego też twierdzenie odwołującego, że tylko podmiot udostępniający zasoby i jednocześnie podwykonawca ma prawo sporządzić wycenę prac jest pozbawione zasadności, z uwagi chociażby na okoliczność, że co do zasady obowiązuje reguła ceny tzw. rynkowej.

Słusznie zamawiający podnosi, że brak przekonywującego uzasadnienia do twierdzenia odwołującego, że podmiot udostępniający zasoby (Trakcja S.A. Warszawa) nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, w części zastrzeżonej warunkiem doświadczenia zawodowego. Przeciwnie z treści wyjaśnień złożonych przez konsorcjum TERS wprost wynika, że podmiot ten (Trakcja S.A. Warszawa) ma uczestniczyć w realizacji zamówienia, co jednoznacznie świadczy o respektowaniu przepisu określonego w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w tym przypadku odnoszącego się, do kategorii zamówień jakimi są roboty budowlane. Konsorcjum TERS oświadczyło wprost, że roboty drogowe i mostowe zostaną zlecone do realizacji Trakcji S.A. Warszawa. Na potwierdzenie powyższego konsorcjum TERS przedłożyło ofertę Trakcji S.A. Warszawa, jako udostępniającego jemu zasoby.

W akapicie 67 odwołania, odwołujący powołując się na inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których podmiot udostępniający zasoby brał udział jako wykonawca, wskazuje że Trakcja S.A. składała oferty na „wykonanie tożsamego zakresu robót jak dla przedmiotowego postępowania” z wyceną wyższą niż wycena dla konsorcjum TERS, a „Zamawiający gdyby tylko chciał, z łatwością zweryfikowałby realność proponowanych cen oraz udziału Trakcji S.A. w wykonaniu zamówienia”.

Słusznie zamawiający wskazuje, że porównywanie cen ofert złożonych przez Trakcja S.A. Warszawa w innych postępowaniach nie jest czynnością miarodajną, gdyż wykonanie nawet zbliżonego zakresu robót nie świadczy o konieczności jednakowej wyceny przedmiotu zamówienia. Należy zaznaczyć, że na kształtowanie ceny ofertowej wpływ mają również m.i. warunki realizacji danego zamówienia, jego lokalizacja, czy też aktualne ceny materiałów, jak i poziom naliczanego zysku może być inny dla każdego z zadań.

Sam odwołujący podkreśla, że „obowiązkiem wykonawcy, względem którego zrodziło się domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej jest:

- a) wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaoferowania ceny na określonym poziomie,
- b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (przez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności);
- c) poparcie powyższego materiałem dowodowym.

Według badania i oceny zamawiającego konsorcjum TERS wywiązało się należycie z tego obowiązku. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawca ten ustosunkował się do wszystkich wątpliwości zamawiającego wyartykułowanych w treści wezwania, przedstawiając konkretne okoliczności wpływające na wysokość zaoferowanej ceny. Ponadto na potwierdzenie swoich twierdzeń Konsorcjum TERS przedłożyło wyczerpujący materiał dowodowy, który nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, potwierdzając przy tym jej rynkowy charakter. Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego, nie znajdując podstaw do kwestionowania badania i oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum TERS. W konsekwencji zarzut rażąco niskiej ceny nie został udowodniony przez odwołującego, a tym samym Izba nie stwierdza naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TERS z powodu rażąco niskiej ceny.

Co do zarzutu odwołania naruszenia zakazu powtórnego wezwania wykonawcy wybranego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej.

Z daleko idącej ostrożności odwołujący podnosi, że w jego ocenie w niniejszej sprawie nie aktualizuje się żadna z przesłanek, która nakazywałby wzywanie konsorcjum TERS do dalszego uszczegóławiania złożonych wyjaśnień. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Izby, niedopuszczalne jest powtarzanie procedury wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce zwłaszcza w sytuacji, kiedy wyjaśnienia wykonawcy są lakoniczne, ogólne, niepoparte dowodami i odbiega od istoty ceny rażąco niskiej - tak jak ma to miejsce w opisanych powyżej przypadkach (nie ulega bowiem wątpliwości, że w zakresie dot. wyceny robót drogowych i mostowych przez Trakcję S.A., konsorcjum TERS nie dopełniło ciążących na nim obowiązków). W ocenie odwołującego, zamawiający nie był uprawniony do wezwania konsorcjum TERS do dwukrotnego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym wyceny branży drogowej i mostowej przy udziale Trakcji S.A. Warszawa. Bowiem konsorcjum TERS było zobowiązane do złożenia kompleksowych wyjaśnień w tym zakresie (w tym przedłożenia adekwatnych wycen) na pierwsze wezwanie zamawiającego, czego nie uczyniło i co dostrzegł sam zamawiający w treści Wezwania drugiego. Z powyższego wynika zatem, że treść udzielonych przez wykonawcę (konsorcjum TERS) wyjaśnień stanowi część oferty i ma wpływ na jej ocenę m.in. pod kątem zgodności z warunkami zamówienia. Oznacza to zatem, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień jest zobowiązany do zachowania należytej, podwyższonej staranności w trakcie udzielania odpowiedzi na poszczególne pytania instytucji zamawiającej. Ostatecznie to bowiem na wykonawcy spoczywa obowiązek takiego sporządzenia oferty i idących za nimi wyjaśnień, który odpowiada treści SWZ. Podsumowując ten zarzut odwołujący stwierdza, że zamawiający nie miał prawa wezwać konsorcjum TERS do wyjaśnień w zakresie ceny pora raz drugi, a udzielone wyjaśnienia na pierwsze wezwanie zamawiającego świadczą o niezgodności złożonej oferty konsorcjum TERS z warunkami zamówienia.

Zarzut polegający na naruszeniu „zakazu powtórnego wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej” oraz zarzut polegający na stwierdzeniu, że „Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Konsorcjum TERS do dwukrotnego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym branży drogowej i mostowej przy udziale Trakcji ”

Odwołujący wskazuje, że „Zakaz kierowania do wykonawców kilkakrotnie wezwań do złożenia wyjaśnień można wywnioskować z art. 224 Pzp w zw. z art. 16 Pzp. Za zgodne z dochowaniem zasady uczciwej konkurencji należy uznać bowiem ograniczenie do jednokrotności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.”

W ocenie Izby należy zgodzić się z twierdzeniem odwołującego co do zasady. Jednak od każdej zasady może być wyjątek, dlatego Izba wzięła pod uwagę również argumentację zamawiającego, wskazującego na określone okoliczności, które skłoniły zamawiającego do drugiego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny.

W ocenie Izby, oceniając zaistniałe okoliczności w sprawie, zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów Pzp co do odstąpienia od zasady jednokrotnego wzywania do wyjaśnień, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, czy też co do wyjaśnień oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Słusznie podkreślił zamawiający, że w okolicznościach sprawy zamawiający wezwał obu wykonawców do

uszczegółowienia złożonych wyjaśnień zgodnie z art. 224 przestrzegając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu odwołania nie wzywał „powtórnie” do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny konsorcjum TERS, tylko wezwał do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień. Wezwanie do uszczegółowienia wyjaśnień nie powoduje naruszenia zasady jednokrotnego wzywania do wyjaśnień zgodnie z zasadą jednokrotnego wezwania wywiedzioną z treści w art. 224 ust.6 ustawy Pzp.

Zamawiający uzasadniając swoje postępowanie w sprawie wskazał, że zarówno odwołujący jak i konsorcjum TERS w odpowiedzi na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny złożyli merytoryczne i poparte dowodami wyjaśnienia. Udzielili obszernych odpowiedzi na ponad 30 szczegółowych zapytań skierowanych przez zamawiającego, a wątpliwości zamawiającego pojawiły się zaledwie w stosunku do odpowiedzi udzielonych na dwa spośród zadanych pytań.

Słusznie więc zamawiający skierował do wykonawców dodatkowe wezwania w celu doprecyzowania przez nich złożonych zamawiającemu wyjaśnień. Z takim podejściem zgadza się sam odwołujący, wskazując w odwołaniu, że „Z uwagi na charakter przepisów ujętych w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający (jako dysponent i gospodarz postępowania) musi każdorazowo mieć >> pewność <<, że dana oferta faktycznie (pod względem formalno-prawnym) podlega odrzuceniu, szczególnie wtedy, gdy jego decyzja ma dotyczyć oferty najkorzystniejszej”. Mając powyższe na względzie w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być mowy o „powtórzeniu procedury wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny”. Nie może być również mowy o naruszeniu zasad konkurencji bądź zasady równego traktowania, ponieważ również odwołujący został wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazał aby został potraktowany niezgodnie z zasadami uczciwej konkurencji lub został nierówno potraktowany. W ocenie Izby również nie została przekroczona norma art.223 ust.1 ustawy Pzp, ponieważ dodatkowe wyjaśnienia konsorcjum TERS nie miały charakteru negocjacji w stosunku do złożonej oferty, a jedynie potwierdziły co do szczegółu wycenę oferty.

W ocenie Izby zbyt daleko idącym wnioskiem odwołującego, jest wywodzenie twierdzenia, że w związku z ponownym wezwaniem do wyjaśnień ceny oferta złożona przez konsorcjum TERS winna zostać odrzucona z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że jak powyżej Izba rozstrzygnęła oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w związku z jej wyceną i złożonymi wyjaśnieniami na wezwanie zamawiającego. Z racji powyższego nie uprawniony jest zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia na podstawie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, a wywodzony co do braku pełnej wyceny zamówienia przez podnoszony brak wyceny w robotach tymczasowych grodzic. Reasumując skoro wywód odwołującego o rażąco niskiej cenie oferty konsorcjum TERS, z powodu braku pełnej wyceny zamówienia (brak wyceny grodzic w robotach tymczasowych) nie został udowodniony, to w konsekwencji oparty na nim zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia odpada.

W ocenie odwołującego w zawisłej przed Izbą sprawie doszło do naruszenia zasad ustawy Pzp, przez doprowadzenie do negocjacji treści oferty pomiędzy zamawiającym a konsorcjum TERS, po złożeniu oferty. Bowiem według odwołującego, zamawiający negocjował z konsorcjum TERS treść oferty.

W ramach wezwania nr 1 zamawiający zwrócił się do konsorcjum TERS z prośbą o wyjaśnienie następującej materii, która budziła jego wątpliwości m.in. z uwagi na zaoferowaną przez ten podmiot cenę: Prosimy o szczegółowe wskazanie, w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji scalonej ceny jednostkowej w pozycji 45 „Roboty tymczasowe, zabezpieczające etapowe prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu”, kosztorysu ofertowego MD-2 TOM 3.2, dla robót związanych z wykonaniem robót tymczasowych, zabezpieczających etapowe prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu a w szczególności:

a. Prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca ujął w ryczałtowej cenie jednostkowej, wszelkie czynności opisane w STWIORB M23.01.02 w szczególności wymienione w pkt 9.

b. Prosimy o wyspecyfikowanie robót tymczasowych, które Wykonawca przewidział w cenie ryczałtowego wynagrodzenia w pozycji 45, w celu zabezpieczenia etapowego prowadzenia rozbiórki istniejącego obiektu na warunkach określonych w STWIORB.

c. Prosimy o przedstawienie merytorycznej, szczegółowej kalkulacji ryczałtowej ceny jednostkowej, obejmującej roboty tymczasowe ujęte w pozycji 45. Przedstawienie oferty podwykonawczej na w/w zakres nie zwalnia Wykonawcy z przedstawienia merytorycznych, szczegółowych kalkulacji o których mowa powyżej. Kalkulacje mogą pochodzić od Wykonawcy jak i od podwykonawcy, który zaoferował te ceny.

Na szczególną uwagę zasługuje fragment oznaczony czerwonym obramowaniem powyżej, w ramach którego Zamawiający zadał jednoznaczne pytanie o to, jakie roboty tymczasowe konsorcjum TERS przewidziało w ramach wyceny pozycji 45 w celu należytego wykonania robót objętych postępowaniem. Mając na względzie opisany powyżej

charakter oraz rolę wyjaśnień w procesie związanym z udzieleniem zamówienia publicznego należy stwierdzić, że obowiązkiem wykonawcy było odpowiedzieć na tak postawione, jasne pytanie w sposób precyzyjny, który nie pozostawia pola do (nad)interpretacji lub domysłów. Konsorcjum TERS w swoich wyjaśnieniach wielokrotnie podnosiło, że jest podmiotem, który posiada znaczną wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówień publicznych, w tym tych zbliżonych do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Należy zatem uznać, że w sposób prawidłowy rozczytało (zinterpretowało) treść i zakres tak postawionego pytania. Na tak sformułowane pytanie zamawiającego konsorcjum TERS odpowiedziało w sposób następujący (zob. str. 28 Wyjaśnień 1): Wykonawca przewidział w cenie ryczałtowej w poz. 45 następujące roboty tymczasowe montaż barier tymczasowych. Pozycja ta została oszacowana zgodnie z założeniami projektowymi obejmującymi zabezpieczenie krawędzi robót w czterech kolejnych etapach poprzez montaż barier tymczasowych. Według projektu wykonawca jest zobowiązany do zamontowania tymczasowej bariery 7 razy, każda o długości 22,00 mb (długość mostu), co daje łącznie 154 mb. Według kalkulacji Wykonawcy dokonanej na podstawie doświadczenia w realizacji analogicznych robót w ramach wcześniejszych inwestycji łączny koszt montażu 1 mb bariery tymczasowej wynosi 389,00 zł netto. Wyciąg z treści Wyjaśnień 1, str. 28. Argumentacja odnośnie rzekomej „omyłki” powstała jedynie na potrzeby obrony przed zarzutem niezgodności z warunkami zamówienia - na skutek Wezwania nr 2 zainicjowanego przez zamawiającego. Przedmiotowego >>błędu<< nie można zakwalifikować jako „omyłki”, w szczególności takiej, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (z punktu widzenia oferty błąd ten ma bardzo istotny charakter oraz wpływ na sytuację konsorcjum TERS w postępowaniu). Gdyby nie działania Zamawiającego to oferta Konsorcjum TERS winna zostać bezwzględnie odrzucona na podst. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Należy raz jeszcze zwrócić uwagę, że prawo Zamawiającego do wzywania do złożenia wyjaśnień nie może prowadzić w żadnym wypadku do istotnej zmiany oferty. Możliwość modyfikacji oferty lub oświadczeń nań się składających została enumeratywnie wymieniona w art. 223 ust. 2 Pzp, co oznacza, że Zamawiający nie może korzystać ze swoich uprawnień z przekroczeniem granic zakreślonych ww. normami. Teza ta nie wynika z zapatrywań Primost podyktowanych stanowiskiem procesowym lecz z ugruntowanej w tym zakresie linii orzecniczej Izby, która m.in. w wyroku z dnia 2 maja 2023 r., stwierdziła, że „Przyczyną prowadzenia wyjaśnień z wykonawcą są wątpliwości zamawiającego co do treści złożonej oferty. Przepis art. 223 ust. 2 p.z.p. dopuszcza nawet dokonanie zmian w treści złożonej oferty, jeżeli zmiany te nie powodują istotnych zmian w treści oferty oraz nie można przypisać tym zmianom efektu negocjacji treści oferty”. Dalej Izba uznała, że Zamawiający nie może w postępowaniu działać w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ten sposób, aby poprzez procedurę wyjaśnienia treści oferty dokonać konwalidacji skutków niedołożenia przez danego wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu treści oferty. W niniejszej sprawie Konsorcjum TERS otrzymało jednoznaczne pytanie o zakres robót, który był niezwykle prosty do zidentyfikowania i wynikał wprost z treści wyjaśnień i zmian do SWZ. Obowiązkiem tego podmiotu było więc udzielić takiej odpowiedzi, z której będzie wynikało wykonanie zamówienia objętego Postępowaniem zgodnie z koncepcją przedstawioną przez Zamawiającego w ramach OPZ. W ocenie Primost powinno to przy tym nastąpić w odpowiedzi na Wezwanie 1. Tymczasem w odpowiedzi na Wezwanie nr 1 Konsorcjum TERS przyznało wprost (co jest bezsporne w niniejszej sprawie) zamierza wykonać przedmiot zamówienia niezgodnie z jego warunkami. Dopiero na skutek Wezwania nr 2 Zamawiającego, w którym wskazano błędny tok rozumienia dokumentacji składającej się na OPZ przez tego wykonawcę, doszło do autorefleksji co do skutków złożonego oświadczenia, które zostało uznane za nic nieznaczącą „omyłkę” (która nawet nie została przyporządkowana do jednej z kategorii omyłek wymienionych w art. 223 ust. 2 Pzp). Nie doszłoby do tego gdyby nie „pytanie ratunkowe” wystosowane przez zamawiającego, który dozwolił temu wykonawcy na sprostowanie owego „omyłkowego” oświadczenia (niezgodnego z warunkami zamówienia) na takie, które pozwalało na wybór oferty złożonej przez Konsorcjum TERS jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Primost zwraca uwagę, że opisane powyżej negocjowanie treści oferty złożonej przez Konsorcjum TERS oprócz tego, iż było działaniem nieuprawnionym w świetle przepisów Pzp niesie za sobą dalsze konsekwencje w postaci obowiązku odrzucenia oferty rzeczonoego konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp. Montaż barier tymczasowych może zostać ujęty wyłącznie w ramach jednej spośród kilkunastu pozycji wymienionych w treści STWiORB M 23.01.02b pkt 9.2. - jest to więc jeden niewielki element większej całości. Wykonawca zamówienia objętego Postępowaniem jest zobowiązany wykonać natomiast pełen zakres prac, o których mowa w rzeczonym punkcie, tj. m.in. opracować program zapewnienia jakości, uwzględnić koszty BHP, dokonać odpowiednich wykopów i rozkopów, uwzględnić koszty deskowania oraz rusztowań. Konsorcjum TERS udzielając Wyjaśnień nr 1 ograniczyło się wyłącznie do wskazania do wykonania montażu barier tymczasowych, które jak wykazano powyżej stanowią wyłącznie wycinek większej całości. Takie działanie wynika z błędnego rozeznania dokumentacji składającej się na OPZ, co znalazło wyraz w treści udzielonych przez tego wykonawcę Wyjaśnień nr 1. Stwierdzona niezgodność ma przy tym charakter jednoznaczny, bowiem wynika wprost z zestawienia jednoznacznego oświadczenia Konsorcjum TERS („w cenie [...] ujęliśmy następujące roboty tymczasowe - montaż barier tymczasowych”) z równie jednoznaczną treścią OPZ (oraz odpowiedzi Zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, przywołanej we wcześniej części odwołania), która jest omówiona powyżej. Opisana powyżej niezgodność ma

przy tym charakter nieusuwalny, nie da się jej sprostować bądź wyjaśnić w ramach procedur jakie przysługują Zamawiającemu w ramach Postępowania na gruncie Pzp. Za działanie zgodne z prawem nie może zostać uznana próba ratowania oferty Konsorcjum TERS w ramach procedury wyjaśniającego zainicjowanej Wezwaniem 2 (brak zasadności oraz konieczności przeprowadzenia takiej procedury został omówiony w pkt II 1.2.3. odwołania). W tym miejscu warto zasygnalizować, że w pierwszym kosztorysie sporządzonym przez zamawiającego na potrzeby postępowania (tj. w kosztorysie MD.2 Tom 3.2) nie istniała pozycja 45, która dotyczyła robót tymczasowych - została ona dodana w dniu 6 września 2024 roku w wyniku zmiany treści SWZ. W ocenie Primost opisana powyżej niezgodność jest konsekwencją błędu po stronie Konsorcjum TERS, które nie dostrzegło tej zmiany i jej wpływu na sposób wyceny oferty. Z powyższych względów oferta złożona przez Konsorcjum TERS winna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia. Do takiej konstatacji doszedł odwołujący składając odwołanie.

Natomiast zamawiający wnosząc o oddalenie odwołania wskazał na poniższe okoliczności, jak i przedstawił argumentację formalną i prawną, przeciw zarzutowi niezgodności oferty konsorcjum TERS z warunkami zamówienia, jak i zarzutowi negocjowania z konsorcjum TERS treści oferty, słusznie stwierdzając, że zarzuty te są ściśle ze sobą powiązane.

Powyższe zarzuty sprowadzają się do dyspozycji art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym oferta, której treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia podlega odrzuceniu. Izba kwestię zarzutu sprzeczności treści oferty z warunkami zamówienia wzmiankowała w uzasadnieniu już powyżej. Odnosząc się szczegółowo do kwestii zarzutu odwołującego, należy przywołać w tym zakresie argumentację zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, zawartą we wstępnej części uzasadnienia (odpowiedź na odwołanie), którą Izba podziela.

Odwołujący buduje ten zarzut w oparciu o wyjaśnienia złożone przez konsorcjum TERS w zakresie pozycji 45 „Roboty tymczasowe, zabezpieczające etapowe prowadzenie rozbiórki istniejącego obiektu”, gdzie konsorcjum TERS złożyło niepełną odpowiedź, którą po wezwaniu zamawiającego doprecyzowało. Co znamienne w sprawie, w zakresie dokładnie tej samej pozycji zamawiający to samo uczynił w stosunku do oferty odwołującego. Powyższa okoliczność dowodzi równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę, zamawiający na podstawie przedłożonych przez wykonawców wyjaśnień w zakresie pozycji 45 KO MD-2 TOM 3.2 - nawet stwierdzając, że zakres wskazanych w wyjaśnieniach prac jest niewielki - nie znając pełnych założeń co do przyjętego sposobu rozbiórki istniejącego obiektu i wykonania projektowanego obiektu MD-2 nie miał podstaw, aby z całą pewnością stwierdzić, że treść oferty konsorcjum TERS jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stąd Zamawiający w dniu 06.12.2024 r. wezwał konsorcjum TERS do złożenia dodatkowych wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Formułując treść wezwania zamawiający starał się aby było ono zrozumiałe i kompletne, tak aby mógł oczekiwać pełnej i rzeczowej odpowiedzi. Nie jest bowiem celem zamawiającego wciąganie wykonawców w formalne „pułapki”. Czynienie zarzutu w tej sytuacji przez odwołującego jest dla zamawiającego niezrozumiałe. Podkreślić należy, że pisma kierowane do odwołującego również charakteryzowały się taką samą szczegółowością.

W odpowiedzi na dodatkowe wezwanie konsorcjum TERS faktycznie przyznało się do omyłki jaka miała miejsce w pierwotnych wyjaśnieniach i przedstawiło dodatkowe wyjaśnienia odnośnie zakresu ujętego w pozycji nr 45 KO MD-2 TOM 3.2. Oceniając przedstawione przez konsorcjum TERS stanowisko zamawiający kierował się orzecznictwem KIO. tak, w wyroku KIO 503/18 z dnia 19 kwietnia 2018 r. wskazano, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 czy 223 ust. 1 ustawy Pzp „mogą stanowić podstawę do odrzucenia oferty, mogą być bowiem traktowane jako dowód, że oferta w rzeczywistości nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, zawiera rażąco niską cenę itd. Jednak w przeciwieństwie do treści oferty wyjaśnieniom nie nadano rygoru niezmienności, jak zrobiono to w stosunku do samej oferty. Nie oznacza to oczywiście, co należy szczególnie podkreślić, że wykonawca w ramach wyjaśnień ceny może dowolnie zmieniać swoje oświadczenia lub składać oświadczenia z sobą całkowicie sprzeczne - świadczyłoby to bowiem o tym, że jego oferta nie jest „poważna” i byłoby podstawą do negatywnej jej oceny, o której mowa w art. 90 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Może jednak wyjaśnienia korygować, doprecyzowywać itd.”

W ocenie Izby ma rację zamawiający, który po szczegółowej analizie przedłożonych przez konsorcjum TERS wyjaśnień z dnia 12.12.2024 r. uznał, że nie ma do czynienia ze zmianą treści oferty. Wykonawca przedstawił szczegółową kalkulację pozycji 45 przedstawiając założenia poczynione w zakresie etapowego prowadzenia rozbiórki obiektu mostowego. Wyjaśnienia te w ocenie zamawiającego stanowiły doprecyzowanie wyjaśnień wcześniej złożonych. Wykonawca bowiem nie zmienił wartości pozycji nr 45 oszacowanej zgodnie z ofertą na 60 000,00 zł, za to wykazał, że montaż barier stanowi jedynie element tej wyceny. Przedstawione wyjaśnienia przekonały zamawiającego, że prawdziwe jest jego oświadczenie o omyłce popełnionej w samych wyjaśnieniach. Tym samym nie wypełniły się podstawy do

odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp. Powyższe stanowisko zamawiającego, w ocenie Izby jest usprawiedliwione.

Reasumując powyższe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych 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) zwanego dalej „rozporządzeniem”, zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych i zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot kwoty 3.600,00 zł. stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Biorąc pod uwagę orzeczono jak w sentencji

Przewodnicząca: .....

.....

.....