

Sygn. akt: KIO 2803/23

WYROK
z dnia 9 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2023 r. przez **wykonawcę BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Infra – Centrum Doradztwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Infra-Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Zarzut ewentualny odwołania pozostawia bez rozpoznania.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 19 028 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwadzieścia osiem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2803/23

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Budowa połączenia kolejowego Kraków-Niepołomice” realizowanego w ramach programu uzupełniania lokalnej i regionalnej infrastruktury kolejowej – Kolej + do 2029 roku”, nr ref.: IREZA3.293.2.2023.b” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2023 r., za numerem 2023/S 084-254783.

W dniu 22 września 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca BBF sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) zaniechania odtajnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oraz podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wybranego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Infra – Centrum Doradztwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Infra-Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący”, „Wybrany Wykonawca” lub „Konsorcjum Infra”) w sposób umożliwiający ich udostępnienie po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty;

ewentualnie wobec

2) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Infra jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 2 ustawy pzp w związku z art. 74 ust. 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco

niskiej ceny Wybranego Wykonawcy oraz podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia Wybranego Wykonawcy w terminie umożliwiającym udostępnienie tych wyjaśnień po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty;

ewentualnie

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Infra jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

ewentualnie

3) odrzucenia oferty Konsorcjum Infra na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w dniu 21 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Infra do wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny jego oferty. Podstawą faktyczną wezwania było domniemanie rażąco niskiej ceny Konsorcjum Infra wynikające z faktu, że cena całkowita tej oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia oraz od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Konsorcjum Infra złożyło wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny jego oferty 2 sierpnia 2023 r. zastrzegając jednocześnie treść tych wyjaśnień w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający rozstrzygnął przetarg przez wybór oferty w dniu 12 września 2023 r. W dniu 13 września 2023 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert pozostałych wykonawców złożonych w postępowaniu wraz z korespondencją. W dniu 14 września 2023 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu oferty pozostałych wykonawców oraz korespondencję z Konsorcjum Infra bez wyjaśnień tego wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny. Następnie, dopiero 19 września 2023 r., a więc po siedmiu dniach licząc od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty, po sześciu dniach od przekazania wniosku o udostępnienie pozostałych ofert wraz z korespondencją w postępowaniu i na trzy dni przed upływem terminu na wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania Zamawiający udostępnił Odwołującemu odtajnioną treść wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty najkorzystniejszej, złożonych półtora miesiąca wcześniej, tj. 2 sierpnia 2023 r. Zamawiający zwlekał z udostępnieniem kluczowych wyjaśnień Konsorcjum Infra w zakresie ceny jego oferty z uwagi na to, że dopiero 8 września 2023 r. przekazał Wybranemu Wykonawcy decyzję o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum Infra w zakresie wyliczenia ceny jego oferty. W efekcie powyższego Zamawiający powstrzymywał się z udostępnieniem tych istotnych informacji do upływu terminu na wniesienie odwołania od decyzji odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum Infra, który to termin upływał z 18 września 2023 r. W efekcie powyższego Odwołujący otrzymał i mógł zapoznać się z istotnymi załącznikami do protokołu postępowania dopiero na trzy dni przed upływem terminu na złożenie odwołania w sprawie. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne co do zasady. Natomiast zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Postanowienie art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp gwarantuje każdemu dostęp do załączników do protokołu postępowania na wniosek po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie sposobu konstruowania ceny oferty, zgodnie z art. 73 ust. 1 ustawy pzp, jako oświadczenia lub informacje dotyczące podstawowego parametru ceny oferty – ceny – bez wątpienia stanowią załącznik do protokołu i jak takie powinny być udostępnione zainteresowanym na wniosek po wyborze najkorzystniejszej oferty bez zwłoki. Tylko takie udostępnienie istotnych informacji w postępowaniu o zamówienie publiczne gwarantuje uprawnionym wykonawcom możliwość zweryfikowania decyzji zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne i skorzystanie ze środków ochrony prawnej w postaci odwołania. Biorąc pod uwagę kalendarium zdarzeń w tym postępowaniu oczywistym jest w ocenie Odwołującego, że przez spóźnione odtajnienie bezpodstawnie zastrzeżonych przez Wybranego Wykonawcę istotnych informacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny jego oferty oraz osób kierowanych do realizacji zamówienia, Zamawiający realnie ograniczył Odwołującemu w czasie dostęp do informacji związanych z postępowaniem przez ograniczenie dostępu do istotnych załączników do protokołu postępowania do ledwie 3 dni (z 10 dni terminu na złożenie odwołania). Decydując się na wniesienie odwołania wykonawca musi dochować terminu wynikającego z przepisów ustawy pzp. Jeśli zamawiający zwleka z decyzją o odtajnieniu niezasadnie zastrzeżonych informacji w taki sposób, że odtajnia je na 3 dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania na rozstrzygnięcie postępowania, to w rzeczywistości ogranicza pozostałym

wykonawcom możliwość weryfikowania wybranej oferty i decyzji zamawiającego o jej wyborze z gwarantowanych ustawą 10 dni do 3 dni. W konsekwencji Zamawiający istotnie ograniczył Odwołującemu możliwość weryfikacji oferty Wybranego Wykonawcy i sformułowania poprawnych zarzutów w stosunku do wybranej oferty i decyzji Zamawiającego o wyborze tej oferty. Zatem Zamawiający realnie ograniczył Odwołującemu w czasie (do 3 dni z przysługujących mu 10 dni ustawowego terminu na złożenie odwołania) dostęp do istotnych dla postępowania informacji związanych z postępowaniem - załączników do protokołu postępowania, czym ograniczył realnie prawo Odwołującego do złożenia odwołania w sprawie. Istotnym przy tym jest, że Zamawiający ograniczył Odwołującemu dostęp do informacji związanych z postępowaniem bez podstawy prawnej. Odwołujący wskazał, że potrzeba zagwarantowania Wybranemu Wykonawcy złożenia odwołania na czynność uchylecia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 8 września 2023 r. nie może stanowić w świetle ustawy, podstawy do ograniczenia innym wykonawcom ich praw do dostępu do dokumentów postępowania. Odtajnienie informacji w postępowaniu o zamówienie publiczne w sposób, który gwarantuje wypełnienie zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, następuje w momencie, w którym pozostali wykonawcy mogą zapoznać się z odtajnianą informacją. Nie można uznać za odtajnioną informacji w momencie podjęcia przez zamawiającego samej decyzji o jej odtajnieniu, kiedy jeszcze zamawiający nie udostępni pozostałym zainteresowanym tej informacji będąc w oczekiwaniu na ewentualne zaskarżenie decyzji o odtajnieniu. Taka informacja, do upływu terminu na zaskarżenie odwołaniem czynności odtajnienia, pozostaje jeszcze niejawną dla pozostałych zainteresowanych wykonawców. W warunkach tego postępowania Zamawiający, dla zapewnienia jawności i przejrzystości postępowania, winien był powstrzymać się z wyborem najkorzystniejszej oferty do momentu, w którym mógł być udostępnić wszystkie informacje związane z postępowaniem. Zatem Zamawiający winien był poczekać z wyborem najkorzystniejszej ofert do czasu upływu terminu na wniesienie odwołania na czynność odtajnienia informacji. Nie dochowując tego Zamawiający ograniczył w postępowaniu dostęp do istotnych informacji uniemożliwiając lub istotnie ograniczając możliwość weryfikacji pozostałym wykonawcom możliwość weryfikacji wybranej oferty i prawidłowości decyzji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. W tej sytuacji w ocenie Odwołującego nieodzowne jest unieważnienie czynności badania i wyboru najkorzystniejszej oferty, co zagwarantuje pozostałym wykonawcom realne egzekwowanie ich praw podmiotowych. Czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty jest zwieńczeniem wszystkich innych czynności w postępowaniu i żadna czynność Zamawiającego nie powinna wykraczać poza tą ostatnią z wszystkich czynności, tym bardziej, że ocena zasadności skuteczności zastrzeżenia tajemnicy oferty (czy też dokumentów podmiotowych), jest elementem oceny ofert. Zatem Zamawiający powinien dokonać czynności oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ewentualnego odtajnienia zastrzeżonych informacji w ramach procedury oceny ofert, a nie poza nią. W konsekwencji, Zamawiający – odtajnając informacje – powinien jednocześnie unieważnić czynności wyboru oferty oraz oceny ofert zgodnie z żądaniem Odwołującego, aby umożliwić mu przeanalizowanie przesłanych dokumentów oraz ewentualne wniesienie odwołania dotyczącego bezpodstawnie utajnionych wcześniej dokumentów. Odwołujący wskazał na wyrok z 17 listopada 2022 r. w sprawie – Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy/Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie o sygn. akt C-54/21 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tej kwestii wypowiedział się jasno wskazując, że Bieg terminu na wniesienie takiego odwołania może rozpocząć się dopiero w dniu, w którym ów odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

Zatem w tym stanie postępowania przywrócenie jego zgodności z wymogami pzp jest możliwe tylko przez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 12 września 2023 r. Przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby sprzeczne z zasadą państwa prawa jak i przepisami unijnymi. Podkreślił, iż państwo polskie zobowiązane jest do zapewnienia wykonawcom realnych środków ochrony prawnej i możliwości ich składania w odpowiednich terminach (por. wyrok TS z dnia 28.01.2010 w sprawie Uniplex C-406/08 oraz wyrok TS z dnia 12.01.2002 r. ws. Universale – Bau C- Oznaczałoby to bowiem, że nawet bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa – jak w tym przypadku, de facto skutkuje pozbawieniem możliwości skutecznego składania odwołania skierowanego przeciwko ofercie podmiotu utajnającego swoją ofertę (jej część). Nie da się bowiem składać skutecznego odwołania niejako „w ciemno”. W tej kwestii w podobnych sprawach Krajowa Izba Odwoławcza jednoznacznie opowiada się za koniecznością unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Powołał się na wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2498/14 oraz z dnia 10 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1377/15.

W zakresie zarzutu ewentualnego Odwołujący wskazał, że dnia 21 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Infra do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Powyższe wezwanie, w połączeniu z przywołanym wyżej przepisem oznacza, że wezwany wykonawca miał obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wskazał, że zastosowanie procedury z art. 224 ust. 1 ustawy pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wezwanym wykonawcy. Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany

do złożenia wyjaśnień chcąc je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena i koszt nie zawierają rażąco niskiej ceny. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami. Wskazał, że sam Zamawiający zwrócił wykonawcy uwagę na ten obowiązek w wezwaniu z dnia 21 lipca 2023 r. W ocenie Odwoływającego nie można uznać, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Infra dnia 2 sierpnia 2023 r. obaliły powyższe domniemanie.

Odwołujący podniósł, że w niniejszym postępowaniu złożonych zostało 6 ofert o następujących cenach (od najtańszej do najdroższej):

- Konsorcjum Infra: 5.658.000 zł brutto,
- BBF sp. z o.o.: 7.802.505,00 zł brutto
- Multiconsult Polska sp. z o.o.: 7.843.648,50 zł brutto,
- TPF sp. z o.o.: 9.340.620,00 zł brutto,
- Sysra S.A.: 9.815.400 zł brutto,
- Konsorcjum Mosty Katowice sp. z o.o. i Arcadis sp. z o.o.: 11.329.530,00 zł brutto.

Jednocześnie Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia (ale jedynie w zakresie podstawowym) kwotę 13.956.275,00 zł brutto. Powyższe oznacza, że porównując cenę oferty Konsorcjum Infra do kolejnej oferty (BBF) widać, że jest ona tańsza o ponad 2,1 mln zł tj. o 27,5% i jest tańsza od średniej wszystkich ofert aż o 34,5%. Jednocześnie cena oferty Konsorcjum Infra w zakresie zamówienia podstawowego (4.634.025 zł brutto) jest niższa o ponad 66,8% od wartości szacunkowej zamówienia podstawowego (przyjmując założenie, że wartość szacunkowa powiększona o VAT jest równa kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia). Powyższe zestawienie pokazuje jak istotnie odbiega cena oferty Konsorcjum Infra od innych ofert i założeń Zamawiającego. To też pokazuje, że oferta tego wykonawcy powinna być szczególnie dobrze wyjaśniona i zbadana pod kątem realności ceny. Tak bowiem istotne różnice mogą świadczyć o nierzetelności tej oferty i błędach w przyjętych założeniach kosztowych.

Odwołujący podniósł, że wybrany wykonawcy przyjął pewną określoną metodykę wyjaśnień RNC, która w tym przypadku powoduje, że jego wyjaśnienia są wysoce niewystarczające. Najogólniej rzecz ujmując metodyka ta polega na tym, że zasadnicza część kosztów została „wyjaśniona” ogólnymi ofertami. W efekcie dochodzi do „wyjaśnienia oferty poprzez ofertę”. Taki sposób w żaden sposób nie pozwala na weryfikację prawidłowości ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Infra. Cena zaoferowana przez Konsorcjum Infra wynosi 5.658.000,00 zł brutto. Wykonawca powinien był zatem wyjaśnić w jaki sposób ta cena została skalkulowana. Jak wynika z wyjaśnień RNC Konsorcjum Infra zamierza w znacznym stopniu posłużyć się podwykonawcami, a suma wartości ich prac wynosi 3.475.758,60 zł brutto, a więc ponad 61% wartości całej oferty. Powyższe wprost wynika z Wyjaśnień RNC. Kluczowe w powyższym zakresie są oferty: Biura Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o. (dalej: „BPK”), YLE Inżynierowie sp. z o.o. (dalej: „YLE”), INŻ-GEO (Badania i Roboty Geotechniczne (dalej: „INŻ-GEO”) i Asanga Pracownia Analiz Środowiskowych (dalej: „Asanga”) albowiem ich przedmiot dotyczy istoty zamówienia. Przywołał pkt 2.1.1. i 2.1.2. SWZ. Istotą zatem zamówienia jest wykonanie prac projektowych, których należyte wykonanie w dużym stopniu zależy także od właściwych badań geologicznych, jak i odpowiednich analiz środowiskowych. Tu kluczowe elementy zamówienia realizowane będą w przeważającej mierze przez podwykonawców, w tym: BPK, YLE, INŻ-GEO i Asanga. Dokładny opis tych kluczowych elementów zamówienia jakie mają wykonywać podwykonawcy zawierają wyjaśnienia RNC w Tabeli nr 5. Stopień zaangażowania podwykonawców w realizację zamówienia pokazuje też zawarte w wyjaśnieniach RNC w tabeli nr 6 Zestawienie personelu wykonawcy. Dla porównania warto wskazać na ilość personelu zaangażowanego przez samego Wybranego Wykonawcę, który wskazał w Wyjaśnieniach RNC, że będzie dysponował Koordynatorem Projektu / Głównym Projektantem, Koordynatorem w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, Koordynatorem w branży kolejowe sieci trakcyjne, Koordynatorem branży zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym. Powyższe pokazuje jak istotną część zamówienia i kluczową dla prawidłowości celu zamówienia wykonywać będą podwykonawcy. Powyższe odnosi się zarówno do wartości prac podwykonawców (ponad 60% całej ceny), jak i zakresu ich prac, w tym kluczowych branż (takich jak np.: branża torowa, konstrukcyjno-budowlana, drogowa, teletechnika i SRK mostowa, geologia i środowisko). Co ważne te branże są kluczowe w projektach kolejnych i nie stanowią elementów ubocznych, ale podstawowe. Co oczywiste, korzystanie z podwykonawców w tak istotnym zakresie nie jest zabronione czy niemożliwe. Powyższe, jednakże nie zwalnia wykonawcy (bezpośrednio ubiegającego się o zamówienie) z dokładnego wyjaśnienia ceny także w tych elementach, które wykonywać będą podwykonawcy. W niniejszym przypadku Konsorcjum Infra wyjaśniając tę część ceny, która odpowiada zakresowi zamówienia

realizowanemu przez podwykonawców, poprzestała jedynie na złożeniu ofert tychże podwykonawców (w tym w szczególności kluczowych, tj.: BPK, YLE, GEO-INŻ, Asanga). Samo w sobie nie stanowiłoby to problemu, gdyby owe oferty były na tyle szczegółowe, aby możliwe było dokonanie ich oceny pod kątem realności zaproponowanej ceny względnie, gdyby Wybrany Wykonawca samodzielnie dokonał takiej weryfikacji i opisał to w wyjaśnieniach RNC. W tej sprawie tak się nie stało, albowiem Konsorcjum Infra wyjaśniając zasadniczą część kosztów poprzestała na przedłożeniu ofert ww. podwykonawców. Co kluczowe dla sprawy, oferty podwykonawców zasadniczo zawierają jedynie opis tego co obejmuje oferta (jakie prace i jaka kadra zostanie oddelegowana do realizacji prac) oraz cenę. Oferty te natomiast nie zawierają podstawowych danych kalkulacyjnych, takich jak: - szczegółowe wskazanie poszczególnych czynności do wykonania (a nie jedynie powtórzony ogólny opis prac), - wskazanie czasochłonności poszczególnych prac, - wskazanie ilości i rodzaju kadry delegowanej do pracy wraz z ich zaangażowaniem czasowym, - koszty pracy (w tym przede wszystkim wynagrodzeń kadry delegowanej do wykonania zamówienia), - pozostałe koszty realizacji prac.

Tymczasem tylko takie pozwalają na zweryfikowanie poprawności wyceny prac podwykonawców. Zauważył, że w wyjaśnieniach RNC takie dane jak wyżej opisane znalazły się, ale tylko w odniesieniu do zakresu prac wykonywanego samodzielnie przez Konsorcjum Infra. Konsorcjum Infra wyjaśnia cenę oferty (jej zasadniczą część) ceną innej oferty. Tego rodzaju działanie jest niedopuszczalne, albowiem de facto stanowi próbę obejścia konieczności szczegółowego wyjaśnienia elementów kosztotwórczych składających się na cenę ofertową. Gdyby przyjęć odmienną tezę prowadziłoby to do istotnych nadużyć, albowiem wykonawcy samodzielnie realizujący zamówienie musieliby szczegółowo wyjaśniać swoją cenę i wszystkie elementy mające wpływ na cenę, tymczasem ci posługujący się podwykonawcami niejako „zasłaniałiby” się ich ofertami. Zauważył, że wyjaśnienia RNC służą weryfikacji tego czy przy założonych kosztach pracy wykonawca jest w stanie w sposób należyty wykonać przedmiot zamówienia. Tymczasem wykonanie przedmiotu zamówienia zależne jest także od tego czy prawidłowo została skalkulowana cena podwykonawców i czy cena ta gwarantuje możliwość wykonania przez nich powierzonych im części zamówienia. Oczywiście jest bowiem, że nienależyte wykonanie prac przez podwykonawców ma wpływ na całe zamówienie, szczególnie gdy realizują oni niejako podstawowe prace. Z tych powodów nie jest możliwe wyjaśnianie ceny oferty poprzez przekładania lakonicznych ofert podwykonawców. Powyższe braki w wyjaśnieniach RNC powodują, że w żaden sposób nie można uznać, aby wyjaśniały one zaoferowaną cenę (zważywszy szczególnie na bardzo duże różnice wobec cen innych wykonawców oraz szacunki Zamawiającego). Co więcej tego rodzaju wyjaśnienia pomijające de facto większą część prac i kosztów nie obaliły też domniemania ceny.

W dniu 3 października 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 3 października 2023 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Infra – Centrum Doradztwa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Infra-Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego (oferta Przystępującego w innym postępowaniu, uzasadnienie odrzucenia oferty Przystępującego w innym postępowaniu, uzasadnienie odrzucenia oferty Przystępującego w innym postępowaniu, odwołanie Przystępującego w innym postępowaniu, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym z dowodu 4, treść wyroku w sprawie KIO 2129/23, Przystępującego

(informacje odnośnie wyceny od trzech podwykonawców wskazanych w ofercie) oraz Zamawiającego (oszacowanie kosztów realizacji dokumentacji projektowej).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ: „2. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA 2.1. Przedmiotem Zamówienia jest: 2.1.1. w zakresie Podstawowym (Faza I) – opracowanie dokumentacji projektowej w ramach projektu pn.: „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Niepołomice” realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku; 2.1.2. w zakresie Prawa Opcji (Faza II) – pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Budowa połączenie kolejowego Kraków – Niepołomice” realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku.”

W dniu 21 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny.

W dniu 2 sierpnia 2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W dniu 18 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 30 sierpnia 2023 r. Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz osób.

Izba ustaliła również, że w dniu 8 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny z dnia 02.08.2023 r. oraz w Załączniku nr 6A do IDW – złożonym w dniu 30.08.2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający w piśmie wskazał: „Odtajnienie przedmiotowych informacji nastąpi po upływie terminu na wniesienie odwołania, tj. po upływie 10 dni od przekazania niniejszego pisma.”

W dniu 12 września 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Bezsporne były okoliczności, że:

W dniu 13 września 2023 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert pozostałych wykonawców złożonych w postępowaniu wraz z korespondencją.

W dniu 14 września 2023 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu oferty pozostałych wykonawców oraz korespondencję z Konsorcjom Infra bez wyjaśnień tego Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny i wykazu osób.

W dniu 19 września 2023 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu odtajnioną treść wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty najkorzystniejszej i wykaz osób złożone przez Przystępującego.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.”

W myśl art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym, że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.”

Artykuł 515 ust. 1 ustawy pzp: „Odwołanie wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej

podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie w zakresie zarzutu 1 odwołania była kwestia dotycząca terminu udostępnienia Odwołującemu wnioskowanych dokumentów w postępowaniu: wyjaśnić rażąco niskiej ceny oraz wykazu osób złożonych przez Przystępującego i wpływu działań Zamawiającego na skuteczne podniesienie zarzutów odwołania. Odwołujący wywodził, że Zamawiający realnie ograniczył Odwołującemu dostęp do ww. dokumentów bez podstawy prawnej, przez niewłaściwe procedowanie w postępowaniu, gdyż Odwołujący otrzymał i mógł zapoznać się z istotnymi załącznikami do protokołu postępowania dopiero na trzy dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania w sprawie, pomimo złożenia wniosku o udostępnienie dokumentów niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji Odwołujący podnosił naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności i przejrzystości postępowania z uwagi na niewłaściwe procedowanie prowadzące do nieuzasadnionej zwłoki w udostępnieniu dokumentów. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego zasługiwała na uwzględnienie, a zarzut odwołania potwierdził się z następujących przyczyn.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że zasada jawności stanowi naczelną zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz gwarancję jego transparentności. Niewątpliwie jej przestrzeganie stanowi jeden z zasadniczych obowiązków zamawiającego jako gospodarza postępowania nakazując zapewnienie powszechnego dostępu do informacji o zamówieniu od wszczęcia do zakończenia postępowania. W doktrynie akcentuje się, że *„jawność przesądza o skuteczności weryfikacji działań zamawiającego, sformułowanie jednoznacznie brzmiącej zasady stało się niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych”* (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Legalis 2015, kom. do art. 8), a więc zasada jawności jest niezbędnym elementem kontroli sposobu wydatkowania środków publicznych, dokonywanej również przez samo społeczeństwo (P. Szustakiewicz, w: M. Sieradzka, Prawo zamówień publicznych, 2018, kom. do art. 8) dając możliwość zweryfikowania działań zamawiającego i ich zakwestionowania w ramach środków ochrony prawnej. Jawność w postępowaniu pozwala na urzeczywistnienie pozostałych zasad, w tym uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a także koresponduje z zasadą przejrzystości, nakazującej podejmowanie poszczególnych czynności w postępowaniu w odpowiednim porządku. Jak wynika z art. 18 ust. 2 zasada jawności może zostać ograniczona wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Innymi słowy odmowa dostępu do informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie możliwa wyłącznie, gdy zamawiającemu zezwala na to przepis o randze ustawowej. Jak wywodził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt: XXIII Zs 69/22: *„Wszelkie wyłączenia, czy choćby ograniczenia jawności postępowania stosowane i dopuszczane powinny być bardzo rygorystycznie. W tym duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenie jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady powinny podlegać wykładni zacieśniającej. Żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania ich jedynie w szątkowej, fasadowej postaci.”* Jawność postępowania o zamówienie publiczne stanowi więc prawo każdego wykonawcy dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu i jednocześnie jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie umożliwili wykonawcom dostęp do tych informacji.

Na gruncie ustawy pzp zasada jawności jest realizowana poprzez nałożenie na zamawiającego szeregu obowiązków informacyjnych, w tym m.in. wyrażona zostaje poprzez konieczność dokumentowania przebiegu postępowania oraz udostępniania na odpowiednim etapie protokołu postępowania i załączników do protokołu. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO 2447/13 z dnia 4 listopada 2013 r.: *„Zasady jawności i pisemności wymagają – zdaniem Izby – nie tylko dokumentowania przez zamawiającego swoich czynności w postępowaniu, zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale również przekazywania, stosownie do dopuszczonego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, dokonanych w toku postępowania ocen i ustaleń niezbędnych dla oceny przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu oraz podjęcia niezbędnych działań dla ich ochrony. Obowiązek informowania przez zamawiającego wykonawców o czynnościach w postępowaniu umożliwi przeprowadzenie przez wykonawców oceny czy czynności w postępowaniu były dokonane prawidłowo. Treść informacji określa w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne, w jakich wykonawcy niezgadający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu.”* W myśl art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp: *„1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu*

postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (...).” Jak stanowi par. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. 2020 poz. 2434 z późn. zm.): „1. *Protokół postępowania lub załączniki do protokołu postępowania udostępnia się w oryginale lub kopii.* 2. *Udostępnianie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.* 3. *Jeżeli udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania albo ich części przy użyciu środków komunikacji elektronicznej byłoby utrudnione lub niemożliwe:*

1) *z przyczyn o charakterze technicznym,*

2) *z przyczyn wynikających z przepisów odrębnych,*

3) *w przypadku odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej z powodu zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 ustawy,*

4) *w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*

– *zamawiający niezwłocznie informuje o tym wnioskodawcę, wskazując, że udostępnienie, zgodnie z wyborem zamawiającego, może nastąpić przez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2020 r. poz. 1041 i 2320) lub za pośrednictwem postańca.* 4. *Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie.”*

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy w ocenie Izby analiza przywołanych regulacji wyznacza jednoznacznie obowiązki zamawiającego w zakresie udostępniania dokumentów w postępowaniu gwarantujące zachowanie zasady jawności, a których to obowiązków Zamawiający niewątpliwie nie przestrzegał w niniejszym postępowaniu. Zamawiający podnosił, że ustawa pzp nie precyzuje, kiedy udostępnia się załączniki do protokołu, a ponadto podkreślał brak wpływu postawionego zarzutu odwołania na wynik postępowania (konieczny dla uwzględnienia odwołania), z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący na 3 dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz wykaz osób Przystępującego otrzymał. Bezsporne przy tym było, iż ww. dokumenty stanowią załączniki do protokołu udostępniane po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń Izba zwraca uwagę, że z treści przepisu art. 74 ust. 2 ustawy pzp wynika, że załączniki do protokołu „udostępnia się” po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast art. 18 ust. 2 stanowi, że poza przypadkami określonymi w ustawie zamawiający nie może ograniczyć dostępu do informacji. Wykładnia ww. przepisów prowadzi do oczywistego wniosku, że zamawiający po dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty powinien pozostawać w gotowości do umożliwienia zainteresowanym wykonawcom dostępu do jawnych dokumentów postępowania. Zamawiający powinien zatem tak procedować, aby te dokumenty, które Zamawiający uznał za jawne w postępowaniu były możliwe do udostępnienia po wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w dniu 8 września 2023 r. dokonał czynności odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wykazu osób Przystępującego. Zamawiający tym samym uznał te dokumenty za jawne, co jest równoznaczne z obowiązkiem ich udostępnienia na wniosek wykonawców po wyborze najkorzystniejszej oferty. Co do terminu, kiedy udostępnienie powinno nastąpić Izba zwraca uwagę, że co prawda ustawa pzp nie precyzuje wprost tego terminu, niemniej jednak zwrot „udostępnia się” akcentuje niezwłoczność tej czynności dla tych dokumentów, co do których ustawa pzp nie wprowadza ograniczenia jawności. Termin „niezwłocznie” w zakresie udostępniania protokołu i załączników wynika również jednoznacznie z rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania. Zgodnie z definicją zawartą w słowniku PWN termin „niezwłoczny” oznacza taki, który powinien nastąpić w jak najkrótszym czasie, a więc bez zbędnej (nieuzasadnionej) zwłoki. Nie można w ocenie Izby tego terminu rozumieć jako cechującego się dużą dozą elastyczności, jak argumentował Przystępujący. Zdaniem Izby, celem ustalenia czy nieostry termin „niezwłoczny” został zachowany należy ocenić czy przeszkody w udostępnieniu dokumentów były natury względnie obiektywnej. Zauważenia wymaga, że na takie przyczyny wskazano w rozporządzeniu w sprawie protokołu postępowania, który stanowi w par. 5, że w przypadku, gdy: „udostępnienie protokołu postępowania lub załączników do protokołu postępowania albo ich części przy użyciu środków komunikacji elektronicznej byłoby utrudnione lub niemożliwe: 1) z przyczyn o charakterze technicznym, 2) z przyczyn wynikających z przepisów odrębnych, 3) w przypadku odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej z powodu zaistnienia jednej z sytuacji określonej w art. 65 ust. 1 ustawy, 4) w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – zamawiający niezwłocznie informuje o tym wnioskodawcę” wskazując jeden ze sposobów udostępnienia, przykładowo poprzez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego. Z regulacji wynika również, że nawet jeśli po stronie zamawiającego wystąpi przeszkoda w udostępnieniu dokumentów to jest zobowiązany niezwłocznie poinformować wykonawcę w jaki sposób może zapoznać się z jawnymi informacjami dotyczącymi postępowania, aby nie doprowadzić w tym zakresie do nieuzasadnionego ograniczenia.

Nie ulega więc wątpliwości, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, przeszkoda w niezwłocznym udostępnieniu wnioskowanych przez Odwołującego dokumentów została wywołana nie przyczyną obiektywną, niezależną od zamawiającego, taką która wystąpiła pomimo zachowania przez zamawiającego należytej staranności, a wyłącznie sposobem procedowania Zamawiającego naruszającym jednocześnie zasadę przejrzystości. Zamawiający dokonujący bowiem czynności odtajnienia w dniu 8 września 2023 r. miał pełną świadomość, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz wykaz osób będą możliwe do udostępnienia zainteresowanym wykonawcom dopiero po 10 dniach od zawiadomienia Przystępującego o czynności odtajnienia, co też zostało wyrażone przez Zamawiającego w piśmie o odtajnieniu. Pomimo tego, Zamawiający zdecydował się dokonać czynności wyboru najkorzystniejszej oferty już 12 września 2023 r. godząc się niejako z naruszeniem zasady przejrzystości postępowania, jawności, w tym zasad dotyczących udostępniania załączników do protokołu. Jakkolwiek zachowanie Zamawiającego polegające na umożliwieniu wykonawcy skutecznego zakwestionowania czynności odtajnienia w ustawowym terminie należy uznać za działanie prawidłowe to dalszy sposób procedowania nie może jednocześnie wpływać na ograniczenie innemu wykonawcy dostępu do informacji, które wykonawca ma prawo zweryfikować i wobec których również może podnieść w odpowiednim czasie konkretne zarzuty w środку ochrony prawnej. W postępowaniu doszło do zaburzenia równego traktowania wykonawców. Niewątpliwie Zamawiający powinien wstrzymać się z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty do upływu terminu na wniesienie odwołania na czynność odtajnienia, zachowując kolejność czynności w postępowaniu w myśl zasady przejrzystości. Zamawiający podejmując czynności w postępowaniu powinien bowiem mieć na względzie treść art. 18 ust. 2 ustawy pzp, aby nie doprowadzić własnym procedowaniem do istotnego i realnego ograniczenia wykonawcom dostępu do jawnych dokumentów, gdyż takie ograniczenie może wyłącznie wynikać z przepisu rangi ustawowej. W ocenie Izby irrelevantna jest okoliczność, że Odwołujący otrzymał wnioskowane dokumenty na 3 dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania, a także kwestie oceny czy termin 3 dni był wystarczający na skuteczne podniesienie zarzutów, gdyż do naruszenia zasady jawności może dojść również w przypadku czasowego ograniczenia dostępu do załączników do protokołu – Zamawiający pozostawał bowiem w nieuzasadnionej obiektywnymi względami zwłoce w udostępnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny i wykazu osób Przystępującego. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niewłaściwych działań Zamawiającego. Co więcej, o braku innych przeszkód po stronie Zamawiającego świadczy okoliczność, że wszystkie pozostałe dokumenty Zamawiający udostępnił Odwołującemu w kolejnym dniu licząc od dnia wpływu wniosku Odwołującego i taki właśnie sposób udostępnienia dokumentów mieści się w pojęciu niezwłoczności.

W ocenie Izby naruszenia Zamawiającego mogą mieć wpływ na wynik postępowania, co jest okolicznością wystarczającą dla uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 ustawy pzp) i nakazania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba zauważa, że Odwołujący dochował należytej staranności wnioskując o dokumenty już następnego dnia po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający pozostawał w zwłoce z udostępnieniem dokumentów uznanych za jawne, czym ograniczył w sposób nieuzasadniony czas na zapoznanie się z nimi i ich weryfikację przez Odwołującego. Naruszenie zasady jawności i udostępnienia dokumentów mogą mieć więc wpływ na wynik postępowania. Odwołujący podniósł co prawda zarzut ewentualny dotyczący rażąco niskiej ceny, ale jak sam zauważył Zamawiający i Przystępujący, był to zarzut przede wszystkim natury formalnej. Zarzuty względem wykazu osób nie zostały w ogólne sformułowane. Na obecnym etapie nie jest w ocenie Izby możliwe ustalenie czy wcześniejsze udostępnienie dokumentów – bez zbędnej zwłoki, wpłynęłoby istotnie na treść odwołania. Natomiast wystarczającym dla uwzględnienia zarzutu jest istnienie takiej możliwości. Zaakceptowanie stanowiska Zamawiającego mogłoby zdaniem Izby doprowadzić do sytuacji jeszcze bardziej kuriozalnych, kiedy zamawiający w analogicznych okolicznościach udostępniłby wnioskowane dokumenty na dzień przed upływem terminu na wniesienie odwołania, co uniemożliwiłoby postawienie jakichkolwiek zarzutów. Nie zasługuje na aprobatę, aby w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający swoim działaniem, polegającym na podejmowaniu w sposób nieprzejrzysty kolejnych czynności w postępowaniu, wpływał na uprawnienie wykonawców do dostępu do jawnych informacji, a w konsekwencji na prawo do weryfikacji czynności i ich skutecznego zakwestionowania w odpowiednim terminie w drodze środków ochrony prawnej. Jak już wskazano, termin na wniesienie odwołania ma charakter prekluzyjny, a odwołujący wszelkie okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające podniesione zarzuty są zobowiązani sformułować w odwołaniu. To treść odwołania wyznacza granice rozpoznania przez Izbę i niedopuszczalne jest rozszerzanie zakresu odwołania na rozprawie, co zdawali się sugerować Zamawiający i Przystępujący na rozprawie. W szczególnych okolicznościach faktycznych tej sprawy Zamawiający doprowadził więc do wypaczenia zasady jawności postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Celem zagwarantowania Odwołującemu sformułowania konkretnych zarzutów wobec dokumentów nieudostępnionych bez zbędnej zwłoki Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący będzie więc uprawniony zakwestionować ocenę przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz

wykazu osób Przystępującego oraz sformułować zarzuty i podstawy faktyczne odwołania w tym zakresie, co w konsekwencji może doprowadzić do weryfikacji oferty Przystępującego.

Z uwagi na uwzględnienie zarzutu 1 odwołania Izba, zgodnie z wnioskiem Odwołującego, zarzut 2 odwołania pozostawiła bez rozpoznania. Dlatego też uznać należało, że odwołanie zostało uwzględnione w całości.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 428,00 zł na podstawie faktur Vat złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: