

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2018 r. przez wykonawcę

Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., via A. M. Adorni 1, 43121 Parma, Włochy

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (oddział w Krakowie)

przy udziale wykonawcy **Salini Impregilo S.p.A., via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan, Włochy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego pod stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (oddział w Krakowie) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyceny oferty,
2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad (oddział w Krakowie) i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad (oddział w Krakowie) na rzecz Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad oddział w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „projekt i budowę drogi ekspresowej S7 Warszawa – Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego – Kraków: Część nr 1: odc. realizacyjny granica województwa świętokrzyskiego – węzeł Szczepanowice (bez węzła), długości ok. 23,3 km. Część nr 2: odc. realizacyjny węzeł Szczepanowice (z węzłem) – węzeł Widoma (z węzłem), długości ok. 14 km. Część nr 3: odc. węzeł Widoma (bez węzła) – Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska), długości ok. 18,3 km” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 września 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/ S 184-333396. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Spór dotyczy części nr 3.

I Uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy Impresa Pizzarotti & C. S.p.A.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. w zakresie części nr 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, podając następujące uzasadnienie.

Zamawiający, pismem z 7 listopada 2017 r., wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaproponowanej ceny. Zamawiający pouczył Wykonawcę, że treść złożonych informacji i dowodów musi potwierdzać, że zaoferowana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca, pismem z 28 listopada 2017 r., odpowiedział na wezwanie, jednak treść udzielonych wyjaśnień wzbudziła poważne wątpliwości Zamawiającego. Złożone wyjaśnienia w części są bardzo ogólne, a proponowane rozwiązania nie zostały poparte żadnymi merytorycznymi dowodami, co podważa ich wiarygodność. Z uwagi na powyższe Zamawiający, pismem z 23 stycznia 2018 r., ponownie zwrócił się o złożenie merytorycznych, popartych dowodami wyjaśnień. Zamawiający pouczył Wykonawcę, że dla uznania oferty za zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i niezawierającą rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia muszą być konkretne,

merytoryczne, przekonujące i spójne. Nie będą brane pod uwagę gołosłowne zapewnienia i twierdzenia nie poparte dowodami. Wykonawca w odpowiedzi, pismem z 31 stycznia 2018 r. przedłożył dwa segregatory wyjaśnień. Po szczegółowym zapoznaniu się z ich treścią Zamawiający stwierdził, że złożone ponownie wyjaśnienia w części merytorycznej nie odpowiadają w sposób rzeczowy i przekonujący na zadane przez Zamawiającego pytania, w części stoją w sprzeczności z pierwotnymi wyjaśnieniami, a większość przedstawionych dowodów nie wnosi wartości merytorycznej, która pozwalałaby na uznanie, że zaoferowana cena ma charakter realny i została prawidłowo skalkulowana. Analiza treści złożonych przez Wykonawcę pism prowadzi do wniosku, że Wykonawca wraz z udziałowymi wyjaśnieniami tworzy na nowo ofertę. Tym samym Wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim obowiązku wykazania, że cena nie jest rażąco niska. Na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena jego oferty nie pozostaje rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, i nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób pełny i niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo.

Odnosząc się do wyjaśnień z 31 stycznia 2018 r. Zamawiający stwierdził, że:

Ad. 1: W odpowiedzi na pytanie 1. Wykonawca oświadcza, że „mówiąc o wykonaniu robót siłami własnymi miał na myśli wykonanie robót podstawowych”. Takie twierdzenie budzi wątpliwości wobec faktu, że w pierwotnych wyjaśnieniach wykonawca kilkakrotnie podkreśla, że zamierza wykonać zadanie siłami własnymi, natomiast ze wsparcia podwykonawców zamierza skorzystać jedynie w okresach spiętrzenia robót. Treść zadanego pytania C9 z 7 listopada 2017 r. była jednoznaczna – Zamawiający oczekiwał informacji odnośnie ewentualnych porozumień/umów wstępnych na podwykonawstwo dla robót, które Wykonawca zamierza podzlecić. Wykonawca po raz kolejny udziela wymijającej odpowiedzi. Pisze o robotach podstawowych, nie podaje jednak, co rozumie pod tym pojęciem, a jako roboty specjalistyczne wykonawca podaje przykładowo roboty torowe, wykonywanie pali. Tymczasem przedmiotowa inwestycja obejmuje szerokie spektrum robót branżowych, których zakres podany został już w treści ogłoszenia o zamówieniu. Dalej wykonawca oświadcza, że nawiąże współpracę z uznawanymi przez Wykonawcę oraz znanymi podwykonawcami cieszącymi się dobrą opinią na rynku. Twierdzenie to jest jednak gołosłowne, tym bardziej, że, jak stwierdza sam wykonawca, nie zawarł on jeszcze żadnych wstępnych umów czy porozumień w tym zakresie. Nie podaje żadnych dowodów, które uprawdopodobniłyby te oświadczenia. Wykonawca oświadcza, że dla potrzeb realizacji kontraktu, tylko w zakresie robót drogowo-mostowych zamierza zatrudnić zasoby ludzkie w ilości ok. 900 osób (wyjaśnienie C16 z 28 listopada 2017 r.). Jednocześnie w uzupełniających wyjaśnieniach informuje, że zatrudnia w Polsce 94 pracowników oraz zamierza zatrudnić ok. 10% personelu z zasobów europejskich. Podaje też nową informację,

iż część personelu „może być wynajęta od wyspecjalizowanych firm” lub będzie pochodzić z umów wynajmu maszyn z operatorem. Takie wyjaśnienie budzi wątpliwości Zamawiającego w zderzeniu z pozostałą treścią wyjaśnień, iż Wykonawca zamierza wykonać roboty siłami własnymi oraz zamierza wykorzystać głównie własny potencjał sprzętowy. Jednocześnie, biorąc pod uwagę treść wyjaśnień z 28 listopada 2017 r. oraz z 31 stycznia 2018 r., Zamawiający dostrzega, że wyjaśnienia te są tworzone na potrzeby wezwania wykonawcy, a nie odzwierciedlają procesu ustalania ceny na etapie przygotowania oferty przez Wykonawcę. Tym samym wątpliwe jest, że koszt pozyskania personelu w sposób opisany w późniejszych wyjaśnieniach faktycznie jest ujęty w cenie oferty. Podkreślenia również wymaga fakt, iż wedle wiedzy i doświadczenia Zamawiającego brak rozeznania problemu zapewnienia kadry na etapie przygotowania ofert ma negatywny wpływ na terminowość realizacji zamówienia bądź jego należyte wykonanie. Takie wnioski można wyciągnąć biorąc pod uwagę ilość inwestycji na terenie Małopolski oraz sytuację na rynku pracy i trudności z pozyskaniem wykwalifikowanej kadry. W tym miejscu należy podkreślić, że wykonawca w cenie oferty nie ujął takiego ryzyka – co wynika z odpowiedzi na pytanie nr C2 (pismo z 28 listopada 2017 r.), gdzie wykonawca szczegółowo wymienia wszystkie ryzyka, jakie skalkulował w cenie oferty. Tym samym nie przekonuje Zamawiającego stwierdzenie, że w IV kwartale 2019 roku stali pracownicy Wykonawcy zatrudnienia na umowę o pracę będą stanowić 60% personelu.

Ponadto Wykonawca w odpowiedzi na pytanie 1b przedstawia organizację robót drogowych i mostowych, a pomija zupełnie pozostałe asortymenty robót, mimo że w wezwaniu Zamawiający jednoznacznie wyartykułował swoje oczekiwania.

Odpowiedź na pytanie 1c również nie jest wyczerpująca. Wykonawca oświadcza, że zamierza zatrudnić ok. 10% personelu z zasobów europejskich, przedstawia obszerne listy pracowników Wykonawcy zatrudnionych w niektórych krajach europejskich oraz przedstawia koszty zatrudnienia 6 osób kadry kierowniczej. Tymczasem Zamawiający nie podważał, iż Wykonawca na terenie Europy posiada duże zasoby kadrowe, jedynie oczekiwał jednoznacznej odpowiedzi, w jaki sposób koszty skierowania do realizacji zadania osób zatrudnionych w firmie, a zamieszkujących poza granicami kraju, zostały uwzględnione w ofercie.

Podobnie w odpowiedzi na pytanie 1e Wykonawca, pomimo jednoznacznego zapytania, nie przedstawia, jakie stawki wynagrodzenia przyjął do wyliczenia ceny oferty.

Odpowiedź na pytanie 1e jest połowiczna. Wykonawca wyjaśnia dokładnie pojęcie grupy roboczej oraz system ich działania, jednak nie odpowiada, ile jest tych grup, jak są liczebne oraz na jakich kontraktach są aktualnie zatrudnione.

Ad. 2: W odpowiedzi na pytanie 2. Wykonawca informuje, że zespół projektowy Wykonawcy zostanie wzmocniony przez krakowskie biuro firmy Arcadis. Biorąc pod uwagę pierwotne

wyjaśnienia uznać należy, że fakt współpracy z biurem Arcadis nie był uwzględniony w cenie oferty, o czym świadczy treść odpowiedzi na pytanie nr A23 (pismo z 28 listopada 2017 r.), gdzie Wykonawca informuje, że „w przypadku wystąpienia okoliczności nieprzewidzianych na etapie ofertowania, skutkujących koniecznością zatrudnienia podwykonawców w celu wsparcia prac projektowych, Wykonawca gwarantuje...” Tymczasem, celem ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień było doprecyzowanie informacji podanych w pierwotnych wyjaśnieniach, a nie ich zmiana. Etap składania wyjaśnień nie jest momentem, kiedy kreuje się ofertę.

Ad. 3: W odpowiedzi na pytanie 3. Wykonawca określa, że do realizacji zamówienia zamierza wykorzystać głównie własny potencjał sprzętowy, oraz potwierdza, że wymienione w pierwszych wyjaśnieniach urządzenia (360 sztuk) są dedykowane do realizacji przedmiotowej inwestycji, tymczasem tylko nieliczne jednostki sprzętu znajdują się na terenie Polski i mogą być w łatwy sposób przerzucone na przedmiotową inwestycję. W załączniku 3a, gdzie przedstawiono sprzęt oraz środki transportu Wykonawcy będące na terenie RP, wykazano jedynie 45 jednostek sprzętowych w tym 12, na które Wykonawca posiada aktualne umowy leasingowe. Pozostałe jednostki Wykonawca zamierza sprowadzić z zagranicy – jednak wykonawca nie przedstawia wstępnego harmonogramu sprowadzania sprzętu, mimo że Zamawiający o to prosił. Oznacza to, że Wykonawca nawet nie podjął próby uprawdopodobnienia tej informacji. W ponownych wyjaśnieniach Wykonawca określa, że „harmonogram sprowadzania sprzętu na teren budowy zostanie przygotowany zgodnie z harmonogramem robót”, tymczasem w pierwotnych wyjaśnieniach wykonawca założył, że „sprzęt będzie dostępny na miejscu od początku robót zgodnie z harmonogramem robót, jak pokazano w tabeli w załączniku C3”. Jednocześnie Wykonawca nie przedstawił kosztów sprowadzenia sprzętu oraz nie wyjaśnił, w jaki sposób te koszty zostały uwzględnione w ofercie. W tym zakresie ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, że koszty te są uwzględnione w ofercie i ujęte w kosztach jednostkowych za motogodzinę pracy sprzętu.

Na marginesie Zamawiający podkreśla, że wyjaśnienia i dowody na to, iż Wykonawca nawiązał współpracę z firmami produkującymi i leasingującymi sprzęt i maszyny takie jak Astra i Caterpillar, powinny się znaleźć już w pierwszych wyjaśnieniach.

Ad. 4: Analogiczne do wyjaśnień dotyczących potencjału sprzętowego Wykonawca oświadcza, że zamierza wykorzystać głównie własne środki transportu, jednak tylko niewielka część tych środków znajduje się w Polsce. Jednocześnie Wykonawca nie przedstawił kosztów ani sposobu i harmonogramu sprowadzenia sprzętu oraz nie wyjaśnił, w jaki sposób te koszty zostały uwzględnione w ofercie. W tym zakresie ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, że koszty te są uwzględnione w ofercie i ujęte w kosztach jednostkowych za motogodzinę pracy środka transportu.

Ad 5: Wyjaśnienia na pytanie nr 5, dotyczące wytwórni mieszanki mineralno-asfaltowej udzielone zarówno w pierwotnych wyjaśnieniach, jak i powtórnych, nie przekonują Zamawiającego. Wykonawca z jednej strony twierdzi, że będzie wytwarzał mieszankę mineralno-asfaltową w lokalnej wytwórni położonej w średniej odległości 7 km od placu budowy, co wskazywałoby, że wykonawca z taką wytwórnią już nawiązał kontakt. Jednocześnie Wykonawca w dodatkowych wyjaśnieniach oświadcza, że „z uwagi na stan rozmów zdecydował o instalacji własnej wytwórni”. Powstaje pytanie, czy decyzja taka zapadła przed czy po złożeniu oferty. Z drugiej strony, w powtórnych wyjaśnieniach Wykonawca oświadcza, że w ofercie przyjął instalację własnej wytwórni o wydajności 320 ton/godz. Jednak wykonawca nie poinformował o tym fakcie w pierwszych wyjaśnieniach, pomimo że Zamawiający zadał konkretne pytanie. Dodatkowo wytwórnia ta ma być zlokalizowana w miejscowości Świecie, co oznacza, że jest ona dedykowana na potrzeby realizacji drogi ekspresowej S5. Dodatkowo Wykonawca oświadcza, że obecnie rozważa najlepsze jego zdaniem lokalizacje dla postawienia wytwórni, jednak nie przedstawia żadnych dowodów na tę okoliczność. Natomiast w odpowiedzi na pytanie C2 Wykonawca informuje, że dzięki licznym wizjom w terenie uzyskał wiedzę dotyczącą placów w otoczeniu przyszłej inwestycji wraz z ich otoczeniem, dzięki czemu zminimalizował swoje ryzyka. W świetle tych wyjaśnień również wątpliwa jest odpowiedź na pytanie C7 (pismo z 28 listopada 2017 r.), gdzie Wykonawca określa, że kruszywa do mieszanek będą zapewnione przez gromadzenie na hałdach na terenie wytwórni mieszanek mineralnych – skoro wykonawca nie zna jeszcze lokalizacji wytwórni.

W wyjaśnieniach Wykonawca oświadcza, że przyjął ceny mieszanek mineralno-asfaltowych na podstawie własnych wyliczeń, bazując na założeniu, że mieszanki będą wytwarzane w jego własnej wytwórni oraz przedstawił kalkulację cen mieszanek mineralno-asfaltowych dla poszczególnych warstw konstrukcji nawierzchni tj. warstwy podbudowy bitumicznej, warstwy wiążącej oraz warstwy ścieralnej, jak również kalkulację ceny ww. rodzajów mas mineralno-bitumicznych wraz z transportem i ułożeniem. Zamawiający w PFU ściśle określił konstrukcję nawierzchni i nie przewiduje możliwości jej optymalizacji. Biorąc pod uwagę kalkulacje Wykonawcy oraz konstrukcję nawierzchni określoną w PFU, ceny jednostkowe ww. warstw nawierzchni kształtują się na wyjątkowo niskim poziomie, nie występującym na rynku i wg doświadczeń Zamawiającego mogą nie pokryć kosztów samego materiału potrzebnego do wyprodukowania tych mieszanek. Wiarygodność tych cen podważa również okoliczność, że Wykonawca dla napraw dróg zakłada wykonanie nakładek bitumicznych w dwóch warstwach grubości łącznej 10 cm w cenie 60 zł/m² (odpowiedź 7c z 31 stycznia 2018 r.)

Ad 6: W odpowiedzi na pytanie nr 6 Wykonawca zakłada wykorzystanie 77% gruntu z wykopu po ulepszeniu, resztę z dokopu z miejsc, których eksploatację zakłada Wykonawca

na podstawie oświadczeń właścicieli gruntów. W wyjaśnieniach Wykonawca stwierdza, iż „dokumentacja geologiczna wskazuje, że w bezpośrednim sąsiedztwie inwestycji występują grunty o wymaganych parametrach na tej podstawie Wykonawca zakłada pozyskanie materiałów na potrzeby robót ziemnych oraz dolnych warstw podbudowy z terenów pozyskanych od prywatnych właścicieli”. Wykonawca nie przedstawił jednak żadnych dowodów na przydatność tych gruntów do robót ziemnych, a w szczególności do dolnych warstw podbudowy.

Załączona do postępowania przetargowego dokumentacja geologiczno-inżynierska w punkcie 9. „Złoża surowców mineralnych w rejonie projektowanej inwestycji i przydatność gruntów do robót ziemnych” wskazuje lokalizacje występujących w sąsiedztwie złóż, które w przypadku niedoboru materiału do budowy nasypów mogą być w tym celu wykorzystane. Opracowanie to jednak nie podaje parametrów eksploatowanych tam surowców oraz nie klasyfikuje eksploatowanego tam surowca jako materiału, gruntu, który posiada wymagane dla przedmiotowej inwestycji parametry na potrzeby robót ziemnych oraz dolnych warstw podbudowy. Wobec czego przyjęcie przez Wykonawcę założenia pozyskania materiałów z terenów sąsiednich oraz złóż wskazanych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, bez założenia alternatywnych źródeł pozyskania materiałów do robót ziemnych i dolnych warstw podbudowy, jest obarczone bardzo dużym ryzykiem. Podkreślić należy, że w swoich ryzykach Wykonawca nie przewiduje rezerwy na ten cel (pismo z 28 listopada 2017 r., odpowiedź na pytanie nr C2).

Ad 7: Zamawiający w zapytaniu nr 7 prosił Wykonawcę o przedstawienie założonego do wyceny układu (planu) dróg (technologicznych i publicznych), z jakich Wykonawca zamierza korzystać w celu prowadzenia robót budowlanych wraz z podaniem ich orientacyjnej długości (w podziale na drogi technologiczne i publiczne) oraz o przedstawienie szczegółowej kalkulacji dla tych elementów. W odpowiedzi Wykonawca w sposób ogólny wyjaśnił, jakie założenia przyjął w zakresie układu (planu) dróg (technologicznych i publicznych), z jakich Wykonawca zamierza korzystać w celu prowadzenia robót budowlanych oraz załączył schemat dróg technologicznych. Schemat jest nieczytelny i nie można na jego podstawie określić długości dróg technologicznych w pasie drogowym, a tym samym, czy założenia opisane w wyjaśnieniach są właściwe. Dodatkowo Wykonawca nie przedstawił szczegółowej kalkulacji dla tych elementów – ograniczył się w tym zakresie jedynie do podania jednostkowego kosztu odbudowy nawierzchni bitumicznej o grubości 10 cm w 2 warstwach.

Ad 8: W odpowiedzi na pytanie nr 8 Wykonawca, mimo że został w tym zakresie wezwany, nie przedstawił szczegółowej kalkulacji dla wprowadzenia komunikacji zastępczej. Ogólnie określił, jaki jest koszt komunikacji zastępczej, jednak nie wyjaśnił w jasny i wyczerpujący sposób, jak doszedł do założonej na ten cel kwoty. Wykonawca nie przedstawił również harmonogramu robót torowych, trakcyjnych i innych, na podstawie którego oszacował koszty

komunikacji zastępczej. Określił jedynie, że przyjął 1-miesięczny okres zamknięcia w ramach kwoty oferty, a ewentualny wzrost kosztów ujął w ryzykach. Jednak z analizy odpowiedzi C2 (pismo z 28 listopada 2017 r.), gdzie Wykonawca szczegółowo rozpisuje zakres zidentyfikowanych i ujętych w cenie ryzyk, nie wynika, aby ten koszt był ujęty. Z wyjaśnień wynika, że Wykonawca założył jedynie przebudowę torowiska linii 1, 4, 5, natomiast zupełnie pominął przebudowę torowiska linii 4, 21, 22, 44 w AI. Solidarności związane z budową wiaduktu WD1. Zdaniem Zamawiającego przebudowa torowiska w AI. Solidarności będzie miała znaczący wpływ na koszty komunikacji zastępczej.

Ad 9: W zapytaniu nr 9 Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o przedstawienie dokonanych analiz oraz wszelkich innych dowodów, które pozwoliły na założoną optymalizację, w szczególności na przyjęcie wymiany gruntu jako jedyne sposobu wzmocnienia podłoża. Zapytanie to było wynikiem oceny pierwszych wyjaśnień, gdzie Wykonawca oświadczył, że dokonał krytycznej analizy materiałów przetargowych i na tej podstawie wytypował odcinki (sekcje) wymagające wzmocnienia. W odpowiedzi Wykonawca nie załączył takowych analiz, a jedynie oświadczył, że „przyjął bezwzględne dane przede wszystkim z PFU oraz Koncepcji Programowej jako podstawę wyceny”, jednak „widzi możliwości pewnej optymalizacji rozwiązań zawartych w Koncepcji Programowej”. Zamawiający podkreśla, że zamówienie jest realizowane w formule „projektuj i buduj”, co umożliwia optymalizację rozwiązań, jednak nawet w takim przypadku wykonawca, składając ofertę, jest zobowiązany przyjmować realne założenia, odnośnie proponowanych rozwiązań realizacji zadania, które umożliwią mu wykonanie zamówienia w sposób należyty, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz w zaoferowanej cenie ryczałtowej.

Analizując wyjaśnienia na pytanie nr 9 wraz z załączonymi tabelami, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca dokonał niewłaściwej interpretacji warunków gruntowych, polegającej na zbyt daleko idącej generalizacji parametrów podłoża. W pierwszej kolejności nie można się zgodzić z twierdzeniem Wykonawcy, że „w odniesieniu do dostępnej dokumentacji geologicznej, na trasie drogi ekspresowej S7 zalegają głównie gliny o konsystencji zwartej i twardoplastycznej”. Według Zamawiającego kąt tarcia wewnętrznego nie charakteryzuje gruntów spoistych, a podłoże gruntowe pod terenem trasy budują w większości grunty spoiste twardoplastyczne, plastyczne i miękoplastyczne, a tylko lokalnie spoiste półzwarne i niespoiste średnio zagęszczone i zagęszczone. Odnosi się to warstwy sięgającej 10 m ppt, a na znacznej długości projektowanej trasy zbadano podłoże do 3 m ppt i tam, jeśli grunty są słabonośne lub nienośne, na etapie opracowania projektu budowlanego musi być wykonane badanie podłoża do warstwy nośnej.

Przez błędne założenie Wykonawca pominął konieczność wykonania wzmocnienia podłoża na głębokości poniżej 0,5 m, chociaż występujące warunki wskazują na konieczność wykonania takiego wzmocnienia. W obszarze objętym planowaną inwestycją występuje wiele

miejsc (lokalizacja przedstawiona jest w materiałach przetargowych), gdzie rozpoznano głęboko występujące grunty organiczne i występowanie gruntów miękkoplastycznych. Generalizacja warunków podłoża, jaką przyjął w ofercie Wykonawca, powoduje pominięcie w kalkulacji kosztów wykonania głębokiego wzmocnienia, jednym z przykładów jest rejon km 644+500 do ok. 644+730, gdzie w podłożu rozpoznano słabe grunty organiczne oraz słabe grunty plastyczne występujące do głębokości od 0,0 do 7,5 m. Zamawiający wskazał ten teren jako obszar wymagający wykonania wzmocnienia (wymiany gruntu) średnio do głębokości 5,0 m, gdy tymczasem Wykonawca skalkulował na tym obszarze jedynie wzmocnienie do głębokości 0,5 m. Wykonawca nie zastosował się również do wymagań Zamawiającego określonych w wyjaśnieniach na zapytania Wykonawców, które stanowią integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wyjaśnieniem nr 496 z 21 lipca 2017 r. „na odcinkach oraz obiektach, dla których Zamawiający nie dysponuje rozpoznaniem warunków podłoża (geologia/geotechnika) kalkulację oferty należy wykonać w oparciu o przedstawiony w koncepcji sposób posadowienia.” W PFU, rozdział I, pkt 1.2. ppkt 2 Zamawiający wskazał, iż nie posiada rozpoznania warunków gruntowych dla nieruchomości, dla których nie uzyskał zgody na wykonanie badań, określając lokalizację nieruchomości i odwiertów. Obszar ten obejmuje odcinki od km 642+050 do 642+550 oraz od km 653+560 do 655+650 i od km 656+260 do 657+150. Tymczasem Wykonawca w km 642+400 do 642+530 oraz 653+700 do 653+900 oraz 654+815 do 645+966 oraz 655+650 do 656+710 założył jedynie wymianę gruntu na głębokości 0,5 m, podczas gdy na tych odcinkach Wykonawca w części dotyczącej wzmocnienia podłoża winien w swojej ofercie skalkulować koszt stabilizacji chemicznej, wymiany gruntów słabonośnych, wykonania pali przemieszczeniowych, kolumn betonowych, tj. wzmocnień wykazanych w załączonej do postępowania koncepcji programowej. Założona przez Wykonawcę optymalizacja obejmująca jedynie wymianę gruntów słabonośnych, jak przedstawiono powyżej, jest bez wskazania rodzaju technologii wykonania. W opinii Zamawiającego, załączone w postępowaniu przetargowym wiążące materiały, bez wykonania terenowych badań sprawdzających/uzupełniających, nie uzasadniają dokonanej przez Wykonawcę optymalizacji, tj. zmiany sposobu i głębokości wykonania wzmocnień.

Ad 10: Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 10 wyjaśnił, że na etapie wykonania Koncepcji Programowej zachowawczo zakłada się zawyżoną ilość wzmocnienia, gdy tymczasem z doświadczenia Wykonawcy wynika, że rzeczywisty obszar powierzchni wymagającej wzmocnienia to mniej niż 80% wstępnych szacunków. Tak lakoniczne twierdzenie Wykonawcy nie jest argumentem wiarygodnym. Zamawiający w celu opisu przedmiotu zamówienia zlecił i wykonał badania geologiczne, tak, aby umożliwić Wykonawcom przygotowanie realnych ofert. Wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów na uwiarygodnienie swojej tezy (np. analizy stateczności skarp wykopu), przez co nie

przekonuje Zamawiającego, którego doświadczenia na obszarach o tak skomplikowanych warunkach gruntowych są odmienne. Jednak nawet gdyby przyjąć, że założenie Wykonawcy jest słuszne, to nie uzasadnia ono tak dalekiej optymalizacji, jakiej dokonał Wykonawca. W ofercie założono zabezpieczenie w ilości 36.505 m² powierzchni skarp, co stanowi zaledwie 41% powierzchni ujętej w KP (87.867,9 m²) oraz wykonanie 63.883,75 mb gwoździ gruntowych co stanowi 37% długości gwoździ ujętej w KP (171.278,00 mb). Wykonanie pełnego zakresu zabezpieczenia skarp (gwoździowanie bez siatek zabezpieczających) wykopów wg KP przy zastosowaniu ceny jednostkowej z oferty Wykonawcy wynosi 35.266.140,20 zł, wykonanie gwoździowania dla zabezpieczenia skarp wg oferty Wykonawcy wynosi 13.153.664,13 zł. Zdaniem Zamawiającego tak odważna optymalizacja wymaga merytorycznego uzasadnienia, takiego jednak Wykonawca nie przedstawia, mimo wystosowanego wezwania (pkt 10a pisma z 31 stycznia 2018 r.).

Ad 11: Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 11 nie przedstawił analiz ani dowodów pozwalających na przeprowadzenie zmian posadowienia obiektów inżynierskich. Załączona tabela zawiera niektóre, tylko wybiórczo wybrane parametry gruntu. Tymczasem dopiero analiza wszystkich zawartych w dokumentacji geologicznej parametrów daje pełen obraz co do występujących warunków gruntowych oraz umożliwia wstępne określenie możliwego posadowienia. Przykładowo, analizując warunki gruntowe dla obiektu PZDs w km 641+383,97 należy uwzględnić, że podłoże gruntowe budują grunty spoiste – gliny pylaste, pyły piaszczyste, piaski pylaste, pyły – o stopniu plastyczności od 0,28 do 0,60, bardzo zróżnicowane na głębokości otworów badawczych i na długości obiektu – co oznacza, że posadowienie bezpośrednie dla tego obiektu jest niemożliwe, Wykonawca w swoich wyjaśnieniach pominął zupełnie fakt, że o konstrukcji wzmocnienia słabonośnego podłoża gruntowego stanowi również obciążenie nasypem drogowym. Dla Zamawiającego niezrozumiałe jest twierdzenie, że „w Koncepcji projektowej nie zaprezentowano szczegółowych i kompleksowych rozwiązań posadowienia pośredniego na palach popartych dokładnymi obliczeniami” i dlatego „nie było możliwości obiektywnej weryfikacji zasadności przyjęcia proponowanych rozwiązań”. Zamawiający w wyjaśnieniach nie oczekiwał od wykonawcy weryfikacji rozwiązań przyjętych w koncepcji, a jedynie podania merytorycznych informacji, które pozwoliłyby na przyjęcie innego niż zaproponowane w koncepcji sposobu posadowienia niektórych obiektów. Zamówienie jest realizowane w formule projektuj i buduj, co umożliwia optymalizację rozwiązań, jednak przyjęte do oferty rozwiązania muszą być przynajmniej prawdopodobne. Zdaniem Zamawiającego wykonawca jednak nie uprawdopodobnił przyjętych przez siebie założeń.

Przedłożonych przez Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. wyjaśnień nie sposób uznać za treściwe i wyczerpujące. Wyjaśnienia te, mimo że zawierają wiele stron, nie rozwiewają wątpliwości Zamawiającego, czy ma do czynienia z ofertą, która daje rękojmię należytego wykonania

zamówienia. Wykonawca nie potrafił w sposób rzetelny obronić przyjętych założeń w zakresie wzmocnień podłoża oraz posadowienia obiektów mostowych i nie obalił wątpliwości Zamawiającego co do ich realności. Ten zakres robót jest bardzo kosztowny, co oznacza, że oferta może być w tym zakresie znacząco niedoszacowana.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09, wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, aby nie pozostawiły wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach Wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o dowodach na ich potwierdzenie.

Co do przedstawionych dowodów, to biorąc pod uwagę całość wyjaśnień, ich moc dowodowa, pomimo obszerności załączników, jest niewystarczająca dla przyjęcia, że Wykonawca obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Wykonawca przedstawia wiele dokumentów, jednak, jak to wskazano powyżej, ich treść albo nie odnosi się w sposób bezpośredni do zawartych wyjaśnień, albo potwierdza okoliczności poboczne, nieistotne dla sprawy. Wykonawca nie wyjaśnił zatem w sposób wyczerpujący i wiarygodny, że zaproponowana przez niego cena jest możliwa i rynkowa.

Zgodnie z orzecznictwem, tak niekonkretne i ogólnikowe wyjaśnienia, nieobalające domniemania o rażąco niskiej cenie ofert, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty.

Zamawiający nie znalazł podstaw do kolejnego wezwania Wykonawcy, biorąc pod uwagę, że w piśmie z 28 listopada 2017 r. Wykonawca udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania, wezwał ponownie Wykonawcę do uszczegółowienia wyjaśnień oraz uprawdopodobnienia przejętych założeń. W wezwaniu z 21 stycznia 2018 r. Zamawiający pouczył Wykonawcę, że złożenie wyjaśnień ogólnikowych, sprzecznych i wymijających potraktowane zostanie jak niezłożenie wyjaśnień.

II Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnym przyjęciu, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, co w konsekwencji doprowadziło do całkowicie bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta nie zawiera ceny rażąco niskiej,
2. art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, podczas gdy Odwołujący wykazał te okoliczności,

3. art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnym przyjęciu, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień na pytanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny, a także, że dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż Wykonawca złożył wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, z których jednoznacznie wynika, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

4. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z nierównym traktowaniem wykonawców w postępowaniu oraz brakiem wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo iż przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert złożonych w postępowaniu,

5. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak należytego uzasadnienia podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty, co uniemożliwiło Odwołującemu poznanie i zweryfikowanie podstaw odrzucenia jego oferty, w tym poprzez wskazanie podstaw faktycznych niepodlegających weryfikacji,

6. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wobec powzięcia dalszych wątpliwości co do tych elementów oraz poprzez ocenienie tych wątpliwości na niekorzyść Odwołującego i przyjęcie ich za podstawę odrzucenia oferty Odwołującego,

7. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Salini Impregilo S.p.A., pomimo iż oferta tego wykonawcy nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów oceny ofert złożonych w postępowaniu;

8. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo iż przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Salini Impregilo S.p.A.,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,

4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu oraz z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
5. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego,
6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane,
7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zamówienie stanowiące przedmiot postępowania wykonywane będzie w oparciu o „Warunki Kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez wykonawcę” (tzw. „Żółty FIDIC”). W związku z tym wykonawca zrealizuje etap projektowania zgodnie z postanowieniami Warunków Kontraktu, w tym Żółtego FIDIC, Programu Funkcjonalno- Użytkowego oraz przepisami obowiązującego prawa, w szczególności dokumenty projektowe Wykonawcy mogą zawierać rozwiązania techniczne, które łagodzą wpływ kosztów operacyjnych i zarządzania na inwestycję. Wykonawcy przysługuje pewna swoboda w zakresie rozwiązań projektowych, przyznanej w granicach przepisów obowiązującego prawa, dokumentacji przetargowej oraz standardów zawodowych, jak również na fakt, że finalna odpowiedzialność za owe rozwiązania należy do Wykonawcy, który ma zapewnić właściwą realizację inwestycji. Odwołujący działa na rynku budowlanym od roku 1910, realizował i realizuje inwestycje w 23 krajach świata, zatrudniając profesjonalną kadrę liczącą około 1500 osób.

Pytania, które Zamawiający zadawał Odwołującemu w wezwaniach do wyjaśnień charakteryzowały się z jednej strony znacznym stopniem wnikliwości w kwestie natury technicznej, z drugiej jednak były sformułowane w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, pozwalający na interpretowanie ich na różne sposoby. Takie sformułowanie pytań sprawiło, że udzielenie na nie odpowiedzi było możliwe wyłącznie dzięki bogatemu doświadczeniu Odwołującego, choć nie udało uniknąć niepewności co do zamiarów Zamawiającego. Odwołujący nie wyklucza, że było to ze strony Zamawiającego działanie zamierzone, mające na celu pozostawienie mu dużej swobody i uznaniowości w ocenie odpowiedzi tak pod względem szczegółowości, jak i zupełności. Wykonawca nie potrafi bowiem znaleźć racjonalnego uzasadnienia dla różnego potraktowania ofert wykonawców, którzy wskazali w nich cenę niższą niż średnia arytmetyczna.

Wraz z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał także informację dotyczącą ofert odrzuconych – jedynie swojej, choć, jak wynika z informacji zamieszczonych w aktach postępowania, odrzuceniu podlegały także inne oferty.

Po skierowaniu do Wykonawcy kilkudziesięciu pytań, zawierających żądania udzielenia bardzo szczegółowych informacji, Zamawiający nie zgodził się na przedłużenie bardzo krótkiego, zaledwie siedmiodniowego terminu na udzielenie odpowiedzi. Przy tym Zamawiający miał podstawy przypuszczać, że odpowiedzi zawierać mogą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to zaś wiązałoby się z koniecznością zaangażowania do udzielenia odpowiedzi osób, które mają prawo dostępu do takich informacji, jak również podjęcia stosownych kroków celem ochrony tych informacji przed ujawnieniem w toku postępowania. Brak zgody Zamawiającego na przedłużenie terminu doprowadził między innymi do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, to zaś może skutkować uzyskaniem przez jego konkurentów na tym trudnym rynku nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej oraz utrudnieniem Wykonawcy realizowania dotychczasowych przedsięwzięć.

Niektóre z pytań zadawanych przez Zamawiającego, w przypadku zamówienia, które będzie realizowane w oparciu o Żółty FIDIC, nie powinny tak dalece ingerować w etap projektowania, albowiem na etapie ofertowym Odwołujący, jak i inni wykonawcy, muszą się posługiwać nieco innymi mechanizmami do wyliczenia ceny oferty niż w przypadku postępowania w oparciu o Czerwony FIDIC, tj. oprócz wyliczenia ceny w oparciu o poszczególne pozycje kosztowe oraz oszacowane ilości uwzględniające zidentyfikowane zakresy optymalizacji i ceny jednostkowe, muszą uwzględnić i oszacować możliwe zakresy ryzyka. Czynniki ryzyka, ich waga oraz prawdopodobieństwo wpływają na wysokość ceny ofertowej i są obecne w obliczeniach, stąd też wycena taka wygląda inaczej niż wycena oparta o przedmiar robót. Nie ulega wątpliwości, że pytania sformułowane niewspółmierne do typu przetargu, jak i ofertowego etapu postępowania, mogą wprowadzić wykonawcę w błąd. Treść wspomnianych pytań adekwatna jest do etapu projektu budowlanego i wykonawczego, kiedy to powinny zostać wzięte także inne okoliczności wpływające na projekt, a których nie można przewidzieć na etapie ofertowym, tj. żądania społeczne, porozumienia z organami władzy publicznej oraz właścicielami różnych obiektów; możliwe optymalizacje, zmiany i korekty oraz optymalizacje uzgodnione z Zamawiającym; dostępność materiałów i technologii na rynku lokalnym.

Złożona oferta jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również z obowiązującymi przepisami prawa, a zaprezentowany przez Odwołującego bilans ceny (która jest ekonomicznie uzasadniona) oraz innych kryteriów oceny oferty jest najkorzystniejszy. Odwołujący, udzielając Zamawiającemu odpowiedzi na przedmiotowe pytania, wielokrotnie podkreślał, iż zrealizuje

projekt zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymaganiami Zamawiającego, będąc jednocześnie gotów do przedkładania wszelkich dokumentów koniecznych do przeanalizowania wyceny Odwołującego. Zatem, nawet jeżeli Zamawiający dostrzegł pewne ekonomiczne nieścisłości w ofercie, to Odwołujący gwarantuje, że posiadane przez niego rezerwy finansowe i zdolność techniczna pozwolą na ich wyeliminowanie.

W zawiadomieniu Zamawiający wskazał, że w zakresie części nr 3 zamówienia odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. treść oferty zawiera rażąco niską cenę, bowiem wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzały, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Powyższe stanowisko Zamawiającego jest z sprzeczne ze wskazanymi przepisami.

Podejście Zamawiającego do kwestii rażąco niskiej ceny w przypadku tego konkretnego zamówienia „zaprojektuj i zbuduj”, gdzie brak jest dokładnych przedmiarów robót, budzi poważne zastrzeżenia. Zamawiający oparł swoją ocenę ceny oferty jako rażąco niskiej na przesłankach art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do 28 lipca 2016 r., który mówi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Swoje badanie odnośnie ewentualnego wystąpienia rażąco niskiej ceny Zamawiający oparł wyłącznie na wrywkowym zbadaniu fragmentu robót stanowiących razem nie więcej niż 25% całej ceny ofertowej i na tej podstawie podjął decyzję o wystąpieniu przesłanki rażąco niskiej ceny. Tymczasem, jak trafnie wskazano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 23 lutego 2017 r., sygn. akt KIO/KD 8/17 „przepis art. 90 Pzp odnosi się do ceny oferty jako całości niezależnie od jej elementów składowych. (...) To wykonawca kalkulując cenę za wykonanie zamówienia ustala źródła i sposób pokrycia kosztów związanych z jego realizacją. W tym zakresie istnieje ugruntowane orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, w których wskazano (Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05), iż oceniając tylko ten element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Choćby nawet sama część oferty mogła być oceniona jako rażąco niska, to żadną miarą nie czyniła ceny całej oferty za rażąco niską”. Podobnie w wyroku z 24 marca 2005 r., sygn. akt II Ca 425/04 Sąd Okręgowy w Lublinie uznał również, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.” Z powyższych względów Zamawiający, wobec faktu udzielenia przez Odwołującego co najmniej wystarczających

wyjaśnień na każde z zadanych mu pytań, nie był uprawniony do stwierdzenia, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i w konsekwencji nie był uprawniony do odrzucenia ofert Wykonawcy na tej podstawie. Stawiając tak poważny zarzut pod adresem oferty Wykonawcy, aby dochować należytej staranności, Zamawiający powinien był dokonać całościowej oceny ceny oferty na tle innych oferentów, aby zweryfikować i upewnić się, czy zachodzi przesłanka wystąpienia przypadku rażąco niskiej ceny. Jest to o tyle istotne, że cena żadnej ze złożonych ofert nie była niższa niż 30% od wartości średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosiła 1.258.056.212,12 zł. W przypadku oferty Odwołującego różnica wynosiła zatem 18,73%, zaś dwie kolejne oferty, które były podejrzewane o rażąco niską cenę, ale finalnie nie zostały odrzucone, odbiegały od średniej odpowiednio o 14,75% i 14,36% (Polaqua sp. z o.o.). Następną z kolei ofertą (Metrostav Polska S.A.) opiewała na 1.238.352.930,00 zł, czyli również była niższa niż średnia arytmetyczna ofert złożonych, jednakże w jej przypadku Zamawiający nie powziął wątpliwości co do rażąco niskiej ceny.

W zakresie poszczególnych podstaw odrzucenia oferty Odwołujący wskazał:

Ad. 1: Zakwestionował w całości twierdzenia Zamawiającego zawarte w tym punkcie. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Odwołującego budzą jego wątpliwości w zakresie współpracy Odwołującego z podwykonawcami. Odwołującemu ciężko się w tym zakresie odnieść do wskazanej przyczyny odrzucenia jego oferty, bowiem Zamawiający nie precyzuje, co rozumie poprzez pojęcie „pierwotnych wyjaśnień”, a w szczególności o jaki dokument chodzi i jakie konkretnie części tego dokumentu. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a po stronie wykonawcy kształtuje się prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak, aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł – wnosząc odwołanie – ustosunkować się do wskazanych przez zamawiającego uchybień. Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości. Obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty nie zmienia fakt, że zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Odrzucając ofertę ze względu na zaferowanie rażąco niskiej ceny zamawiający nadal jest związany dyspozycją art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne. Musi uzasadnić, dlaczego jego zdaniem wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska. Zamawiający nie może, powołując się na tak określony ciężar dowodu,

poprzestać na ogólnym zanegowaniu ceny czy fragmentarycznym przytoczeniu podstaw faktycznych odrzucenia oferty.

Sposób sformułowania uzasadnienia we wskazanym zakresie zmusza Odwołującego do domniemywania stwierdzonych przez Zamawiającego rzekomych nieprawidłowości oraz jest daleki od spełnienia wymogu podania pełnych podstaw oceny Zamawiającego oraz sporządzenia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego. Zamawiający nie sprecyzował nawet o jakiego rodzaju wyjaśnienia chodzi, w związku z powyższym Odwołujący nie wie, w jakim trybie miałyby zostać złożone te wyjaśnienia i czy chodzi o wyjaśnienia w rozumieniu art. 87 ust. 1, czy wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też o jakikolwiek inny dokument, w którym Odwołujący złożył oświadczenie woli, czy też oświadczenie wiedzy. Wobec powyższego Odwołujący pozbawiony został możliwości analizy przyczyn oceny dokonanej przez Zamawiającego, a tym samym możliwości odniesienia się do tych przyczyn i ewentualnego ich zaskarżenia, dlatego nie powinien ponosić z tego powodu negatywnych konsekwencji. We wskazanym zakresie podane przez Zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego nie powinny zostać uznane za uzasadnione i powinny stanowić podstawę do nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Jednak „z ostrożności” Odwołujący odniósł się do twierdzeń Zamawiającego, wyłącznie w oparciu o wskazane przez Zamawiającego pytanie C9 z pisma Zamawiającego z 7 listopada 2017 r. i odpowiedzi na to pytanie, zakładając, że chodzi właśnie o tę odpowiedź. Wyjaśnienia z 28 listopada 2017 r. (stanowiące odpowiedź na pismo Zamawiającego z 7 listopada 2017 r.) zajmują 73 strony i zawierają odpowiedzi na 122 pytania, przy czym według twierdzeń Zamawiającego Odwołujący miał kilkakrotnie podkreślać, że zamierza wykonać zadanie siłami własnymi, jednakże odpowiedź Odwołującego na pytanie C9, zawarta w wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r. brzmiała następująco: „Odpowiadając na pytanie dziewiąte, Wykonawca wskazuje, że podczas przygotowywania Oferty, nie zawarł żadnych wstępnych umów/porozumień z podwykonawcami w odniesieniu do Robót. Wykonawca wskazuje, że założył wykonanie robót z wykorzystaniem środków własnych. Wykonawca rozważa możliwość powierzenia części prac Podwykonawcom w okresach szczególnego spiętrzenia robót, niemniej decyzje takie będą podejmowane indywidualnie w zależności od uwarunkowań, jakie mogą się pojawić w trakcie realizacji Robót. Wykonawca niniejszym gwarantuje, że wszystkie ostatecznie zawarte umowy o podwykonawstwo zostaną sporządzone zgodnie z prawem i postanowieniami Kontraktu, w szczególności z subklauzulą 4.4. [Podwykonawcy] Warunków Szczególnych Kontraktu”. W powyższej odpowiedzi w sposób oczywisty Odwołujący wyłącznie raz wskazał na założenie wykonania robót z wykorzystaniem środków własnych, wobec czego Odwołujący nie wie, do jakich rzekomych, kilkakrotnych podkreśleń

Odwołującego w tym zakresie, odnosi się Zamawiający. Wobec powyższego, poniższe odniesienie się do tych twierdzeń oparte jest na odpowiedzi nr 1 wyjaśnień z 31 stycznia 2018 r. oraz odpowiedzi C9 wyjaśnień z 28 listopada 2017 r. W pozostałym zakresie odniesienie się nie jest możliwe. Ponadto odniesienie się do odpowiedzi C9 także oparte jest na domniemaniu, iż jest ono podstawą oceny Zamawiającego, bowiem okoliczność taka nie wynika z pisma Zamawiającego, a Odwołujący poczynił to domniemanie w wyniku wymienienia przez Zamawiającego w uzasadnieniu pytania C9.

Wyjaśnienia udzielone przez niego 31 stycznia 2018 r. oraz 28 listopada 2017 r. są zgodne z treścią oferty, która została przygotowana na podstawie rzetelnych analiz i przedstawia warunki, na jakich Odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz najlepszymi standardami. Udzielone wyjaśnienia są zgodne zarówno z treścią oferty, jak i same ze sobą, w tym w zakresie odpowiedzi nr 1 zawartej w wyjaśnieniach z 31 stycznia 2018 r. oraz odpowiedzi C9 zawartej w wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r. Wnioski zawarte w Ad. 1 dowodzą tego, że Zamawiający niewystarczająco skrupulatnie zapoznał się z treścią złożonych wyjaśnień oraz że dokonana przez niego analiza jest pobieżna, a wyciągnięte wnioski pochopne. Stwierdzenie Zamawiającego, że „w odpowiedzi na pytanie 1 Wykonawca oświadcza, że mówiąc o wykonaniu robót siłami własnymi miał na myśli wykonanie robót podstawowych” budzi wątpliwości wobec faktu, że w pierwotnych wyjaśnieniach wykonawca kilkakrotnie podkreśla, że zamierza wykonać zadanie siłami własnymi, natomiast ze wsparcia podwykonawców zamierza skorzystać jedynie w okresach spiętrzenia robót.

Zamawiający posługuje się też nieuprawnionymi uproszczeniami, które w ocenie Odwołującego legły u podstaw dokonania przez Zamawiającego błędnej oceny oferty Odwołującego. Odpowiedzi te są zbieżne w zakresie możliwości nawiązania współpracy z podwykonawcami. Odwołujący zarówno w wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r., jak i z 31 stycznia 2018 r. konsekwentnie dopuszcza możliwość podjęcia współpracy z podwykonawcami. W wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r. Odwołujący nie wskazywał, że jedynie w okresach spiętrzenia robót dopuszcza możliwość nawiązania współpracy z podwykonawcami, wobec czego takie stwierdzenie Zamawiającego jest niedopuszczalne. Odwołujący wprawdzie wyjaśnił, iż rozważa możliwość podwykonawstwa w okresach spiętrzenia robót, jednakże nie ograniczył możliwości nawiązania takiej współpracy wyłącznie we wskazanych okresach. Okres wykonywania robót specjalistycznych, o których mowa w wyjaśnieniach z 31 stycznia 2018 r., należy utożsamiać z okresem spiętrzenia robót, bowiem w tym okresie poza robotami podstawowymi, wykonywane będą roboty dodatkowe, tj. roboty specjalistyczne. W konsekwencji wyjaśnienia udzielone 31 stycznia 2018 r. są tożsame z wyjaśnieniami udzielonymi 28 listopada 2017 r., a treść wyjaśnień z 31 stycznia 2018 r. wprost wskazuje na to, że Odwołujący doprecyzowuje wyjaśnienia

z 28 listopada 2017 r. Nie powinno to zatem budzić wątpliwości Zamawiającego, a jeśli wzbudziło, to Zamawiający winien wezwać Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień. Zamawiający, w wezwaniu do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny oraz wyjaśnienia treści oferty z 23 stycznia 2018 r. stwierdził, że „zgodnie z wyjaśnieniami C9 i C16 i C17 planują Państwo wykonać zadanie samodzielnie korzystając ze wsparcia podwykonawców jedynie w okresach spiętrzenia robót. Wedle posiadanego przez Zamawiającego doświadczenia, na wszystkich kontraktach dotyczących budowy dróg ekspresowych czy autostrad, ze względu na złożony zakres przedmiotu zamówienia, wykonawcy w bardzo dużym stopniu korzystają z podwykonawstwa.” W związku z tym stwierdzeniem Odwołujący wyjaśnił pismem z 31 stycznia 2018 r., że „mówiąc o wykonaniu robót siłami własnymi miał na myśli wykonanie robót podstawowych”. Podkreślenia, że Zamawiający nie sprecyzował w wezwaniu z 23 stycznia 2018 r. żadnego pytania dotyczącego tego, czy Odwołujący zamierza korzystać z podwykonawstwa. W konsekwencji, skoro Zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwości, uzasadnione byłoby wystosowanie do Odwołującego kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień. W tym zakresie Zamawiający nie ponowił bowiem wezwania. Pytania wyartykułowane w punkcie 1. sprowadziły się do wyjaśnienia kwestii związanych ze zdolnościami kadrowymi Odwołującego.

Jak zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z 12 maja 2014 r., sygn. KIO 785/14 „Art. 55 dyrektywy 2004/18/WE w ustępie 2. wskazuje też na inną bardzo istotną kwestię: <<przez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.>> Oznacza to, że zamawiający powinien tę ofertę z wykonawcą niejako <<omówić>>, żeby wyjaśnić niejasności i wątpliwości. Tymczasem zamawiający, jako powód odrzucenia oferty podał, iż koszty części zamiennych budzą jego wątpliwości, co do sposobu oszacowania, a kalkulacja nie wskazuje, których części dotyczy cena zakupu wskazana w kalkulacji, a wskazane ceny są zbyt niskie, by mogły dotyczyć całych urządzeń. Zamawiający wskazał też, iż brak odniesienia w treści wyjaśnień do marży może uprawdopodobniać pominięcie zysku. Jeśli zamawiający miał takie wątpliwości, powinien przede wszystkim poprosić wykonawcę o ich wyjaśnienie, a nie przyjmować ich istnienie (wątpliwości) na niekorzyść wykonawcy.” Wprawdzie przytoczona w powyższym wyroku dyrektywa została uchylona, jednakże obowiązująca w jej miejsce dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, w art. 69 ust. 3 stanowi, że instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. W związku z powyższym teza wyrażona w zacytowanym wyroku pozostaje aktualna. Zamawiający wobec powzięcia wątpliwości w wyniku udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, winien bowiem wezwać Odwołującego do udzielenia dalszych wyjaśnień, a nie poczytywać powzięte wątpliwości na niekorzyść Odwołującego i na tej

podstawie odrzucić jego ofertę, uznając, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Nic nie stało bowiem na przeszkodzie, aby Zamawiający skierował do Odwołującego kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień, tym bardziej, że (jak sam wskazuje w uzasadnieniu odrzucenia oferty) nadal nasuwały mu się pewne wątpliwości. Możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych została potwierdzona w orzecznictwie Izby, w którym zwraca się uwagę, na dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis nie limituje ilości wezwań zamawiającego do udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym zamawiający, skoro ma dalsze wątpliwości, co do złożonych wyjaśnień może żądać od wykonawcy kolejnych wyjaśnień, co do okoliczności uzasadniających zaoferowaną przez wykonawcę cenę, w szczególności w przypadku, gdy treść pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień nie określała zakresu oczekiwanych informacji lub też, gdy wątpliwości pojawiły się na tle złożonych wyjaśnień.

Nawet w przypadku, gdyby Odwołujący faktycznie zmienił swoje wyjaśnienia w zakresie współpracy z podwykonawcami, w ten sposób, że zamierzałby nawiązać tę współpracę w szerszym zakresie niż to ujął w ofercie i wyjaśnił pismem z 28 listopada 2017 r., to nie powinno rodzić to negatywnych konsekwencji dla Odwołującego. Jak wynika z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO 2755/15; KIO 2756/15; KIO 2819/15; KIO 2826/15; KIO 2833/15; KIO 2837/15 „Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko Przystępującego, że oświadczenie o udziale podwykonawców jest oświadczeniem wiedzy, ma jedynie walor informacyjny, a brak podania tej informacji nie wywołuje żadnych negatywnych skutków prawnych. Nawet zmiana takiego oświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie jest istotną zmianą treści oferty.” W związku z powyższym, nawet jeśli Zamawiający przyjął, że doszło do zmiany oferty w zakresie współpracy z podwykonawcami lub nawet gdyby Odwołujący faktycznie zmienił zamiar w tym zakresie, to nie powinno skutkować to przyjęciem, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji odrzuceniem oferty Odwołującego. Wobec powyższego także zarzut, jakoby Odwołujący miał po raz kolejny udzielić wymijającej odpowiedzi i braku zdefiniowania pojęcia robót podstawowych, należy uznać za chybiony. Odwołujący w tym zakresie nie odpowiadał na pytanie Zamawiającego wyartykułowane w wezwaniu z 23 stycznia 2018 r. Zamawiający nie pytał o to, czy Odwołujący będzie współpracował z podwykonawcami, ani o to, w jakim zakresie. Zamawiający zadał pytanie jedynie o zdolności kadrowe Odwołującego. Odwołujący jest związany treścią zadanych przez Zamawiającego pytań, a odpowiedzi udzielone przez Odwołującego należy odczytywać przez pryzmat zadanych pytań. Nie można wobec powyższego wyciągać w stosunku do Odwołującego negatywnych skutków z treści, która nie była przedmiotem wezwania do udzielenia wyjaśnień. Odwołujący nie był zobowiązany do udzielenia odpowiedzi o zakres podwykonawstwa, nie musiał zatem

także wyjaśniać, co rozumie przez pojęcie robót podstawowych czy robót specjalistycznych ani podawać ich katalogu. Odwołujący nie był też zobowiązany podać żadnych dowodów w zakresie podwykonawstwa, w tym na poparcie twierdzeń, że nawiąże współpracę z podwykonawcami cieszącymi się dobrą opinią na rynku. Wezwaniem z 23 stycznia 2018 r. Zamawiający nie zadał ani jednego pytania dotyczącego zakresu współpracy z podwykonawcami ani nie wezwał Wykonawcy do przedłożenia dowodów w tym zakresie. Zamawiający bezpodstawnie zarzuca Odwołującemu, że tworzy wyjaśnienia na potrzeby wezwania wykonawcy (co, na marginesie, jest istotą instytucji wyjaśnień), a nie odzwierciedlają procesu ustalania ceny na etapie przygotowania oferty przez Odwołującego. Twierdzenia te są bezpodstawne i nieuprawnione i w ocenie Odwołującego stanowią wyłącznie konsekwencję popełnionych przez Zamawiającego uchybień w procesie badania i oceny oferty Odwołującego. Wyjaśnienia zostały udzielone w zgodzie z ofertą, sporządzoną na podstawie rzetelnie przeprowadzonej analizy.

W załączeniu do odwołania Odwołujący przedłożył listę podwykonawców wraz z określeniem zakresu powierzonych im prac specjalistycznych oraz oferty złożone przez tych podwykonawców. W pytaniu C9 Zamawiający pytał o wstępne porozumienia lub umowy, więc Odwołujący zgodnie z prawdą odpowiedział, że takowych nie zawarł. Zamawiający nie pytał o złożone Odwołującemu oferty podwykonawców, a Odwołujący nie może ponosić tego negatywnych skutków.

Podobnie Zamawiający wyciąga wnioski z wyjaśnień, iż część personelu może być wynajęta od wyspecjalizowanych firm lub będzie pochodzić z umów wynajmu maszyn z operatorem, jakie z tych wyjaśnień nie wynikają. Wyjaśnienia te nie powinny budzić wątpliwości Zamawiającego w odniesieniu do wyjaśnień, iż Odwołujący zamierza wykonać roboty siłami własnymi oraz zamierza wykorzystać „głównie własny potencjał sprzętowy”. Głównie własny potencjał sprzętowy nie oznacza tyle, co wyłącznie własny potencjał sprzętowy i dopuszcza skorzystanie ze sprzętu, który nie jest własnością Odwołującego. Personel wynajęty od wyspecjalizowanych firm powinien być wliczany do personelu Odwołującego, bowiem będzie bezpośrednio zarządzany przez Odwołującego, a zatem będzie działał tak samo jak personel własny. Organizacja robót i stosowane technologie oraz zarządzanie personelem i sprzętem jest zależne wyłącznie od Odwołującego. Jest to sytuacja odmienna od powierzenia części robót podwykonawcy, gdzie podwykonawca zarządza własnym personelem i sprzętem w ramach realizacji podzleconych części robót. W związku z powyższym bezpodstawny jest wniosek Zamawiającego, że „wątpliwe jest, że koszty pozyskania personelu w sposób opisany w późniejszych wyjaśnieniach faktycznie są ujęte w cenie oferty”. Zamawiający kolejny raz nie wskazuje, o jakie dokładnie wyjaśnienia chodzi, a także o jaką część tych wyjaśnień. Uniemożliwia to Odwołującemu pełne odniesienie się do tych twierdzeń i zmusza do opierania się wyłącznie na domysłach Odwołującego. Koszty pozyskania personelu

zostały ujęte w ofercie, a rzeczony wniosek Zamawiającego pozbawiony jest podstaw, a ponadto nie wynika ze wskazanych przez Zamawiającego wyjaśnień Odwoływającego. Odwoływający uwzględnił koszty pozyskania personelu w stawkach robocizny.

Zamawiający wyciąga również bezpodstawne wnioski, iż Odwoływający miał nie rozeznaczyć problemu zapewnienia kadry na etapie przygotowania ofert. Zamawiający nie może uzasadniać przyczyn odrzucenia oferty swoimi doświadczeniami, do których Odwoływający nie ma możliwości odniesienia się. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku sygn. KIO 2373/15; KIO 2389/15 wskazała: „podobnie rzecz się ma z uzasadnieniem odrzucenia ofert Odwoływającego I oraz Odwoływającego II przekazanych przez Zamawiającego powyższymi wykonawcom. Uzasadnienie to winno odnosić się do konkretnych dokumentów i okoliczności faktycznych, jakie Zamawiający wziął pod uwagę uznając niezgodność ofert z wymaganiami SIWZ. Trudno bowiem podjąć wykonawcom jakąkolwiek rzetelną polemikę z Zamawiającym skoro <<najlepsza wiedza Zamawiającego>> nie jest w żaden sposób obiektywnie weryfikowalna, gdyż nie jest znane jej źródło.” Powyższe odnajduje zastosowanie na gruncie niniejszej sprawy i doświadczenie Zamawiającego, jako czynnik nieweryfikowalny, nie może stanowić podstaw odrzucenia oferty Odwoływającego. Ponadto Odwoływający w odpowiedzi C2 zawartej w wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r. wskazał następujące ryzyka, jakie wziął pod uwagę sporządzając ofertę: polityczne; wynikające ze zdarzeń niezależnych; finansowe; księgowo-ekologiczne; środowiskowe/ekologiczne; produktowe; związane z płynnością finansową; operacyjne; prawne; związane z czynnikiem ludzkim; osobiste. Odwoływający krótko scharakteryzował każde z tych ryzyk, przy czym charakterystyka ta nie zawiera katalogu zamkniętego, przewidzenie wszystkich sytuacji, jakie mogą powstać przy przedsięwzięciu tej skali jest bowiem niemożliwe. Trudności z pozyskaniem personelu można przypisać do ryzyka związanego z czynnikiem ludzkim. W opisie tego ryzyka Odwoływający wskazał m.in. na odejście kluczowego personelu, co jednoznacznie wskazuje, że Odwoływający brał pod uwagę trudności z pozyskaniem personelu. Skoro Zamawiający posiada skonkretyzowane oczekiwania co do uwzględnienia przez wykonawców ryzyka związanego z pozyskaniem personelu, a także posiada informacje o możliwych trudnościach w tym zakresie, charakterystycznych dla danego obszaru geograficznego (Zamawiający w uzasadnieniu wskazuje na liczbę inwestycji z Małopolsce) oraz danego rynku pracy, to winien zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowne informacje lub dokumenty umożliwiające wykonawcom spełnienie oczekiwań Zamawiającego. Zamawiający nie może wyciągać wobec Odwoływającego negatywnych konsekwencji wynikających z udzielenia odpowiedzi na ogólne i nieprecyzyjne pytanie. Skoro według Zamawiającego ryzyka wskazane przez Odwoływającego nie były wystarczające, powinien zawrzeć w tym zakresie odpowiednie pytanie w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 23 stycznia 2018 r. Ponadto Zamawiający poczynił błędne założenie, że Odwoływający będzie mieć problemy

z pozyskaniem wykwalifikowanej kadry. W odpowiedzi C16 zawartej w wyjaśnieniach z 28 lutego 2017 r. Odwołujący wskazał, że zamierza skierować do realizacji zamówienia wyłącznie 62 doświadczonych pracowników fizycznych. Pracowników średnio doświadczonych miałyby stanowić 219 pracowników, a aż 414 pracowników fizycznych skierowanych do realizacji zamówienia miałyby być niedoświadczonych. Dodatkowo 209 osób miałyby być operatorami i kierowcami ciężkiego sprzętu (Odwołujący wskazywał, że część personelu pochodzić będzie z wynajmu maszyn z operatorem). Do pozostałych, wyspecjalizowanych prac, Odwołujący zamierza skierować jedynie po kilka osób. Wobec powyższego dziwi wniosek Zamawiającego dotyczący trudności z pozyskaniem wykwalifikowanego personelu, bo większość personelu stanowić będą pracownicy fizyczni średnio doświadczeni i niedoświadczeni. Odwołujący wskazał, że obecnie w Polsce zatrudnia 94 pracowników oraz przedstawił listę pracowników zagranicznych. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, jakie kwalifikację posiadają ci pracownicy, zatem nie zweryfikował, pracowników o jakich kwalifikacjach Odwołujący zmuszony byłby pozyskać do realizacji zamówienia, jednakże wyciągnął pochopny wniosek, że Odwołujący napotka na trudności z pozyskaniem wykwalifikowanej kadry, nie posiadając bliższych informacji o aktualnej kadrze Odwołującego.

Wniosek, iż Odwołujący w odpowiedzi 1b z 31 stycznia 2018 r. miałby przedstawić organizację robót drogowych i mostowych, a pominąć pozostałe asortymenty robót, mimo że w wezwaniu Zamawiający jednoznacznie wyartykułował swoje oczekiwania, jest bezpodstawny i nierzetelny. Pytanie 1b brzmi: „Zamawiający prosi o przedstawienie Państwa założeń związanych z realizacją zadania siłami własnymi, poczynionymi na etapie wyceny oferty wraz z wskazaniem ilości i liczebności brygad dla każdego występującego w projekcie asortymentu robót”. Zamawiający wprost wskazał, że prosi o przedstawienie założeń związanych z realizacją zadania siłami własnymi, a zatem chodziło o asortyment robót, który Odwołujący wykona siłami własnymi, bez udziału podwykonawców. Odpowiedź 1b Odwołującego odnosiła się zatem wyłącznie do asortymentu robót, które wykona samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Odwołujący wyjaśnił w piśmie z 31 stycznia 2018 r., że roboty specjalistyczne powierzy podwykonawcom. Ponadto także i w tym zakresie Zamawiający nie wyjaśnił, jakiego asortymentu robót miałyby zabraknąć w wyjaśnieniach Odwołującego. Odpowiedź 1b nie zawiera informacji o personelu projektowym, bowiem pytanie Zamawiającego dotyczyło robót, a PFU odróżnia roboty od przygotowania projektu. Jeśli Zamawiający chciał zapytać o sposób organizacji wszystkich asortymentów prac, to winien był inaczej sformułować pytanie. Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z nieprecyzyjnego sformułowania pytania lub niezgodnego z zamiarem. Odwołujący odpowiedział na pytanie Zamawiającego tak, jak pytanie to zostało sformułowane, w związku z powyższym Zamawiający nie może

uzasadniać odrzucenia oferty Odwołującego na tej podstawie, że swoim zamiarem obejmował uzyskanie innych informacji niż zawarł to w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

W zakresie niewyczerpującej odpowiedzi 1c Odwołujący wskazał, że nie jest prawdą, że w odpowiedzi tej nie wskazał, w jaki sposób koszty skierowania do realizacji zadania osób zatrudnionych w firmie, a zamieszkujących poza granicami kraju, zostały uwzględnione w ofercie. Odwołujący wyjaśnił, że „wszystkie koszty związane z personelem zatrudnionym w firmie i zamieszkałym poza granicami kraju zostały uwzględnione w ofercie i są ujęte w kosztach jednostkowych za osobogodzinę pracy.” Jest to jasna i precyzyjna odpowiedź na pytanie o sposób uwzględnienia w ofercie kosztów skierowania do realizacji zadania osób zamieszkujących poza granicami kraju i nie może stanowić powodu odrzucenia oferty.

Co do zarzutu braku wskazania stawek wynagrodzenia przyjętych do wyliczenia ceny oferty, pomimo rzekomo jednoznacznego pytania, Odwołujący wskazał na treść tego pytania: „W wyjaśnieniu C17 informują Państwo, że posiadają system zorganizowanych grup roboczych, które mogą być przerzucane pomiędzy projektami. Co dla Państwa oznacza „grupa robocza”. Ile jest tych grup, jak są liczebne oraz na jakich kontraktach są aktualnie zatrudnione?”. Pytanie więc nawet pośrednio nie dotyczyło stawek wynagrodzenia, zatem przyjęcie braku wskazania stawek wynagrodzenia w odpowiedzi na to pytanie jest niezasadne.

Co do zarzutu braku pełnego udzielenia odpowiedzi na pytanie 1e – nie jest prawdą, że Odwołujący nie wskazał, jak liczebne są zorganizowane grupy robocze, bowiem wyjaśnił, że „liczba osób tworzących taką grupę może zmieniać się od 4-6 do 12-18 osób w zależności od rodzaju robót i wielkości zadania”. Ponadto Zamawiający błędnie zrozumiał treść odpowiedzi 1e oraz odpowiedzi C17. Odwołujący w wyjaśnieniach tych powoływał się na system zorganizowanych grup roboczych, a nie na grupy. Ponadto ilość osób wchodzących w skład tych grup jest zmienna, a zatem te same osoby mogą tworzyć jedną grupę, aby potem tworzyć 4 grupy. Wartość ta jest zmienna i uzależniona od aktualnych potrzeb. Odwołujący przygotowując ofertę uwzględnił system, a nie grupy i w odpowiedzi C17 wyjaśnił, że „na obecny moment nie znając konkretnej daty rozpoczęcia nie ma możliwości przewidzenia, jaka część personelu Wykonawcy będzie stałym personelem Wykonawcy”. Stwierdzenie to pozostaje aktualne w stosunku do wyjaśnień złożonych 31 stycznia 2018 r., w których Odwołujący przybliżył działanie systemu zorganizowanych grup roboczych. W związku z powyższym bardziej precyzyjne udzielenie odpowiedzi na pytanie 1e nie było możliwe, a Odwołujący nie powinien z tego powodu ponosić negatywnych konsekwencji. Ponadto Zamawiający błędnie zrozumiał wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie, to winno to być przedmiotem kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Ad. 2: Dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Odwołującego jest zbyt daleko idąca, a Zamawiający wyciąga bezpodstawne wnioski wynikające z niewystarczająco

skrupulatnej oceny złożonych wyjaśnień. Nie jest prawdą, jakoby Odwołujący kreował ofertę na etapie składania wyjaśnień. Odwołujący zauważa, że w wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r. dopuszczał możliwość podjęcia współpracy z podwykonawcami podczas etapu projektowania. Stanowisko to jest zgodne z całością wyjaśnień Odwołującego, który także w odpowiedzi C9 wskazywał na możliwość podjęcia współpracy z podwykonawcami. W konsekwencji stanowisko Odwołującego nie uległo zmianie i pozostaje konsekwentne od dnia złożenia oferty. Zamawiający wyciąga zbyt pochopne wnioski z wyrwanego z kontekstu zwrotu, że Odwołujący skorzysta z podwykonawstwa w zakresie projektowania „w przypadku wystąpienia okoliczności nieprzewidzianych na etapie projektowania”. Stwierdzenie to zawarte w wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r. nie oznacza, że wskazanie w wyjaśnieniach z 31 stycznia 2018 r. zamiaru podjęcia współpracy z biurem Arcadis Sp. z o.o. jest równoznaczne z wystąpieniem okoliczności nieprzewidzianych na etapie przygotowywania oferty, względnie, że stanowi zmianę oferty. W ocenie Odwołującego takie stanowisko Zamawiającego wynika z niewystarczająco skrupulatnego zapoznania się przez Zamawiającego z treścią złożonych wyjaśnień i załącznikami do nich. Odwołujący załączył do wyjaśnień z 31 stycznia 2018 r. list dotyczący współpracy z biurem projektowym Arcadis Sp. z o.o. datowany na 27 sierpnia 2017 r. Przeczy to stwierdzeniu, że na etapie sporządzania oferty Odwołujący nie brał pod uwagę podjęcia współpracy z biurem Arcadis. Możliwość podjęcia takiej współpracy została uwzględniona w ofercie. Gdyby jednak było inaczej, to oświadczenie dotyczące podwykonawców zawarte w ofercie jest oświadczeniem wiedzy i może ulegać zmianie na każdym etapie postępowania, w tym także po złożeniu ofert i w okresie związania nią, co jest dopuszczalne na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Oświadczenie o udziale podwykonawców jest oświadczeniem wiedzy, ma jedynie walor informacyjny, a brak podania tej informacji nie wywołuje żadnych negatywnych skutków prawnych. Nawet zmiana takiego oświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie jest istotną zmianą treści oferty. Wobec powyższego złożenie wcześniejszych wyjaśnień w zakresie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia należy oceniać przez pryzmat waloru informacyjnego i nie powinno stanowić podstawy uznania, że Odwołujący zmienił treść oferty. Złożone wyjaśnienia są wyjaśnieniami treści złożonej oferty, a na etapie składania wyjaśnień Odwołujący nie kreował oferty, a jedynie wyjaśniał jej treść.

Ad. 3: Uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż w załączniku przedstawiającym sprzęt oraz środki transportu Odwołującego będące na terenie RP, wykazano jedynie 45 jednostek sprzętowych w tym 12, na które Odwołujący posiada aktualne umowy leasingowe. Zamawiający dokonał błędnej interpretacji odpowiedzi Odwołującego, który określił, że do realizacji zamówienia zamierza wykorzystać głównie własny potencjał sprzętowy, a spośród nich 45 jest już w dyspozycji Odwołującego w Polsce.

Pozostałe jednostki sprzętowe, na które nie przedstawiono aktualnych umów leasingowych, stanowią przedmiot własności Odwołującego – Zamawiający nie zażądał wyjaśnień w tym zakresie, a mimo to wyciągnął z tej okoliczności negatywne konsekwencje dla Odwołującego. Łączna ilość maszyn, które Odwołujący uzna za potrzebne, składa się ze sprzętu już będącego w dyspozycji Odwołującego i znajdującego się na terenie Polski, innych krajów Unii Europejskiej oraz z maszyn zaangażowanych na kończących się budowach trzech odcinków drogi S5, które są aktualnie realizowane przez Odwołującego. Dodatkowo, w zależności od konkretnej sytuacji, sprzęt będzie wynajmowany lub obejmowany w leasing w zależności od tego, jakie będą rzeczywiste okoliczności i uwarunkowania, a zatem stwierdzenie Zamawiającego, że reszta sprzętu zostanie sprowadzona z zagranicy, jest zbyt daleko idącym uproszczeniem. Odwołujący rzetelnie odpowiedział na pytanie, które dotyczyło wyjaśnienia, czy wymienione jednostki sprzętowe są dedykowane dla przedmiotowej inwestycji oraz czy stacjonują na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Wykonawca w wyjaśnieniach z 31 stycznia 2018 r. potwierdził, iż wszystkie wymienione urządzenia są dedykowane do realizacji niniejszej inwestycji i przedstawił załącznik wykazujący sprzęt i środki transportu Odwołującego, jakie są na terenie RP oraz wskazał, że w pozostałym zakresie nie będzie problematycznym sprowadzenie części sprzętu z zagranicy, a pozostałej części z innych realizowanych przez Odwołującego robót. Zgodnie z wyrokiem KIO 413/14 „nie jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, że uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy czy wykluczeniu go z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej, zatem treść zawiadomienia winna wskazywać przyczyny decyzji zamawiającego. Tak więc to na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego podejmowanych w toku postępowania decyzji w taki sposób, aby wykonawcy mieli pełną wiedzę na temat ich przyczyn. Wykonawca nie powinien domniemywać, na czym polegają stwierdzone przez zamawiającego nieprawidłowości w złożonych przez niego dokumentach.” Odwołujący nie był w stanie ustalić na podstawie uzasadnienia podanego w informacji o odrzuceniu oferty, jakie dokładnie nieprawidłowości Zamawiający zarzucił Odwołującemu. Odwołujący odpowiedział w pełni na pytanie Zamawiającego, w zakresie, w jakim żądał wyjaśnienia, czy wymienione jednostki sprzętowe będą dedykowane dla przedmiotowej inwestycji oraz czy stacjonują na terenie RP. Zamawiający w pytaniu 3. nie wezwał do wyjaśnienia, względnie przedłożenia dowodów, na okoliczność posiadania tytułu prawnego do wskazanego przez Odwołującego do realizacji zamówienia sprzętu. Skoro Zamawiający powziął wątpliwości co do przedstawionych umów leasingowych, powinien w tym zakresie wezwać Odwołującego do udzielenia dalszych wyjaśnień, a nie ocenić tę okoliczność na niekorzyść Odwołującego i przyjąć za jedną z przyczyn odrzucenia oferty. Tytuł prawny do wskazanego sprzętu nie był przedmiotem pytań Zamawiającego, zatem skoro powziął on w tym zakresie wątpliwości, to

należyty sposób prowadzenia postępowania wymagał wystosowania stosownego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający chciał, aby Odwołujący przedstawił koszty, sposób oraz harmonogram sprowadzenia sprzętu stacjonującego w innych krajach, a także wyjaśnienie, w jaki sposób te koszty zostały uwzględnione w ofercie. Odwołujący zaznaczył wyraźnie, że koszty zostały ujęte w ofercie, sposób ich wyliczenia opiera się na kosztach jednostkowych za motogodzinę pracy sprzętu, a koszty dostawy sprzętu są uwzględnione w ofertach dostawców (np. w ofercie firmy Caterpillar czy Astra). W związku z przedmiotową odpowiedzią należy uznać za niesłuszny skierowany wobec Odwołującego zarzut w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że ten nie wyjaśnił; w jaki sposób te koszty zostały uwzględnione w ofercie. Uwzględnienie owych kosztów Odwołujący wskazał poprzez informację, że są ujęte w kosztach jednostkowych za motogodzinę pracy sprzętu. Odpowiednie koszty transportu sprzętu, który aktualnie jest wykorzystywany na innych placach budów, są uwzględnione w kosztach demobilizacji poprzedniej lokalizacji i częściowo włączone do kosztów ogólnych przetargu. Odwołujący wskazał sposób ujęcia kosztów sprowadzenia sprzętu – w kosztach motogodziny pracy tego sprzętu, co należy uznać za wyczerpującą odpowiedź na nieprecyzyjne pytanie Zamawiającego o to, w jaki sposób te koszty zostały uwzględnione w ofercie. Stwierdzenie Zamawiającego, jakoby Wykonawca „w tym zakresie ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, że koszty te są uwzględnione w ofercie i ujęte w kosztach jednostkowych za motogodzinę pracy sprzętu” nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistości. Odwołujący we wskazanym zakresie udzielił rzetelnej odpowiedzi, poruszającej wszystkie kwestie podniesione w pytaniu.

Co do zarzutu Zamawiającego, iż wyjaśnienia i dowody na to, iż Wykonawca nawiązał współpracę z firmami produkującymi i leasingującymi sprzęt i maszyny, powinny się znaleźć już w pierwszych wyjaśnieniach podkreślił, iż pytanie o sprzęt nie było wyartykułowane wystarczająco jasno w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 7 listopada 2017 r. Odwołujący realizuje roboty na innych projektach w Polsce i taką współpracę z firmami produkującymi i leasingującymi sprzęt i maszyny posiada od dawna, jak każdy inny wykonawca obecny na polskim rynku budownictwa infrastrukturalnego.

Co do harmonogramu sprowadzenia sprzętu, którego Zamawiający oczekiwał od Odwołującego, należy uznać zarzut Zamawiającego dotyczący różnic w odpowiedziach Odwołującego z poszczególnych wyjaśnień, tj. że harmonogram sprowadzania sprzętu na teren budowy zostanie przygotowany zgodnie z harmonogramem robót oraz że sprzęt będzie dostępny na miejscu od początku robót zgodnie z harmonogramem robót, za nierzetelny i nieprawdziwy, albowiem obydwie te stwierdzenia niczym się nie różnią i dotyczą tego samego. Zgodnie z zapotrzebowaniem na sprzęt, wynikającym z harmonogramu robót, zostanie przygotowany harmonogram logistyczny sprowadzania sprzętu. Sprzęt ten będzie

dostarczany na teren budowy tak, aby być na miejscu od początku realizacji robót, do których jest niezbędny, co Odwołujący wyraźnie podkreślił. Ponadto Odwołujący w wyjaśnieniach z 31 stycznia 2018 r. zaznaczył, że harmonogram sprowadzania sprzętu na teren budowy na potrzeby realizacji zadania zostanie przygotowany zgodnie z harmonogramem robót, który należy złożyć w terminie 21 dni od daty otrzymania decyzji ZRID wydanej przez organ pierwszej instancji. Zgodnie z subklauzulą 8.3 Warunków Szczególnych Kontraktu „w terminie 21 dni od daty uzyskania decyzji ZRID wydanej przez organ I instancji, Wykonawca przedłoży Inżynierowi szczegółowy Program dla etapu Robót objętych zakresem wyżej wymienionej decyzji. Program składał się będzie z następujących części: (a) prace w ramach Robót oraz pozostałe czynności niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie; (b) zasoby ludzkie i sprzętowe; (c) przeroby i płatności; Program dla etapu Robót w zakresie podpunktu (b) będzie zawierał: (i) szczegółowe informacje przedstawiające szacunek liczebności każdej grupy personelu Wykonawcy oraz każdego typu Sprzętu Wykonawcy wymaganych na Placu Budowy dla każdego głównego etapu w każdym miesiącu realizacji Kontraktu, niezbędnych do realizacji Robót w Czasie na Ukończenie, oraz (ii) datę sporządzenia Programu, podpis osoby sporządzającej, datę zatwierdzenia przez Przedstawiciela Wykonawcy oraz jego podpis.” Skoro zatem szacunek liczebności każdego typu sprzętu Odwołującego ma zostać określony dopiero po podpisaniu umowy i uzyskaniu decyzji ZRID, to Zamawiający nie może wymagać od Odwołującego sporządzenia na etapie udzielania zamówienia harmonogramu sprowadzania sprzętu. Nie można opracować takiego harmonogramu nie mając opracowanego programu robót, co nie oznacza, że Odwołujący nie uwzględnił tego w kosztach realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu braku wskazania kosztów sprowadzenia sprzętu Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wyznaczył Odwołującemu 8 dni na udzielenie wyjaśnień. Pismem z 25 stycznia 2018 r. Odwołujący wniósł o wydłużenie tego terminu do 14 lutego 2018 r. uzasadniając to tym, że ze względu na znaczną ilość pytań, które są bardzo rozbudowane i szczegółowe, udzielenie odpowiedzi wymaga od Odwołującego ustalenia, zebrania i opracowania szeregu danych i informacji, aby mógł złożyć wyjaśnienia w sposób pełny, wyczerpujący i niebudzący wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający odmówił wydłużenia tego terminu. „Jakkolwiek przepis art. 90 Pzp daje zamawiającemu swobodę w określeniu terminu na złożenie wyjaśnień, tym niemniej jego długość powinna uwzględniać zarówno rodzaj zamówienia, stopień jego skomplikowania oraz złożoność zagadnień mających podlegać weryfikacji” (sygn. KIO 2313/16). Stanowisko to pozostaje aktualne na gruncie niniejszej sprawy i Zamawiający wyznaczając zbyt krótki termin na udzielenie odpowiedzi, a także odmawiając wydłużenia tego terminu, pozbawił Odwołującego możliwości złożenia pełnych, niebudzących wątpliwości wyjaśnień. Biorąc pod uwagę szczegółowość, złożoność i obszerność pytań zawartych w wezwaniu z 23 stycznia 2018 r., stopień skomplikowania

zamówienia, a także jego skalę, termin wyznaczony Odwołującemu winien być dłuższy. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia oraz poparcia dowodami m.in. kosztów wynagrodzenia i zakwaterowania pracowników zamieszkujących poza granicami kraju, harmonogramu projektowania, kosztu, sposobu i harmonogramu sprowadzania sprzętu, kosztów, sposobu i harmonogramu sprowadzania jednostek transportowych, harmonogramu uzyskiwania wszelkich zgód i decyzji, założeń cen mieszanek mineralno-asfaltowych, wyliczenia kosztów wykonania nasypów, harmonogramu uzyskiwania zgód i decyzji niezbędnych dla rozpoczęcia eksploatacji złożeń, szczegółowej kalkulacji elementów dróg technologicznych z uwzględnieniem ograniczeń na drogach publicznych oraz możliwości ich wykorzystania dla ciężkiego ruchu, szczegółowej kalkulacji wprowadzenia komunikacji zastępczej, harmonogramu robót torowych i trakcyjnych, harmonogramu wyłączenia komunikacji tramwajowej ze wskazaniem wyłączonych z ruchu lub przekierowanych linii tramwajowych, analiz optymalizacji rozwiązań wzmocnienia podłoża, szczegółowej kalkulacji ceny wzmocnień podłoża gruntowego pod nasypy, analiz optymalizacji stabilizacji metodą gwoździ gruntowych, szczegółowej kalkulacji ceny zabezpieczeń skarp wykopów, analiz sposobu posadowienia dla każdego z obiektów inżynierskich, kosztu netto zabezpieczenia korpusu linii kolejowej. Nie byłoby udzieleniem odpowiedzi z zachowaniem należytej staranności, gdyby Odwołujący jedynie dokonał przeklejenia rubryki z arkusza kalkulacyjnego. Udzielenie należytej odpowiedzi na tak precyzyjne i obszerne pytania wymaga zweryfikowania przekazywanych danych i potwierdzenia, że dane zawarte w wyjaśnieniach są danymi rzetelnymi. Przy takiej skali przedsięwzięcia, jakim jest przedmiotowe zamówienie publiczne, wykonawcy zmuszeni byli dokładnie przeanalizować adekwatnie duże ilości danych. Wobec powyższego same przedłożenie Zamawiającemu oczekiwanych informacji jest czasochłonne, a gdyby Odwołujący jedynie przedstawił Zamawiającemu swoje kalkulacje, to Zamawiający prawdopodobnie nie byłby w stanie ich zweryfikować i rozwiązać swoich ewentualnych wątpliwości. Przedstawienie założeń i wyliczeń Odwołującego wymagało ich stosownego opracowania, przedstawienia i wyjaśnienia, aby były one zrozumiałe dla Zamawiającego. Wobec powyższego Odwołujący nie był w stanie udzielić wystarczająco szczegółowych odpowiedzi na wszystkie pytania w wyznaczonym terminie, a wyznaczając tak krótki termin oraz odmawiając wydłużenia go, Zamawiający odmówił Odwołującemu możliwości złożenia pełnych i jasnych wyjaśnień.

Ad. 4: Twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie częściowo same sobie przeczą. Zamawiający wskazuje, że Odwołujący miał nie wyjaśnić, w jaki sposób uwzględnił koszty sprowadzenia sprzętu w ofercie, po czym potwierdza, że Odwołujący wyjaśnił, że koszty te zostały uwzględnione w ofercie i ujęte w kosztach jednostkowych za motogodzinę pracy środka transportu. Jest to odpowiedź precyzyjna i jednoznacznie odpowiadająca na pytanie, w jaki sposób Odwołujący ujął te koszty przygotowując ofertę.

W wyjaśnieniach z 31 stycznia 2018 r. Odwołujący wskazał, że „harmonogram sprowadzania sprzętu na teren budowy na potrzeby realizacji zadania zostanie przygotowany zgodnie z harmonogramem robót, który należy złożyć w terminie 21 dni od daty otrzymania decyzji ZRID wydanej przez organ pierwszej instancji”, zgodnie z subklauzulą 8.3 Warunków Szczególnych Kontraktu.

Podobnie zatem jak w przypadku zarzutu Ad. 3, skoro szacunek liczebności każdego typu sprzętu Odwołującego ma zostać określony dopiero po podpisaniu umowy i uzyskaniu decyzji ZRID, to Zamawiający nie może wymagać od Odwołującego sporządzenia na etapie udzielania zamówienia harmonogramu sprowadzania sprzętu. Nie można opracować takiego harmonogramu, nie mając opracowanego programu robót, co nie oznacza, że Odwołujący nie uwzględnił tego w kosztach realizacji zamówienia.

Zamawiający wyznaczył Odwołującemu zbyt krótki termin na przygotowanie pełnych wyjaśnień, a odmową wydłużenia tego terminu pozbawił Odwołującego możliwości udzielenia pełnej odpowiedzi na wszystkie pytania. Twierdzenia i zarzuty podniesione w punkcie Ad. 3 pozostają aktualne również w zakresie punktu Ad. 4.

Ad. 5: W pytaniu C6 Zamawiający zapytał z jakich źródeł Wykonawca zamierza pozyskiwać mieszankę mineralno-asfaltową, czy będzie to wytwórnia własna, czy zewnętrzna, z jakiej odległości i w jakim czasie dowożona będzie mieszanka mineralno-asfaltowa na teren budowy.

Odwołujący w odpowiedzi z 28 listopada 2017 r. wyjaśnił, że zamierza produkować mieszankę w lokalnej wytwórni nie precyzując, czy będzie to wytwórnia własna, czy dostawcy oraz że będzie zlokalizowana możliwie blisko budowy – ok. 7 km. W wyjaśnieniach z 31 stycznia 2018 r. uzupełniająco wskazał, że posiada otaczarnię, którą sprowadził do Polski na potrzeby innego kontraktu, i jest w stanie wytwarzać mieszankę sam. Na potwierdzenie przedstawił uzyskane decyzje na tymczasową instalację i uruchomienie otaczarni w innym projekcie w Polsce. Z niewiadomych przyczyn wyjaśnienie to Zamawiający uznał za niewystarczające, podczas gdy w stosunku do innych wykonawców nawet bardziej ogólne odpowiedzi nie wzbudziły żadnych zastrzeżeń.

Ceny rynkowe, które kształtują się w zależności od koniunktury i zawierają składniki kosztu związanego z ryzykiem, a także zysk, mogą być miarodajnymi wskaźnikami rynkowymi, ale nie stanowią dowodu wprost, a zatem Zamawiający powinien skorzystać z wewnętrznej bazy danych, jaką powinien posiadać, celem zweryfikowania zasadności cen. Odwołujący zaprezentował obliczenia dla 3 typów mieszanek. Wykonawca na podstawie swojego doświadczenia jest pewien, że w przypadku przystąpienia do negocjacji z dostawcami może uzyskać dalsze upusty w zamian za bardziej dogodne warunki płatności.

Wykonawca zakłada wykonanie nakładek bitumicznych w dwóch warstwach grubości łącznej 10 cm w cenie 60 zł/m², zgodnie z odpowiedzią 7c z 31 stycznia 2018 r. Jest to koszt nieco

wyższy niż za wykonanie 2 warstw o grubości 10 cm na trasie głównej, co wynika z konieczności dodatkowych zabiegów celem przygotowania naprawianych odcinków remontowanych nawierzchni do ułożenia nowych warstw asfaltowych w postaci frezowań, naprawy ubytków, ewentualnych warstw wyrównawczych itd.

Doświadczenie Zamawiającego nie może uzasadniać odrzucenia oferty Odwołującego, nie jest to bowiem wartość w jakikolwiek sposób weryfikowalna. Skoro Zamawiający zakwestionował ceny jednostkowe warstw nawierzchni podnosząc, że mogą one nie pokryć kosztów samego materiału potrzebnego do wyprodukowania tych mieszanek, to Zamawiający powinien tezę tę poprzeć przedstawieniem jakiegokolwiek dokumentu zawierającego stosowne dane, w szczególności dotyczące cen rynkowych. Powinny to być dane umożliwiające Odwołującemu ich zweryfikowanie, ponieważ doświadczenie Odwołującego jest inne i pokazuje, że przyjęte przez niego ceny są uzasadnione.

Ponadto wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień oraz odmowa wydłużenia tego terminu negatywnie wpłynęły na szczegółowość złożonych wyjaśnień i przedstawionych dowodów w zakresie twierdzeń podnoszonych w Ad. 5 uzasadnienia odrzucenia oferty. Odwołujący w załączeniu przedstawił kalkulacje cen wyprodukowania i ułożenia mieszanek podbudowy, warstwy wiążącej i SMA.

Ad. 6: Przedmiotowy odcinek drogi ekspresowej S7 liczy ok. 18,3 km. W ciągu projektowanej inwestycji występować będą nasypy dochodzące maksymalnie do 18 m wysokości oraz wykopy do głębokości maksymalnej ok. 18 m. W miejscach, w których droga przebiegać będzie w wykopie, stwierdzono następujące grunty: 1) pyły i pyły piaszczyste, lokalnie piaski pylaste – przydatne na górne warstwy nasypów w strefie przemarzania pod warunkiem ulepszenia ich spoiwami lub na dolne warstwy nasypów poniżej strefy przemarzania, pod warunkiem wbudowania ich w miejscach suchych lub zabezpieczonych od kontaktu z wodami gruntowymi i powierzchniowymi; 2) gliny pylaste, lokalnie gliny – przydatne na górne warstwy nasypów w strefie przemarzania pod warunkiem ulepszenia ich spoiwami lub na dolne warstwy nasypów poniżej strefy przemarzania, pod warunkiem ich wbudowania w miejscach suchych lub przejściowo zawilgoconych; 3) lokalnie gliny pylaste zwięzłe – na dolne warstwy nasypów poniżej strefy przemarzania do nasypów nie wyższych niż 3 m, zabezpieczonych przed zawilgoceniem lub po ulepszeniu spoiwami; 4) lokalnie piaski drobne – na dolne warstwy nasypów bez ograniczeń, na górne warstwy nasypów w strefie przemarzania muszą charakteryzować się wskaźnikiem nośności > 10 ; 5) lokalnie gliny piaszczyste z okruchami skał – na dolne warstwy nasypów poniżej strefy przemarzania w miejscach suchych lub przejściowo zawilgoconych oraz na górne warstwy nasypów pod warunkiem ulepszenia ich spoiwami; 6) lokalnie zwiertzeliny margla – przydatne na dolne warstwy nasypów poniżej strefy przemarzania w przypadku wbudowania w miejsca suche

lub zabezpieczone od wód gruntowych i powierzchniowych, zalecane ulepszenie spoiwami;
7) lokalne nasypy niekontrolowane i grunty organiczne – nieprzydatne do budowy nasypów.

Przydatność gruntu do budowy nasypów określono na podstawie normy PN-S-02205:1998 Drogi samochodowe. Roboty ziemne. Wymagania i badania, zgodnie z zapisami WWiORB D.02.01.01 „Wykonanie wykopów” oraz WWiORB D.02.03.01 „Wykonanie nasypów”.

Odwołujący dokonał analizy porównawczej dokumentów udostępnionych przez Zamawiającego, tj. przekrojów geologiczno-inżynierskich oraz niwelety. Na tej podstawie określono rodzaje gruntów występujących powyżej niwelety i możliwość ich zastosowania do budowy korpusów budowli ziemnych. W tabeli zawartej w załączniku do odwołania zestawiono odcinki przedmiotowej drogi przebiegające w wykopie.

Na podstawie wykonanej analizy stwierdzono, że zdecydowana większość gruntów z wykopów będzie przydatna do budowy nasypów przedmiotowej drogi. Spośród całego omawianego odcinka około 5.600 m trasy przebiegać będzie w wykopach. Ponad 95% występujących tam gruntów będzie przydatnych do budowy nasypów, zarówno na dolne części nasypów jak i górne po stabilizacji. Część z ww. odcinków obejmuje także obiekty inżynierskie, nie wyszczególnione we wskazanym powyżej zestawieniu. Z tego też względu, jak również z uwagi na zapas bezpieczeństwa związany z ewentualną zmiennością budowy geologicznej, przyjęto bezpieczne założenie, że 80% gruntów z wykopów zostanie wykorzystanych do budowy nasypów dla przedmiotowej Inwestycji.

Z analizy profili geologicznych wynika, że w podłożu do głębokości niwelety występują grunty eoliczne: pyły, niekiedy z przewarstwieniami glin pylastych, pyły piaszczyste, gliny pylaste. W km ~ 642+650 powyżej niwelety występują także zwietrzliny starszego podłoża: margli kredowych. Na podstawie zapisów normy PN-S-02205:1998, zgodnie z zapisami WWiORB D.02.01.01 „Wykonanie wykopów” oraz WWiORB D.02.03.01 „Wykonanie nasypów” stwierdzono, że wszystkie te grunty (nie licząc gleby) nadają się do budowy nasypów

- pyły i pyły piaszczyste przydatne są na górne warstwy nasypów w strefie przemarzania pod warunkiem ulepszenia ich spoiwami lub na dolne warstwy nasypów poniżej strefy przemarzania, pod warunkiem ich wbudowania w miejscach suchych lub zabezpieczonych od kontaktu z wodami gruntowymi i powierzchniowymi,

- gliny pylaste przydatne na górne warstwy nasypów w strefie przemarzania pod warunkiem ulepszenia ich spoiwami lub na dolne warstwy nasypów poniżej strefy przemarzania, pod warunkiem ich wbudowania w miejscach suchych lub przejściowo zawilgoconych,

- zwietrzliny przydatne będą na dolne warstwy nasypów poniżej strefy przemarzania w przypadku wbudowania w miejsca suche lub zabezpieczone od wód gruntowych i powierzchniowych, zaleca się ulepszenie ich spoiwami.

Nie jest prawdą, że Odwołujący nie uwzględnił ryzyk związanych z ewentualną koniecznością skorzystania z alternatywnych źródeł pozyskania materiału. W odpowiedzi C2

wskazał katalog ryzyk, jakie przyjął na etapie przygotowywania oferty i ujął w nich m.in. ryzyka wynikające ze zdarzeń niezależnych, operacyjne czy związane z czynnikiem ludzkim. Konieczność ewentualnego pozyskania alternatywnych źródeł pozyskania materiału uwzględniona jest w takich ryzykach. Możliwość udzielenia bardziej szczegółowych wyjaśnień i przedstawienia bardziej szczegółowych dowodów została Odwołującemu odmówiona poprzez wyznaczenie bardzo krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień i odmówienie wydłużenia tego terminu.

Ad. 7: Zamawiający zarzucił Odwołującemu brak przedstawienia założonego do wyceny układu (planu) dróg technologicznych i publicznych, z jakich Wykonawca zamierza korzystać w celu prowadzenia robót budowlanych wraz z podaniem ich orientacyjnej długości (w podziale na drogi technologiczne i publiczne) oraz brak przedstawienia szczegółowej kalkulacji dla tych elementów. Odwołujący w odpowiedzi na pytanie 7. z 31 stycznia 2018 r. wskazał, że zamierza połączyć projektowaną drogę S7 z istniejącym już odcinkiem drogi S7 w miejscowości Widoma, przez drogę lokalną 2148K o długości około 380 m. Ponadto Odwołujący przewidział połączenie nowobudowanej S7 z drogą DK 79 poprzez istniejącą już drogę przewidzianą do przebudowy jako drogę obsługującą tereny przyległe do inwestycji. Daje to łączną długość ok. 0,5 km. Zgodnie z założeniami Odwołującego ruch technologiczny zostanie zapewniony poprzez połączenie placu budowy z istniejącymi już drogami S7 (na obydwu końcach) oraz DK79 za pomocą krótkich dróg łącznikowych.

Zgodnie z pytaniem Zamawiającego Odwołujący przedstawił dwa schematy wykonane na podkładach przekazanych przez Zamawiającego w formacie pliku pdf, na które naniesiono podpisy, które umożliwiały rozpoznanie elementów układu oraz zaznaczone odpowiednimi kolorami strzałki obrazujące tzw. drogi łącznikowe, których przebieg został szczegółowo opisany w treści odpowiedzi. Odnosząc się do zarzutu nieczytelności schematu z uwagi na niemożność określenia na jego podstawie długości dróg technologicznych – długość dróg technologicznych została podana w treści wyjaśnień, natomiast schemat miał jedynie przedstawiać ich rozkład na mapie. W sytuacji, kiedy Zamawiający ma wątpliwości co do przedstawieniowego dowodu, powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie lub przedstawienia innego dowodu. Zamawiający zwrócił się o przedstawienie planu założonego do wyceny układu dróg wraz z podaniem ich orientacyjnej długości, nie określił jednak sposobu podania długości (tj. bezpośrednio na schemacie), nie można więc założyć, że odpowiedź na pytanie w tym zakresie nie została udzielona lub została udzielona błędnie. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący nie przedstawił kalkulacji dla tych elementów, bowiem wskazał przyjęty przez siebie model kalkulacji, tj. przyjęcie szacunkowego kosztu za m² konkretnej nawierzchni występującej na omawianych drogach oraz ich długość, a więc dane wystarczające do dokonania obliczeń w tym zakresie.

Ad. 8: Zamawiający zarzucił Odwołującemu brak przedstawienia szczegółowej kalkulacji dla wprowadzenia komunikacji zastępczej oraz to, że Odwołujący nie wyjaśnił w jasny i wyczerpujący sposób, jak doszedł do założonej na ten cel kwoty. Odwołujący w odpowiedzi z 31 stycznia 2018 r. poinformował, że efektem nakreślenia trybu oraz ram czasowych przedmiotowych robót jest ujawniony uprzednio koszt komunikacji zastępczej wynoszący 250.000 zł. Nie wskazano w tej odpowiedzi, że są wymienione wszystkie ryzyka, jakie Odwołujący założył, a jedynie wymienienie kilku poszczególnych. Ze względu na krótki termin wyznaczony przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, nie można było sporządzić w tym zakresie bardziej szczegółowej odpowiedzi, co nie może prowadzić do uzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego.

Co do zarzutu nieprzedstawienia harmonogramu robót torowych, trakcyjnych i innych, mających wpływ, na podstawie którego oszacował koszty komunikacji zastępczej, to Zamawiający w swoich pytaniach z 23 stycznia 2018 r. żądał przedstawienia jedynie harmonogramu zamknięcia robót torowych i trakcyjnych. Odwołujący wyjaśnił, że w trakcie przygotowywania oferty została podjęta bezskuteczna próba ustalenia zamknięć torowych z zarządcą infrastruktury. Z tego powodu Odwołujący nie mógł przedstawić tak szczegółowego harmonogramu. W odpowiedziach na pytanie 8a i 8b przedstawił swoje założenia, czyli utrzymania jak najdłuższego okresu funkcjonowania komunikacji tramwajowej oraz jednomiesięczny okres zamknięć torowych. Dotyczy to przede wszystkim obiektów mostowych WD34 i WD36, a nie, jak błędnie wskazuje Zamawiający, WD1. Zamknięcia przewidziano na potrzeby budowy ustrojów nośnych nad torowiskiem oraz przyłączy gotowego układu docelowego. Udzielona odpowiedź była zatem wyczerpująca i dotyczyła wszystkich linii tramwajowych kursujących na torowiskach przewidzianych do przebudowy w związku z budową odcinka drogi S7.

Ad. 9: W odniesieniu do kwestii wzmocnienia podłoża pod nasypem, Odwołujący, opierając się na swoich doświadczeniach z poprzednich prac, potwierdza konieczność wymiany bądź innego sposobu wzmocnienia gruntu w przypadku występowania gruntów organicznych. Jednak największa część trasy S7 nie potrzebuje tego typu prac konsolidacyjnych, ponieważ płytsze warstwy, w pikietażach istotnych dla nasypów, składają się głównie z utworów plejstoceniowych, a więc materiałów, które doświadczyły wcześniejszej konsolidacji. Prekonsolidowane grunty zachowują się jak „sztywniejsze” w porównaniu do normalnie skonsolidowanych formacji, a zatem charakteryzują się odpowiednio mniejszym oczekiwanym osiadaniem. W obecności spójnych formacji w obszarach, w których projektowane są wysokie nasypy i przy płytko zalegających wodach gruntowych, Odwołujący może rozważyć możliwość zastosowania obciążenia wstępnego, aby spowodować dalszą konsolidację w gruntach naturalnych, zmniejszając w jak największym stopniu spodziewane osiadania. W lokalnych, specyficznych, małych obszarach, spotyka się formacje organiczne,

co widać w dokumentacji geologicznej. Jednakże poza kilkoma ograniczonymi przypadkami, formacje organiczne są klasyfikowane jako nadające się z uwagi na minimalną zawartość części organicznych. Ponadto typowa grubość warstw organicznych jest mniejsza niż 2 m, co w połączeniu z płytko zalegającym zwierciadłem wód gruntowych powoduje, że wymiana gruntu jest najbardziej odpowiednią technologią do poprawy rzeczywistych warunków gruntowych.

W kilku ograniczonych przypadkach, w których grunty organiczne występują głębiej niż 5 m, Odwołujący rozważa zastosowanie dedykowanych rozwiązań wzmocnienia gruntu, które może składać się ze sztywnych kolumn betonowych lub innych podobnych rozwiązań w zależności od przypadku. Na etapie wykonania projektu budowlanego Odwołujący poprzedzi projektowanie znaczną ilością badań gruntowych w tym obszarze, w celu określenia dokładnego zalegania gruntów organicznych zarówno pod względem obszaru, jak i głębokości, co zostało już przeprowadzone w ostatnich projektach autostradowych w Polsce. Kampania badawcza obejmie odwierty z pobieraniem nienaruszonych próbek w połączeniu z badanymi stożkiem (tj. CPT), które okazały się odpowiednim narzędziem do skutecznego rozpoznawania warunków gruntowych pod względem odkształcenia i wytrzymałości, na które nie wpływa skuteczność pobierania nienaruszonych próbek, które zwykle stanowią problem podczas wiercenia otworów w obecności bardzo miękkich gruntów, takich jak grunty organiczne, gdzie mała skuteczność pobierania próbek może dostarczyć błędnego obrazu rzeczywistych warunków gruntowych, co można stwierdzić za pomocą badań CPT lub innych metod geofizycznych. Dla niektórych obszarów dla których brak bezpośrednich badań, Odwołujący ekstrapolował wyniki badań z przyległych punktów, które wskazywały obecność formacji plejstocenijskich.

Możliwość udzielenia bardziej szczegółowych wyjaśnień i przedstawienia bardziej szczegółowych dowodów została Odwołującemu odmówiona poprzez wyznaczenie krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień i odmówienie wydłużenia tego terminu.

Ad. 10: W załączniku Odwołujący przedstawił wyciąg z przeprowadzonej analizy jako materiał dowodowy wspierający jego podejście do wzmocnień skarp za pomocą gwoździ gruntowych przewidzianych w postępowaniu. Przeprowadzone analizy stabilności wskazywały na możliwość zastosowania pewnych optymalizacji. Jako przykład wykonanych obliczeń przedstawiono wyniki analiz stabilności, w których możliwe są znaczące optymalizacje. Odwołujący wykonał analizy statecznościowe z uwzględnieniem tej samej geometrii, obciążeń i ukształtowania terenu na podstawie danych z dokumentu „S7_Krak_GT_Opis_.pdf” (TOM V/4 Wstępny projekt geotechniczny). Średnie wartości parametrów geotechnicznych zaczerpnięte z tego dokumentu zostały przypisane do każdej warstwy. Analizy stabilności przeprowadzono zgodnie z normami PN-EN 1997-1:2008 i PN-EN 1997-1:2008/NA, w związku z tym do wartości parametrów geotechnicznych

zastosowano współczynniki cząstkowe. Zmieniając pionowy i poziomy odstęp, długość i kierunek gwoździ gruntowych znaleziono pewną optymalizację. Zawarte w załączniku rysunki pokazują, że współczynniki bezpieczeństwa zgodne z normami są możliwe dzięki odpowiedniemu doborowi rozmieszczenia gwoździ (minimalny współczynnik bezpieczeństwa wg PN- EN:R3=1). Rozmieszczenie gwoździ uwzględnione w obliczeniach wynosi 3,5 m (odcinek na km 642+680) i 3 m (odcinek na km 649+860), natomiast odstępy pionowe wynoszą 4 m na obu odcinkach, przy czym w dokumencie przetargowym oczekiwano siatki o wymiarach 2 m x 2 m. Na tej podstawie i w razie potrzeby poprzez połączenie redukcji gwoździ z innymi rozwiązaniami, takimi jak zmniejszenie wysokości wykopu (korekta niwelety) lub zmiana kąta nachylenia i/lub wykonania półek, gdzie będzie to możliwe, Odwołujący jest przekonany, że jego podejście jest uzasadnione.

Możliwość udzielenia bardziej szczegółowych wyjaśnień i przedstawienia bardziej szczegółowych dowodów została Odwołującemu odmówiona poprzez wyznaczenie krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień i odmówienie wydłużenia tego terminu.

Ad. 11: Odwołujący przedstawił dowód potwierdzający możliwość zastosowania posadowienia bezpośredniego osiemnastu konstrukcji inżynierskich. Dokumentacja geologiczna została przeanalizowana w celu prawidłowej oceny najbardziej odpowiedniego rodzaju fundamentu dla każdej konstrukcji. Informacje przedstawione w tabeli stanowiącej załącznik do odpowiedzi na pytanie stanowią wyciąg ze wszystkich dostępnych informacji i uznaje się je za wystarczające do wstępnych analiz geotechnicznych. Dla konstrukcji PZDs-2 (km 641+383,97) Odwołujący uwzględnił obecność gruntów organicznych i/lub warstw gruntu o wysokiej plastyczności. Odwołujący jest świadom, że takie materiały mają zmienną głębokość wzdłuż długości konstrukcji. Z tego powodu, w celu całkowitego usunięcia tych materiałów, przewidziano odpowiednią wymianę do najniższego poziomu zalegania. Potencjalny wpływ (pod względem indukowanych osiadań) obciążenia nasypem w pobliżu konstrukcji został uwzględniony podczas doboru typu fundamentu. Cały wysoce plastyczny materiał spoisty, nieodpowiedni pod fundamentami, powinien zostać wymieniony lub odpowiednio przetworzony na miejscu. Pozostałe spoiste materiały są generalnie prekonsolidowane. Faktyczny wpływ obciążenia nasypu na fundamenty konstrukcji zostanie szczegółowo oceniony w kolejnych fazach projektowania, kiedy projekt geotechniczny drogi zostanie wykonany równoległe z projektem geotechnicznym konstrukcji fundamentowych. Projekt geotechniczny dla posadowienia fundamentów obiektów inżynierskich został utworzony razem z projektem geotechnicznym fundamentów obiektów inżynierskich. Można zastosować dedykowaną sekwencję konstrukcyjną w celu złagodzenia potencjalnych problemów wynikających z obciążenia nasypem. W przypadku niektórych obiektów zaproponowano bezpośrednie fundamenty z wymianą gruntów o niskiej nośności lub przegłębieniem fundamentów. Rodzime materiały poniżej poziomu wykopu (lub poniżej

wymiany gruntu) pod fundamentami obiektów są ogólnie spójne, o wytrzymałości gruntu na ścinanie w warunkach bez odpływu większej niż 100 kPa i rosnącej wraz z głębokością.

Odwołujący przeprowadził obliczenia nośności obliczeniowej dla różnych kombinacji wymiarów fundamentów, założenia i wyniki podsumowano w załączniku. Wyliczony q_{lim} został podzielony przez częściowy współczynnik bezpieczeństwa 1,4, zgodnie z normą PN-EN 1997-1:2008/NA. Nośność obliczeniową można było uzyskać poprzez pomnożenie Q_{lim} przez współczynnik cząstkowy bezpieczeństwa 0,9, zgodnie z PN- 81/B-03020. Nośność w warunkach z odpływem (oszacowana przy odpowiadających parametrach geotechnicznych ϕ' i c' dla różnych materiałów) jest ogólnie wyższa niż w warunkach bez odpływu; dlatego nie została przedstawiona.

Możliwość udzielenia bardziej szczegółowych wyjaśnień, analiz i przedstawienia bardziej szczegółowych dowodów została Odwołującemu odmówiona poprzez wyznaczenie bardzo krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień i odmówienie wydłużenia tego terminu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający, prowadząc postępowanie dopuścił się także naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na te same pytania zadane przez Zamawiającego w piśmie z 7 listopada 2017 r. i 23 stycznia 2018 r. niektórzy wykonawcy udzielali odpowiedzi na podobnym poziomie ogólności co Odwołujący. Zamawiający jednak z bliżej nieuzasadnionych przyczyn odpowiedzi te uznawał za wystarczające, zaś przymiotu tego odmówił wyłącznie wyjaśnieniom Odwołującego. Dotyczy to w szczególności wyjaśnień Salini Impregilo S.p.A. Część treści swoich odpowiedzi wykonawca ten, podobnie jak i Odwołujący, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże zastrzeżenie Salini Impregilo S.p.A. Zamawiający uznał za dokonane skutecznie. Porównanie argumentacji przywołanej przez obu oferentów prowadzi do wniosku o porównywalności dokonanych przez nich zastrzeżeń. Jedyna istotna różnica sprowadza się do przedstawienia przez Salini Impregilo S.p.A. kodeksu etycznego. Zdaniem Odwołującego jest to dokument stworzony na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia, a stopień jego ogólności nie pozwala uznać go za dowód zastosowania adekwatnych środków ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Skutkiem decyzji Zamawiającego o odtajnieniu w całości wyjaśnień Odwołującego i utrzymaniu poufności części wyjaśnień Salini Impregilo S.p.A. jest brak możliwości bezpośredniego porównania oferty wybranej jako najkorzystniejsza z którąkolwiek inną ofertą. Niektóre z informacji zastrzeżonych przez Salini Impregilo S.p.A. w sposób oczywisty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, jak odpowiedź na pytanie dotyczące uwzględnionych w ofercie wymagań środowiskowych. Postępowanie takie jest niespójne ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego w przypadku innych oferentów (Polaqua i Metrostav), których wyjaśnienia odtajnił w całości wskazując między innymi na tendencję wykonawców do nadużywania

tajemnicy przedsiębiorstwa. Ujawnienie części wyjaśnień Salini Impregilo S.p.A. w sposób znaczący utrudnia skonstruowanie i uzasadnienie zarzutów odwołania.

Odwołujący podjął próbę zestawienia wyjaśnień złożonych przez różnych wykonawców. Porównanie odpowiedzi udzielonych przez Salini Impregilo S.p.A. i Odwołującego prowadzi do wniosku, że w praktycznie wszystkich przypadkach odpowiedzi te cechował taki sam stopień szczegółowości lub ogólności, co nie przeszkodziło Zamawiającemu odmiennie ich ocenić.

Oferta Odwołującego została odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę z uwagi na niewystarczające, w mniemaniu Zamawiającego, wyjaśnienia kwestii wskazanych przez niego w pytaniach. Odwołujący miał możliwość porównania swojej oferty z ofertami z kolejnymi najniższymi cenami. Udzielone przez Polaqua sp. z o.o. odpowiedzi nie odbiegały stopniem ogólności od odpowiedzi Odwołującego, Zamawiający jednak nie poczuł się w obowiązku odrzucić oferty tego wykonawcy. W ocenie Odwołującego świadczy to o dyskryminowaniu go jako oferenta w postępowaniu.

Kolejnym przykładem nierównego traktowania może być zaniechanie skierowania do Metrostav Polska S.A. żądań wyjaśnień rażąco niskiej ceny, choć oferta i tego wykonawcy była niższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Także odpowiedzi tego wykonawcy nie odbiegały stopniem ogólności od tych przekazanych przez Odwołującego. Odwołujący został odmiennie potraktowany, jako że jego oferta została odrzucona pod pretekstem niewyjaśnienia kwestii rażąco niskiej ceny. Jednocześnie wyjaśnienia innego wykonawcy, który udzielił odpowiedzi o takim samym stopniu ogólności, uznawane są za wystarczająco szczegółowe. Odwołujący poczytuje to za przejaw dyskryminowania go jako oferenta w postępowaniu.

Wobec powyższych argumentów zarzut nierównego traktowania należy uznać za należycie wykazany.

Uzasadnienie zarzutu nienależytego wyjaśnienia podstaw faktycznych i prawnych rozstrzygnięcia znalazło się *in extenso* w uzasadnieniu odnoszącym się do Ad. 1-Ad. 11. Sposób sformułowania uzasadnienia odrzucenia oferty przez Zamawiającego sprawia, że Odwołującemu trudno odnieść się do wskazanych przyczyn odrzucenia jego oferty, bowiem Zamawiający nie precyzuje, co rozumie poprzez pojęcie „pierwotnych wyjaśnień”, a także o jakie konkretnie części tego dokumentu. Sposób sformułowania uzasadnienia we wskazanym zakresie zmusza Odwołującego do domniemywania stwierdzonych przez Zamawiającego rzekomych nieprawidłowości oraz jest daleki od spełnienia wymogu podania pełnych podstaw oceny Zamawiającego oraz sporządzenia wyczerpującego uzasadnienia faktycznego. Zamawiający nie sprecyzował nawet o jakim rodzaju wyjaśnienia chodzi, w związku z powyższym Odwołujący nie wie, w jakim trybie miałyby zostać złożone te wyjaśnienia i czy chodzi o wyjaśnienia w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych, czy wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też o jakikolwiek inny dokument, w którym Odwołujący złożył oświadczenie woli, czy też oświadczenie wiedzy. Wobec powyższego Odwołujący pozbawiony został możliwości analizy przyczyn oceny dokonanej przez Zamawiającego, a tym samym możliwości odniesienia się do tych przyczyn i ewentualnego ich zaskarżenia, dlatego Odwołujący nie powinien ponosić z tego powodu negatywnych konsekwencji. We wskazanym zakresie podane przez Zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego nie powinny zostać uznane za uzasadnione i powinny stanowić podstawę do nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zarzut dotyczący zaniechania ponownego wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wobec powzięcia dalszych wątpliwości co do tych elementów został omówiony i uzasadniony w punktach Ad. 1-Ad.

Odwołujący przedstawił wyczerpujące wyjaśnienia do każdej kwestii poruszonej przez Zamawiającego, nie zachodziły zatem obiektywne podstawy do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę, zaś przekonanie Zamawiającego w tym zakresie można ocenić wyłącznie jako subiektywne i nieuzasadnione. Sam Zamawiający nie przedstawił żadnych wiarygodnych i weryfikowalnych podstaw przyjętego stanowiska. Oznacza to, że jego oferta jest najkorzystniejsza (zawiera najniższą cenę przy identycznych u wszystkich innych wykonawców pozostałych kryteriach oceny ofert) i powinna zostać wybrana przez Zamawiającego. Zamawiający, wybierając ofertę wykonawcy Salini Impregilo S.p.A. oraz nie wybierając oferty Odwołującego naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący swoje stanowisko przedstawił również w pismach procesowych z 3 i 11 kwietnia 2018 r.

III Odpowiedź na odwołanie

Zamawiający wskazał, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie i wniósł o jego oddalenie.

W zakresie części nr 3 zamówienia wpłynęło 11 ofert, w tym oferta Odwołującego. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia, które, w ocenie Zamawiającego, nie potwierdzały, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W każdym przypadku, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia albo nierealności w danych uwarunkowaniach, jest zobowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień. Sformułowanie „budzą

wątpliwości” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa w tym zakresie nie wskazuje żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.”. To na wykonawcy ciąży natomiast obowiązek udowodnienia – poprzez złożenie rzetelnych, rzeczowych i wyczerpujących wyjaśnień, na skutek wezwania Zamawiającego, że cena złożonej przez niego oferty nie została przez niego rażąco zaniżona i jest ceną w danych realiach dla danego Wykonawcy. Powyższa zasada, którą doktryna i orzecznictwo uznawały od dawna, została wprost wyrażona w znowelizowanej ustawie Prawo zamówień publicznych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi część profesjonalnego obrotu gospodarczego i od jego uczestników należy oczekiwać należytej staranności obejmującej znajomość obowiązującego prawa oraz skutków wynikających z przepisów.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niewyjaśnienia ceny oferty Odwołującego, co do której Odwołujący nie obalił zaistniałego wskutek wezwania z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych domniemania rażąco niskiej ceny co do ceny oferty Odwołującego, czego konsekwencją był obowiązek Zamawiającego zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący w odwołaniu próbuje uzupełniać informacje, które powinny zostać przedstawione w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, gdyż powinny być znane Odwołującemu już w dniu złożenia oferty. Te uzupełnienia są w sposób oczywisty spóźnione i nie powinny być uwzględnione przez Izbę w toku oceny prawidłowości czynności Zamawiającego. Lektura odwołania, w szczególności załącznika nr 5.1 wskazuje, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji oferta Odwołującego powinna zostać dodatkowo odrzucona także na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, o czym Zamawiający dowiedział się dopiero z treści odwołania. Powyższe wynika z przedłożonych kalkulacji, które zawierają ilości asfaltu niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z postanowieniami programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) wykonawca zobowiązany jest do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w opracowaniu „Nawierzchnie asfaltowe na drogach krajowych” WT-2 2014 część I i WT-2 2016 część II. Wykończenie warstwy ścieralnej należy wykonać zgodnie z WT- 2 2016 część II., stanowiącymi integralną część PFU. Tymczasem, z treści załącznika 5.1 wynika, że Wykonawca nie uwzględnił powyższych wymagań.

Podnoszony przez Odwołującego zarzut dotyczący, jego zdaniem, bezpodstawnego odtajnienia przez Zamawiającego zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego informacji

zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa jest bezprzedmiotowy i nie powinien być przez Izbę badany, gdyż był on przedmiotem odwołania złożonego przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 287/18, w którym odwołanie zostało oddalone, a Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację Zamawiającemu stwierdzając, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Twierdzenia o rzekomej nieprecyzyjności pytań zadawanych Odwołującemu czy nieświadomości Odwołującego co do tego, jak należy odpowiedzieć na pytania, są kuriozalne. Pytania były szczegółowe i precyzyjne, a w końcowych fragmentach obu wezwań Zamawiający umieścił informację, że wyjaśnienia Odwołującego powinny być szczegółowe i poparte dowodami. Jednocześnie to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że cena oferty nie ma charakteru rażąco niskiej, stąd powinien dołożyć należytej staranności, aby jego wyjaśnienia były wyczerpujące i nie budziły wątpliwości. Tym bardziej, że tego oczekiwał Zamawiający, informując w końcowej części wezwania z 7 listopada 2017 r., iż prosi „o przedstawienie szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji dotyczących sposobu uwzględnienia istotnych elementów mających wpływ na cenę ofertową, które uważają Państwo za istotne, mając na uwadze między innymi: zaangażowanie osobowe, czasowe, rzeczowe, materiałowe, finansowe i związane z tymi niezbędnymi do poniesienia koszty, a także zakładany poziom zysku. Treść złożonych przez Państwa informacji i przedstawionych dowodów musi potwierdzać, że zaoferowana w ofercie cena jest skalkulowana prawidłowo i nie budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.”

Nie można więc zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, który odpowiedzialność za brak swoich wyjaśnień próbuje przerzucić na Zamawiającego. Podobnie kuriozalne są wywody Odwołującego, w których zarzuca Zamawiającemu, że termin 7-dniowy do udzielenia drugich, uszczegółwiających wyjaśnień, był zbyt krótki i uniemożliwił Odwołującemu ich wyczerpujące udzielenie. Odwołujący pomija fakt, że termin na złożenie wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego został wyznaczony na 14 dni. Następnie, uwzględniając wnioski wykonawców, został wydłużony do 21 dni. Zamawiający wydłużył ten termin, licząc na merytoryczne i wyczerpujące wyjaśnienia. Drugie wezwanie do wyjaśnień miało na celu jedynie doprecyzowanie wcześniej udzielonych odpowiedzi i dotyczyło kwestii, które były przedmiotem pierwszych wyjaśnień i w całości powinny być znane Odwołującemu w toku przygotowywania oferty, a najpóźniej w dacie składania tej oferty, a jako takie powinny być przedłożone już w pierwszych wyjaśnieniach. Zamawiający dał Odwołującemu możliwość ich ponownego wyjaśnienia w zakresie wątpliwych kwestii, której Odwołujący nie wykorzystał. Dopiero w przedmiotowym odwołaniu Odwołujący

przedkłada pewne informacje, którymi powinien dysponować już znacznie wcześniej. Stąd twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są bezpodstawne. Nie znajduje poparcia w stanie faktycznym również zarzut, iż wyznaczenie 7-dniowego terminu na złożenie wyjaśnień doprowadziło do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W pierwszych wyjaśnianych, gdzie termin na ich złożenie wynosił 21 dni, Odwołujący złożył identyczne uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przedkładanych dokumentów, tym samym ich skopiowanie nie jest czynnością czasochłonną.

Zarzuty w zakresie rzekomej nieprecyzyjności wezwań, a także zarzuty dotyczące zbyt krótkiego terminu na złożenie wyjaśnień są nie tylko merytorycznie niezasadne, lecz przede wszystkim spóźnione. Odwołujący, jeśli rzeczywiście dostrzegał ryzyko naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia czynnością wezwania w zakresie wyznaczenia konkretnego terminu, mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej, zaskarżając ww. czynności Zamawiającego w odpowiednim terminie określonym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, czego nie uczynił.

Zamawiający rozumie stwierdzenie Odwołującego, że przy inwestycjach realizowanych w trybie projektuj i buduj, wykonawcom przysługuje pewna swoboda w zakresie rozwiązań projektowych. Jednak, jak sam Odwołujący wskazuje, ta swoboda ograniczona jest w szczególności postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, biorąc te okoliczności pod uwagę, zdecydował o skierowaniu do Wykonawcy ponownego wezwania, licząc, że Wykonawca wykaże, jakie przyjął założenia projektowe, ale mieszczące się w granicach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby zminimalizować koszty, czyniąc ofertę konkurencyjną. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że w postępowaniach prowadzonych z wykorzystaniem żółtego FIDIC-a, Zamawiający nie ma prawa oczekiwać od Wykonawcy konkretnych wyjaśnień, a jedynie zadowolić się ogólnym oświadczeniem, że „wykonawca zrealizuje projekt zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymaganiami Zamawiającego”.

Odwołujący twierdzi, że wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz późniejsze uzasadnienie odrzucenia jego oferty były nieprecyzyjne i ogólnikowe, co uniemożliwiło mu prawidłowe odniesienie się do stawianych zarzutów. Powyższe nie zasługuje na uwzględnienie. W celu prawidłowego zbadania ceny oferty oraz posiadania wszelkich koniecznych informacji w tym zakresie, zamawiający zawsze powinien starannie opracować treść wezwania do wyjaśnień. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skierował więc do Wykonawcy precyzyjne oraz zrozumiałe wezwanie do wyjaśnień, wskazując, jakie konkretnie czynniki wzbudziły jego wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nawet fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej

ceny zdecydowały, ponieważ już sam fakt wezwania Odwołującego oznacza, że powinien on przedstawić wszelkie informacje dotyczące okoliczności, które uzasadniały obniżenie ceny. Odwołujący, jako profesjonalny wykonawca, kalkulując cenę oferty powinien opierać się na znanych mu w momencie przygotowywania oferty realnych kosztach wszystkich składowych i etapów składających się na przedmiot zamówienia, z tym, że przedmiot musi być zgodny z wymaganiami Zamawiającego ujętymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Obowiązek po stronie Zamawiającego wezwania do wyjaśnień powstaje, gdy zaistnieją przesłanki określone w art. 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli przede wszystkim powstaje w tym zakresie wątpliwość po stronie Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający zażąda wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to powstaje domniemanie rażąco niskiej ceny, które musi obalić Wykonawca, o ile nie chce, aby jego oferta została odrzucona. Innymi słowy ciężar udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał wyłącznie na Wykonawcy.

Na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena jego oferty nie pozostaje rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób pełny i niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt IV Ca 1299/09, wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, aby nie pozostawiły wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia nie powinny opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o „dowodach” na ich potwierdzenie. Orzecznictwo wskazuje także, iż niekonkretne i ogólnikowe wyjaśnienia, nieobalające domniemania rażąco niskiej ceny oferty należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty.

Zdaniem Sądu Okręgowego w Częstochowie, wyrok z 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05, niedostateczne wyjaśnienia stanowią podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające tak niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, jakich wykonawca użył w niniejszym stanie faktycznym, można uznać za niezłożone.

Domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego i w innych ofertach, a w konsekwencji wezwanie z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych powstało nie tylko na skutek arytmetycznych wyliczeń stosunku procentowego cen najniższych ofert do średniej arytmetycznej ofert złożonych, ale także z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, a w szczególności ze względu na: znaczną wartość zamówienia; stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia, a zwłaszcza okoliczność, że inwestycja będzie przez odcinek 5,5 km przebiegała przez miasto w terenie uprzemysłowionym; inwestycja

będzie realizowana na terenie o specyficznym gruncie trudnym do stabilizacji, gdzie występują trudne warunki gruntowe. Te okoliczności zadecydowały, że Zamawiający powziął wątpliwości co do ceny zaproponowanej w najniższych ofertach.

Odnosnie zarzutu dokonania przez Zamawiającego błędnej oceny oferty w zakresie możliwości nawiązania współpracy z podwykonawcami, Odwołujący w treści odwołania próbuje kreować nową rzeczywistość. Uszło uwadze Odwołującego, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinny być jednoznaczne i wyczerpujące. Po raz kolejny Odwołujący próbuje przerzucić ciężar dowodu na Zamawiającego zapominając, że to on powinien dołożyć należytej staranności, aby jego wyjaśnienia były zrozumiałe, a Zamawiający nie musiał się domyślać, co miał na myśli Wykonawca, tym bardziej, że Odwołujący dwukrotnie miał możliwość wypowiedzenia się w tej sprawie.

Nie można się również zgodzić z Odwołującym, który twierdzi, że jest związany treścią zadanych pytań, a udzielone odpowiedzi należy poczytywać przez pryzmat wyłączenie zadanych pytań. Zamawiający w swoim wezwaniu prosił o przedstawienie szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji dotyczących sposobu uwzględnienia istotnych elementów mających wpływ na cenę ofertową, które Wykonawca uważa za istotne. Tym samym, jeśli Wykonawca uważał, że pytania nie umożliwiają mu przedstawienia jednoznacznych wyjaśnień, miał prawo, a nawet obowiązek, udzielić szerszych wyjaśnień – takich, które w jego najlepszym wyobrażeniu pozwoliłyby obalić domniemanie rażąco niskiej ceny – i to najlepiej w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego. Ewentualnie zasygnalizować już po lekturze pytań, iż nie one pozwolą na udzielenie satysfakcjonującej odpowiedzi z punktu widzenia Wykonawcy i wnosi o ich np. sprecyzowanie, poszerzenie, uzupełnienie itp. – jednak nic takiego nie uczynił, co wskazuje na ten zarzut jako element reakcji procesowej, a nie rzeczywisty problem w dacie udzielenia wyjaśnień.

Zamawiający nie neguje możliwości zawarcia umów z podwykonawcami, Odwołujący jednak wyraźnie w odpowiedzi na pytanie C9 oświadczył, że założył wykonanie robót z wykorzystaniem środków własnych, a część prac ewentualnie powierzy podwykonawcom w okresach spiętrzenia robót, z czego jednoznacznie wynika, iż podwykonawcy będą zatrudnieni w celu zwiększenia mocy przerobowych Odwołującego i nie jest to powiązane z rodzajem wykonywanych robót. Odwołujący myli pojęcia i wprowadza terminologię znaną z języka potocznego, nie mającą zastosowania w terminologii kontraktowej lub myli ich znaczenie. Termin „roboty podstawowe” oznacza całość robót objętych kontraktem, a na tym etapie oznacza całość robót określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia, „roboty dodatkowe” jest to termin znany w terminologii kontraktowej FIDIC, jak również w ustawie Prawo zamówień publicznych, jednak nie oznacza „robót specjalistycznych”. Zamawiający domyśla się, że Odwołujący pod pojęciem „robót specjalistycznych” miał na myśli roboty branżowe takie jak: przekładki istniejących sieci energetycznych,

teletechnicznych, gazowych, ciepłowniczych itp., roboty związane z posadowieniem obiektów, czy wzmocnieniem podłoża. Zamawiający nie widzi jednak związku pomiędzy „okresem spiętrzenia robót” a wykonaniem robót branżowych, zwykle bowiem roboty te są wykonywane na początku kontraktu i nie powodują spiętrzenia robót, poza tym doświadczony wykonawca tak konstruuje harmonogram robót, aby uniknąć „spiętrzenia robót”. Tym samym udział podwykonawców należy postrzegać wyłącznie poprzez pryzmat obsługi ryzyk spiętrzenia robót.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący również dokonuje manipulacji doszukując się uzasadnienia dla zmiany wyjaśnień w zakresie udziału podwykonawców, w tym biura projektowego, w realizacji zamówienia w orzecznictwie KIO oraz cytując wyrwane z kontekstu fragmenty uzasadnień KIO. Cytowane w odwołaniu orzeczenia odnoszą się do zupełnie odmiennych kwestii aniżeli poruszane w przedmiotowej sprawie. W przedmiotowej sprawie wątpliwości wzbudzi, czy cena oferty Wykonawcy obejmuje wszystkie niezbędne koszty i jest realna oraz czy Wykonawca jest przygotowany do realizacji tak skomplikowanej inwestycji. Nie jest dopuszczalne, aby Wykonawca na etapie składania ofert nie miał konkretnej wiedzy i pomysłu, w jaki sposób będzie realizował zamówienie, pozostawiając te kwestie do rozważenia na późniejszym etapie. Takie działanie prowadzi niewątpliwie do opóźnień, a tym samym powstania dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego. Zamawiający jako odpowiedzialny za prawidłową realizację inwestycji nie może aprobować ryzyk, które poprzez staranne przygotowanie się wykonawcy mogą w istocie nie wystąpić, a w przypadku oferty Odwołującego już na etapie badania oferty ryzyka są wyraźnie dostrzegalne.

Jednocześnie przedkładane dowody (lista podwykonawców oraz oferty złożone przez podwykonawców) należy uznać za spóźnione, gdyż postępowanie odwoławcze nie jest etapem badania i oceny w zakresie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Nie można zgodzić się z zarzutem dotyczącym błędnej interpretacji oświadczenia Odwołującego dotyczącego wykonania robót „siłami własnymi” oraz wykorzystania „głównie własnego potencjału sprzętowego”. To na Wykonawcy ciążył obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, tym samym jego wyjaśnienia winny być konkretne, kompletne i merytoryczne oraz odnosić się do faktycznych okoliczności. Nie do przyjęcia jest argumentacja, że personel wynajęty od wyspecjalizowanych firm powinien być wliczany do personelu Odwołującego. Taki personel będzie wykonywał czynności na rzecz Odwołującego, jednak cały czas będzie to personel innego podmiotu i Wykonawca nie ma przesłanek prawnych, by uznawać go za własny.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty precyzyjnie odniósł się do wyjaśnień Odwołującego oraz ich braków. Warto jednak podkreślić, że sam Odwołujący, poprzez przedstawioną w odwołaniu interpretację swoich wyjaśnień potwierdza, że jego wyjaśnienia

nie były jednoznaczne i wyczerpujące, skoro dla ich zrozumienia potrzeba wielostronicowych objaśnień.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oceny wyjaśnień Wykonawcy w zakresie sprzętu oraz środków transportu, Wykonawca tłumaczy swoje lakoniczne i niewyczerpujące wyjaśnienia jako efekt zadawanych przez Zamawiającego pytań. Nie sposób się zgodzić z taką interpretacją. Pytania nr 3 i 4 zawarte w piśmie Zamawiającego z 23 stycznia 2018 r. były bardzo skonkretyzowane i wskazywały w sposób jednoznaczny na wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca był zobowiązany w odpowiedzi na nie przedstawić konkretne, merytoryczne, przekonujące i spójne wyjaśnienia, tym bardziej, że zgodnie z zamieszczonym na końcu pisma pouczeniem Zamawiający wskazał, że nie będą brane pod uwagę gołosłowne zapewnienia i twierdzenia Wykonawcy nie poparte dowodami, a złożenie wyjaśnień ogólnikowych, sprzecznych i wymijających potraktowane zostanie jak niezłożenie wyjaśnień. Tym samym nie znajduje uzasadnienia tłumaczenie Odwołującego, jakoby Zamawiający nie wymagał przedłożenia stosownych dowodów. Również w świetle tak sformułowanego wezwania nie można uznać za wyczerpującą odpowiedź lakonicznej informacji, iż koszty sprowadzenia sprzętu są ujęte w kosztach jednostkowych za motogodzinę pracy sprzętu.

Nie polega na prawdzie stwierdzenie Odwołującego o nieuzasadnionym odmiennym potraktowaniu wyjaśnień Odwołującego i innych wykonawców. Kwestię zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach Odwołującego rozstrzygnęła KIO w wyroku KIO 287/16, więc jest ona bezprzedmiotowa. Również odtajnienia lub brak odtajnień wyjaśnień innych wykonawców nie został zakwestionowany przez nikogo w postępowaniu. Zauważyć należy też, że sam Odwołujący wskazuje na istotną różnicę w dokonanym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez siebie i Salini Impregilo S.p.A. Skoro, jak sam Odwołujący zauważa, wykonawca ten przedstawił kodeks etyczny zatwierdzony i wprowadzony w kwietniu 2017 roku, to oczywistym jest, że jego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa różni się od zastrzeżenia dokonanego przez Odwołującego i jest skuteczne, gdyż wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem odmienne potraktowanie tych zastrzeżeń jest uzasadnione i nie może dowodzić naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Niezrozumiałą dla Zamawiającego jest troska Odwołującego o możliwość skonstruowania potencjalnych odwołań wykonawców Polaqua oraz Metrostav, co ma być utrudnione przez utajnienie części wyjaśnień wykonawcy Salini Impregilo S.p.A. Ww. wykonawcy nie wnieśli odwołań od wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu, co potwierdza prawidłowość czynności Zamawiającego w tymże postępowaniu, przynajmniej z punktu widzenia tych wykonawców. Przedstawione przez Odwołującego tabelaryczne zestawienie odpowiedzi Salini Impregilo S.p.A. i Odwołującego nie potwierdza nierównego traktowania

czy jego dyskryminacji w postępowaniu. W szczególności w załączniku tym Odwołujący przedstawia porównanie wyjaśnień, które zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające. Odwołujący pomija fakt, że spośród 122 pytań zawartych w wezwaniu Zamawiającego z 7 listopada 2017 r., Zamawiający zwrócił się o ponowne wyjaśnienie w zakresie 25 z nich, uznając wyjaśnienia na 97 pytań za wystarczające, biorąc pod uwagę ich istotność dla sprawy.

W swoim zestawieniu Odwołujący pomija niewygodne dla siebie pytania, przykładowo od C31 - C60.

Odnosząc się szczegółowo, w zakresie ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w porównaniu z wyjaśnieniami Salini Impregilo S.p.A. należy stwierdzić, że:

A16 – Zamawiający zwrócił się z ponownym zapytaniem do obu wykonawców, przy czym Salini Impregilo S.p.A. za ten element przewidziało kwotę zdecydowanie wyższą aniżeli Odwołujący,

A20 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem jedynie do Odwołującego z uwagi na bardzo niską kwotę przewidzianą w wyjaśnieniach,

A23 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego z uwagi na lakoniczną treść odpowiedzi, podczas gdy Salini Impregilo S.p.A. przedstawił konkretne rozwiązanie poparte dowodami,

B1 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego, z jakich przyczyn Wykonawca nie przewidział do realizacji zespołu branży torowej i trakcyjnej, mimo że zakres zamówienia obejmuje te branże,

B10 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego w uwagi na treść udzielonych wyjaśnień, z których wynikało, że Wykonawca zapewni nadzór geotechniczny tylko w okresie projektowania, a nie w trakcie realizacji całej inwestycji. Wątpliwości wzbudziła też kwota przewidziana przez Wykonawcę na ten cel,

B19 – Zamawiający zwrócił się z ponownym zapytaniem do wszystkich Wykonawców, którzy zaproponowali odmienne rozwiązania w zakresie posadowienia obiektów; jedynie Odwołujący zaproponował zmianę posadowienia wielu obiektów oraz nie uprawdopodobnił prawidłowości przyjętych założeń,

B27 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego w uwagi na brak merytorycznych wyjaśnień oraz niską kwotę,

C3 i C4 – Zamawiający zwrócił się z ponownym zapytaniem do obu wykonawców w celu uszczegółowienia wyjaśnień, Salini Impregilo S.p.A. uprawdopodobnił, że dysponuje sprzętem i środkami transportu oraz przedstawił wymagane koszty; odnośnie wyjaśnień Odwołującego Zamawiający odniósł się szczegółowo w uzasadnieniu do odrzuceniu,

C6 – Zamawiający zwrócił się z ponownym zapytaniem do obu wykonawców; treść zapytań była zróżnicowana, gdyż odnosiła się do treści merytorycznej pierwszych wyjaśnień,

C8 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego w uwagi na rozbieżności w udzielonych wyjaśnieniach (między C4 i C8),

C9 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego z uwagi na oświadczenie, że planuje wykonać zadanie samodzielnie, korzystając z wsparcia podwykonawców jedynie w okresach spiętrzenia robót,

C11 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego w celu doprecyzowania udzielonych wyjaśnień, które nie były jednoznaczne, w odróżnieniu od wyjaśnień Salini Impregilo S.p.A.,

C15 – Zamawiający zwrócił się z ponownym zapytaniem do obu wykonawców w celu doprecyzowania wyjaśnień, w kontekście wyjaśnień na zapytanie A16; udzielone ponowne wyjaśnienia Odwołującego w dalszym ciągu nie wyjaśniały wątpliwości zamawiającego; Odwołujący nie podał nawet długości dróg technologicznych zlokalizowanych w pasie drogowym,

C16 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego w celu uszczegółowienia wyjaśnień, które nie zawierały stawek, w odróżnieniu od wyjaśnień Salini Impregilo S.p.A.; wyjaśnienie na to pytanie zostało powiązane z wyjaśnieniami nr C9 i C17,

C17 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego w celu uszczegółowienia wyjaśnień, w których wykonawca ogólnie odwołuje się do systemu zorganizowanych grup roboczych; wyjaśnienie na to pytanie zostało powiązane z wyjaśnieniami nr C9 i C16,

C18 – Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego z uwagi na bardzo niską wartość środków oraz wymijającą odpowiedź.

Zamawiający nie rozumie zarzutu nienależytego wyjaśnienia podstaw faktycznych i prawnych rozstrzygnięcia połączonego z twierdzeniem niezdefiniowania przez Zamawiającego oraz niezrozumienia pojęcia „pierwotnych wyjaśnień”, gdzie Odwołujący twierdzi, że nie wie, o jaki dokument chodzi. Odwołujący złożył wyjaśnienia w pismach z 28 listopada 2017 r. i z 31 stycznia 2018 r. Drugie pismo było efektem ponownego wezwania do wyjaśnień w kwestiach, które nadal budziły wątpliwości Zamawiającego. Zatem oczywistym jest, że w wyrażeniu „pierwotne wyjaśnienia” i „ponowne wyjaśnienia” chodzi odpowiednio o pierwsze i drugie pismo Odwołującego, gdyż innych wyjaśnień w postępowaniu nie było. Zamawiający nie jest uprawniony do wyjaśniania rażąco niskiej ceny do skutku. Treść art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nie przesądza, czy zwrócenie się o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny może nastąpić jeden raz. Jednakże *ratio legis* przepisu przemawia za możliwością jednokrotnego wezwania do wyjaśnień z dopuszczeniem ewentualnie doprecyzowania wyjaśnień. Chodzi bowiem o to, żeby przepis ten nie prowadził do niedopuszczalnego negocjowania i uzupełniania oferty. Sugerowana przez Odwołującego procedura wielokrotnego wyjaśniania nie znajduje także oparcia w obowiązujących przepisach ani w orzecznictwie. Zgodnie z opinią UZP „ponowne

żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę <<na pierwsze wezwanie>>. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli wykonawca nie rozwiął jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodu.” Dlatego też wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie tylko nie miał obowiązku, lecz nie miał prawa po raz kolejny wzywać o wyjaśnienia w sytuacji, gdy były one niewystarczające.

Przedmiotem zamówienia jest jedna z najważniejszych inwestycji infrastrukturalnych prowadzonych w Polsce, o bardzo dużej wartości. Stąd żądanie od Odwołującego merytorycznych i szczegółowych wyjaśnień nie jest działaniem nadmiernym i nieuprawnionym ze strony Zamawiającego, wynika bowiem z dbałości o środki publiczne i interes państwa. Tymczasem przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie sposób uznać za treściwe i wyczerpujące. Wyjaśnienia te, mimo że zawierają wiele stron, nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, potwierdzając, iż Zamawiający nie ma do czynienia z ofertą, która daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Odwołujący nie potrafił w sposób rzetelny obronić m.in. przyjętych założeń w zakresie wzmocnień podłoża oraz posadowienia obiektów mostowych i nie obalił wątpliwości Zamawiającego co do ich realności. Podkreślić należy, że ten zakres robót jest bardzo kosztotwórczy, co oznacza, że oferta może być w tym zakresie znacząco niedoszacowana.

Nawet fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, otwartego pytania nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały, ponieważ już sam fakt wezwania Odwołującego oznacza, że powinien on przedstawić wszelkie informacje dotyczące okoliczności, które uzasadniały obniżenie ceny. Odwołujący jako profesjonalny wykonawca, kalkulując cenę oferty, powinien opierać się na znanych mu w momencie przygotowywania oferty realnych kosztach wszystkich składowych i etapów składających się na przedmiot zamówienia, z tym, że przedmiot musi być zgodny z wymaganiami Zamawiającego ujętymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego szczegółowo omawia czynniki, które wpłynęły na jego decyzję. Rzekome lakoniczne i ogólnikowe wezwanie do wyjaśnień i uzasadnienie odrzucenia oferty nie przeszkodziły Odwołującemu w poświęceniu im kilkudziesięciu stron odwołania i szczegółowemu odniesieniu się do stawianych tam twierdzeń i pytań.

Wyjaśnienia udzielone na podstawie przepisu art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych mają potwierdzić, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych. Celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny. Zamawiający miał więc pełne prawo wymagać od Wykonawcy złożenia wyczerpujących wyjaśnień, a w przypadku ich braku – do odrzucenia oferty.

Aktualnie nie istnieją w ustawie Prawo zamówień publicznych sztywne kryteria, jakie winny być spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na wezwanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Tym samym to rzeczowa indywidualna ocena i przekonanie Zamawiającego, wynikające z wyjaśnień wykonawcy popartych dowodami, są rozstrzygającymi w przedmiocie wątpliwości rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę przez danego wykonawcę.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu, że ten, mimo dalszych wątpliwości co do rażącego zaniżenia ceny złożonej przez Wykonawcę oferty, nie wystosował do niego kolejnego wezwania do wyjaśnień. Zamawiający jednak może wystąpić o wyjaśnienia konkretyzujące dane dokumenty w przypadku, gdy pierwotne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny należałoby jedynie doprecyzować. Uprawnienie do wezwania do kolejnych wyjaśnień nie przysługuje wykonawcy, który wyjaśnień w ogóle nie złożył lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień musi więc mieć na uwadze, że jeżeli dostarczone wyjaśnienia nie potwierdzą, że cena nie jest rażąco niska, jego oferta zostanie odrzucona. Będzie to bowiem oznaczać, że potwierdziły się podejrzenia zamawiającego co do rażąco zaniżonej ceny oferty złożonej przez danego wykonawcę. Tak też się stało w przedmiotowym postępowaniu. Złożone wyjaśnienia spełnią swoją funkcję tylko wtedy, gdy będą wyczerpujące i przekonujące. Powinny one w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzać, że zaproponowana przez niego cena jest w danych okolicznościach faktycznych ceną realną, zapewniającą wykonawcy zysk oraz odpowiadającą obowiązującym w danej branży warunkom finansowym.

Wykonawcy nie mogą w skutek udzielonych wyjaśnień modyfikować ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niedopuszczalne jest zachowanie wykonawcy, który wskazuje w swojej ofercie określone informacje, a następnie, po ujawnieniu przez Zamawiającego wątpliwości co do danych elementów złożonej oferty, podaje całkowicie nowe lub zmienione okoliczności uzupełniające ofertę o treść pozwalającą na „przystosowanie” tej oferty do wymagań Zamawiającego. Ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej.

Wyjaśnienia udzielane przez wykonawców mogą być jedynie doprecyzowywane. Nie może mieć miejsca sytuacja, w której wykonawca w ramach wyjaśnień dowolnie zmienia swoje oświadczenia lub składa oświadczenia ze sobą całkowicie sprzeczne. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty prawidłowo powołał się więc m.in. na wątpliwości związane z zakresem współpracy Odwołującego z ewentualnymi podwykonawcami. Dopiero do odwołania Wykonawca dołączył listę podmiotów, z którymi planował współpracować w czasie realizacji danego zamówienia publicznego oraz złożone przez nich oferty. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej „wykonawcy powinni traktować bardzo poważnie zwrócenie się do nich o wyjaśnienia czy uzupełnienie ofert i w związku z tym powinni starać się zaspokoić wymagania zamawiającego w pierwszym wystąpieniu. Wykonawcy nie mogą liczyć na powtórne zwrócenia się zamawiających o wyjaśnienia ofert, gdyż należy traktować takie sytuacje jako wyjątkowe i jako takie mogące zaistnieć tylko w uzasadnionych przypadkach” (sygn. KIO 2256/17). Wykonawca miał możliwość przedstawienia wszystkich okoliczności związanych z kalkulacją zaoferowanej przez niego ceny w pierwszych wyjaśnieniach. Dopiero jednak w treści odwołania przedstawia swoje stanowisko w sposób szczegółowy, wręcz drobiazgowy. Przywołana argumentacja nadal jednak może budzić poważne wątpliwości co do realności wykonania zamówienia publicznego za podaną w ofercie cenę. Ocenę, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, należy odnosić nie do cen innych ofert, ale do kosztów, które dany wykonawca musi ponieść, aby zamówienie wykonać. Dlatego też tak ważne jest wykazanie w oparciu o dowody, iż suma wszystkich wskazanych kosztów zamknie się w cenie ofertowej.

Fakt, że nie tylko Odwołujący został wezwany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny świadczy o równym traktowaniu przez Zamawiającego wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Poszczególne wyjaśnienia podlegały indywidualnej i szczegółowej analizie. To wykonawcę obciąża ryzyko niezachowania wystarczającej staranności w udzieleniu odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, skutkiem czego jest zazwyczaj odrzucenie jego oferty, gdyż nie obalił domniemania w tym zakresie.

Wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oparte było na obiektywnych i weryfikowalnych przesłankach, a czynności podjęte przez Zamawiającego pozostają w zgodzie z zasadami zawartymi w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeśli Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to bezwzględnym obowiązkiem Odwołującego było przedłożenie, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, przekonujących wyjaśnień. Ocena wyjaśnień przedłożonych przez Odwołującego potwierdziła jednak, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku wzywać do wyjaśnień aż do momentu, gdy wykonawca wykaże, że cena nie jest rażąco niska.

IV Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – Salini Impregilo S.p.A. wnosząc o oddalenie odwołania. Swoje stanowisko wykonawca ten przedstawił w piśmie procesowym z 3 kwietnia 2018 r.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte 23 września 2015 r. W chwili wszczęcia postępowania wskazywane w odwołaniu przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych miały następujące brzmienie.

Art. 7 ust. 1: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 8 ust. 1: Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Art. 89 ust. 1 pkt 4: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 90 ust. 1: Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 90 ust. 2: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3: Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 91 ust. 1: Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 92 ust. 1 pkt 2: Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W trakcie czynności badania ofert Zamawiający wezwał Odwołującego (oraz innych wykonawców) do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pierwsze wezwanie nastąpiło 7 listopada 2017 r. – Odwołujący udzielił na nie odpowiedzi 28 listopada 2017 r., kolejne wezwanie nastąpiło 23 stycznia 2018 r. – Odwołujący udzielił na nie odpowiedzi 31 stycznia 2018 r.

Na wstępie Izba wskazuje, że wszelkie zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego, co do których nie został dochowany 10-dniowy lub 15-dniowy termin, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, są spóźnione i nie mogą być rozpatrywane przez Izbę. Przepisy te stanowią, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; wobec zaś czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołanie takie podlega odrzuceniu, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje Izbie odrzucenie odwołania, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie – analogicznie przepis ten stosuje się do poszczególnych zarzutów odwołania, które nie podlegają rozpoznaniu.

Dotyczy to w szczególności kwestii podnoszonych w pismach procesowych już po złożeniu odwołania, które nie zostały ujęte w ramach zarzutów odwołania – w tym przypadku dodatkowo ma zastosowanie zawarty w art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych zakaz orzekania przez Izbę co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie orzeka także co do zarzutów, które były już przedmiotem jej rozpoznania.

Nie oznacza to jednak, że Izba, oceniając kolejne czynności Zamawiającego, których odwołanie dotyczy, nie bierze pod uwagę skutków wcześniejszych czynności dla czynności późniejszej, jak na przykład treści wezwania do uzupełnienia dokumentów przy ocenie poprawności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podobnie Izba może oceniać poprawność odrzucenia oferty wykonawcy czy też uzasadnienia odrzucenia tej oferty, odnosząc się do treści czy okoliczności wcześniejszych wyjaśnień.

Jedynie więc tytułem wstępu można stwierdzić, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w niniejszym postępowaniu, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z brzmienia tego przepisu wynika więc jednoznacznie, że podstawą wezwania do wyjaśnień nie jest sam konkretny, wskazany próg procentowy, ale każda sytuacja, w której zamawiający poweźmie podejrzenia, że cena może być rażąco niska i w związku z tym wątpliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami.

Potwierdził to już lata wcześniej Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 Fratelli Costanzo SpA przeciwko Comune di Milano, w którym wskazał, że art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 zezwala państwom członkowskim żądać weryfikacji ofert, kiedy te wydają się być rażąco niskie, a nie tylko jeżeli są oczywiście rażąco niskie.

Należy zgodzić się z Odwołującym, że pomimo funkcjonującego w praktyce takiego określenia, które można zakwalifikować raczej jako pewien skrót myślowy dotyczący ciężaru dowodu (podobnie jako samo wyrażenie „wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny” jest skrótem myślowym), wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w zakresie poziomu zaoferowanej ceny nie powoduje powstania domniemania prawnego lub faktycznego, że cena ta rzeczywiście jest rażąco niska. Byłoby to nielogiczne ze strony ustawodawcy, który tym samym zakładałby, że wykonawcy z założenia nie składają „poważnych” ofert. Byłoby też niezgodne z przepisami dyrektyw oraz orzeczeniami TSUE w zakresie rażąco niskiej ceny, w których podkreśla się prawo wykonawcy do wykazania, że jego oferta jest prawidłowa. Nie

zmienia to faktu, że ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wezwanym wykonawcy, co wynika bezpośrednio z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na podstawie tych wyjaśnień zamawiający bowiem dokonuje oceny, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podstawy odrzucenia oferty w związku z istnieniem lub podejrzeniem istnienia rażąco niskiej ceny, w ustawie Prawo zamówień publicznych są trzy.

Po pierwsze, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4) – jest to stwierdzenie dość kategorycznie odnoszące się do pewnych obiektywnych faktów, tj. oferta zawiera/nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Po drugie, jeżeli dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień i dowodów – w jego mniemaniu – potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3) – podstawa ta może być identyczna jak wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 4, ale jest mniej kategoryczna, ponieważ w większym stopniu opiera się na subiektywno-obiektywnym stwierdzeniu zamawiającego (jego ocenie), niż wynika to z treści art. 89 ust. 1 pkt 4. Jest to słuszny zabieg ustawodawcy, ponieważ w większości przypadków na etapie składania ofert zamawiający nie jest w stanie kategorycznie i ze stuprocentową pewnością stwierdzić, czy dana, zaoferowana cena rzeczywiście nie pozwoli na wykonanie zamówienia – dokonuje on jedynie swojej analizy. Analiza ta jest subiektywno-obiektywna, ponieważ jest analizą zamawiającego (a więc siłą rzeczy subiektywną), ale powinna być oparta o pewne obiektywne przesłanki.

Po trzecie, jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień. Jest to przesłanka w dużej mierze formalna, ponieważ w takim nie ma znaczenia, czy zaoferowana cena nosi znamiona rażąco niskiej i zamawiający nie dokonuje ww. oceny. Przy czym za brak złożenia wyjaśnień uznaje się nie tylko brak odpowiedzi wykonawcy na wezwanie. Złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie odnosi się jedynie do przedstawienia zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie wykonawcy.

Nie każde jednak wyjaśnienia, które nie satysfakcjonują zamawiającego i które uznaje on za niewystarczające, można uznać za niezłożenie wyjaśnień – stwierdzenie to odnosi się do braku konkretów w udzielanych informacjach, np. wykonawcy potrafią przedstawić kilkunastostronicowe pismo nie zawierające żadnych danych liczbowych odnoszących się do ceny i kosztów. Nie jest też wystarczające powołanie się na opinie wyrażone w danych orzeczeniach, dotyczące konkretnego, badanego tam stanu faktycznego, lecz każdy stan

faktyczny należy wnikliwie analizować i oceniać indywidualnie dla ustalenia granicy, pomiędzy którą dane wyjaśnienia można uznać za niezłożone; złożone, ale niewyczerpujące i wymagające uzupełnienia; złożone, ale zasługujące na ocenę negatywną (kategoryczność oceny oraz braki w wyjaśnieniach); złożone, ale nie pozwalające na pozytywną ich ocenę przez zamawiającego (brak kategoryczności oceny lub braki w wyjaśnieniach); czy też wreszcie pozwalające na ich pozytywną ocenę.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszego postępowania – w ocenie Izby, niezależnie od deklaracji Zamawiającego zawartych w pismach wzywających do wyjaśnień, wyjaśnień, których udzielił Odwołujący, nie można uznać za niezłożone, nawet jeśli w niektórych elementach nie spełniły one oczekiwań Zamawiającego. Na takie stwierdzenie były one jednak zbyt szczegółowe i zawierały zbyt wiele informacji, które mogły być poddane ocenie. Choć nie jest to przedmiotem rozważań Izby jako zarzut, Izba wzięła także pod uwagę fakt, że Odwołujący uznał udzielony mu czas na wyjaśnienia pomiędzy 23 a 31 stycznia 2018 r. za zbyt krótki, by mógł udzielić wyjaśnień bardziej szczegółowych i dopracowanych, czemu dał wyraz wnosząc o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień. Zamawiający w piśmie z 23 stycznia 2018 r. zawarł 17 pytań, z których wiele składało się z kilku pytań (było podzielonych na podpunkty) i które odnosiły się do dość szerokiego zakresu wyceny/okoliczności. W ocenie Izby szczegółowa odpowiedź na nie, nawet mimo pracy zespołu nad ich opracowaniem, mogła zająć Odwołującemu więcej niż 7 dni. Tym samym Izba uznała za racjonalne tłumaczenie Odwołującego, że co prawda zdążył on udzielić wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lecz nie były one wystarczająco dopracowane i zawierały braki, której to opinii dał wyraz Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty.

Jak Izba wskazała powyżej, wyjaśnień Odwołującego nie uznała za niezłożone. W kontekście sporządzonego przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty Izba uznała, że Zamawiający ocenił te wyjaśnienia raczej jako niepozwalające mu na dokonanie pozytywnej oceny zaoferowanej ceny.

Jednak w opinii Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień i samej oferty Odwołującego – w kontekście jej uzasadnienia zawartego w informacji o odrzuceniu oferty – nie zawiera wystarczającej analizy zaoferowanej ceny, a dokładniej ujmując – wskazuje na różne mankamenty wyjaśnień, ale brak jej jakichkolwiek odniesień do kalkulacji ceny, z których wynikałoby, że zaoferowana cena, tj. 1.022.462.100 złotych brutto, 831.270.000 złotych netto, w tym 741.078.000 złotych za wykonanie robót budowlanych, jest ceną niewystarczającą, aby zamówienie wykonać i wykonać je prawidłowo. Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób owe wady wyjaśnień przekładają się na cenę, a dokładniej – na niedoszacowanie ceny oferty. Odwołujący podniósł, że Zamawiający swoją ocenę oparł

jedynie na zbadaniu fragmentu robót stanowiących nie więcej niż 25% ceny ofertowej. Zamawiający nie wykazał w żaden sposób, że odniósł się do całkowitej ceny oferty, czy też całkowitej wartości robót budowlanych – bo wokół tego zakresu prac koncentrowały się zarzuty Zamawiającego.

Jak stwierdzono powyżej, ocena dokonywana przez zamawiającego ze swojej istoty jest subiektywna w tym znaczeniu, że z założenia jest powiązana z podmiotem dokonującym tej oceny, ale musi również obejmować elementy obiektywne, także w postaci pewnych danych liczbowych.

Reasumując dla jasności: Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie poziomu ceny i elementów kosztotwórczych zadając Odwołującemu szereg pytań. Odwołujący udzielił wyjaśnień. Zamawiający miał prawo dokonać negatywnej oceny tych wyjaśnień, jak również całej oferty, jeśli uznał, że ocena taka jest uzasadniona. Skoro jednak dokonywał takiej oceny i uznał, że cena jest ceną rażąco niską, to powinien odnieść się do tej ceny, co z kolei powinno znaleźć odzwierciedlenie w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Wobec braku odniesienia się przez Zamawiającego w czynności odrzucenia oferty do ceny tej oferty, Izba nie jest w stanie zweryfikować prawidłowości jego czynności, a tym samym również uznać tej czynności za prawidłową. Skoro zaś tak istotna czynność, skutkująca wpływem na wynik postępowania jest nieweryfikowalna, powinna zostać powtórzona w celu dokonania jej korekty.

W ocenie Izby z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający *de facto* nie tyle odniósł się do zbyt niskiego poziomu ceny oferty wykonawcy, ale do mankamentów tej oferty – a dokładniej, mankamentów wyjaśnień, z których wynikałoby, że oferta jest nieprzemyślana i nierzetelnie opracowana.

W art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma takiego odniesienia, ale – jeśli odnieść się do orzecznictwa TSUE – posługuje się on pojęciem „oferty poważnej” (w innym tłumaczeniu „prawdziwej”). W przywołanym już orzeczeniu C-103/88 Trybunał wskazał, że „procedura weryfikacji powinna być stosowana w każdym przypadku, kiedy zamawiający badają oferty, przedstawiające rażąco niskie ceny. W konsekwencji, bez względu na próg zezwalający na rozpoczęcie tej procedury, oferenci mogą być pewni, że nie będą wykluczeni z udziału w przetargu bez możliwości przedstawienia wyjaśnień dotyczących prawdziwości ich ofert.” Podobnie w wyroku z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. Trybunał stwierdził, że „zaistnienie, w odpowiednim momencie procedury badania ofert, skutecznej debaty na zasadzie kontradiktoryjności pomiędzy instytucją zamawiającą a kandydatem, aby mógł on wykazać, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach”.

Określenie, że oferta jest „poważna”, oznacza, że jest ofertą przemyślaną, rzetelnie skalkulowaną, obejmującą swoją ceną pełen zakres prac w sposób zgodny z wymogami.

Tym samym, nie ma przeszkód prawnych, by zamawiający, uznając ofertę za „niepoważną”, ocenił ją negatywnie w ramach oceny, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niemniej jednak ocena taka, aby nie była „arbitralna”, wymaga uzasadnienia, w tym chociaż ogólnej kalkulacji. W innym przypadku zamawiający mógłby odrzucić każdą ofertę bez możliwości weryfikacji jego czynności.

Należy tu zwrócić też uwagę, że podstawy odrzucenia, które podał Zamawiający (oczywiście najlepiej w połączeniu ze wspomnianą kalkulacją), najprawdopodobniej byłyby uzasadnione w przypadku zamówienia dotyczącego samych robót budowlanych. Jednak przy zamówieniu typu „projektuj i buduj” oraz lakonicznym sformułowaniu oferty (jedynie „Wykaz płatności” z jedną ogólną pozycją dotyczącą robót budowlanych) ocena zakresu robót budowlanych, które nie zostały jeszcze nawet zaprojektowane, jest utrudniona. Z tego powodu racjonalne są też twierdzenia Odwołującego, że utrudnione jest lub niemożliwe przedstawienie na tym etapie np. harmonogramu pracy sprzętu, skoro nie wiadomo jeszcze, jaki sprzęt i kiedy będzie potrzebny. Na tym etapie też ma być badany poziom ceny, nawet jeśli wykonawca zmienia założenia co do sposobu wykonania pewnych elementów.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę pewne kwestie, poruszone już w wyroku sygn. akt KIO 2574/17 i KIO 2576/17 w podobnej sytuacji, a do których odnosił się Zamawiający, tj. związania treścią oferty i wyjaśnień.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Reguła ta odnosi się także do wyjaśnień prowadzonych w procedurze art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasadę wyrażoną w art. 87 ust. 1 uzupełnia – *a contrario* – art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym wskazano, że wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę, ale przed upływem terminu do składania ofert.

Powyższe przepisy odnoszą się do zasady związania wykonawcy oświadczeniami zawartymi w ofercie oraz do zasady niezmienności oferty. Zasady te odnoszą się do elementów, które treścią oferty zostały objęte i w niej wyrażone.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający żądał złożenia formularza ofertowego, który standardowo zawiera ogólne zapewnienia o woli wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, oraz formularza „Wykaz płatności”. Nie żądał natomiast przedstawienia, nawet ogólnego, koncepcji wykonawcy, w jaki sposób te wymagania zostaną

zrealizowane. Zamawiający miał prawo sformułować założenia oferty w taki sposób. Jednak oznacza to, że Zamawiający zawierzył wykonawcom, że spełnią oni jego wymogi, nie widząc na tym etapie potrzeby kontroli ich oświadczeń poprzez zawarcie w ofercie dokładniejszego opisu sposobu wykonania zamówienia. Taka forma oferty odznacza się jednak wadą w postaci braku możliwości jej weryfikacji na podstawie zawartej w niej treści w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości w zakresie rzeczywistych założeń wykonawcy przy sporządzaniu oferty. Zamawiający może, jak w przypadku każdej oferty, skorzystać z instytucji wyjaśnień treści oferty i może (lub musi) przeprowadzić badanie poziomu ceny oferty. Wyjaśnienia te 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, tak 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 stanie faktycznym będącym podstawą sporu Odwołujący nie miał obowiązku przedstawienia w ofercie koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że na etapie składania ofert nie musiał mieć gotowych wszystkich i niezmiennych założeń tej koncepcji – mógł ograniczyć się właśnie do wstępnej, niedopracowanej w szczegółach, wersji służącej do wyceny ofert. Koncepcja ta, co najmniej do chwili zatwierdzenia projektu budowlanego przez odpowiednie organy budowlane albo innego momentu określonego w umowie z zamawiającym, może więc być dowolnie zmieniana m.in. w celu spełnienia wszystkich wymogów Zamawiającego – przynajmniej póki jej realizacja mieści się we wskazanej cenie. Tym samym pewne zmiany koncepcji realizacji zamówienia na etapie wyjaśnień nie są niedopuszczalne.

Oczywiście, jak już stwierdzono powyżej, nie oznacza to, że wykonawca w każdej chwili i dowolnie może zmieniać swoje wyjaśnienia. Niniejsza chwila w postępowaniu jest momentem, w którym Odwołujący powinien ostatecznie sprecyzować swoje założenia.

Izba zauważa tu, że powyższego rozstrzygnięcia nie należy interpretować jako stwierdzenia, że Zamawiający powinien przyjąć ofertę, której cena nie pozwoli zamówienia prawidłowo zrealizować – wręcz przeciwnie, Zamawiający po stwierdzeniu podstaw obligatoryjnego odrzucenia, ma obowiązek ją odrzucić. Musi jednak dokonać rzetelnej oceny zaoferowanej ceny.

Izba w niniejszym składzie podziela też pogląd wyrażony w wyroku z 16 października 2017 r., sygn. KIO 1995/17: „Izba wskazuje, że co do zasady, w ramach procesu wyjaśniania ceny ofertowej wykonawca odpowiada na wyartykułowane wątpliwości podmiotu zamawiającego, w tym odpowiada nierzadko na bardzo szczegółowe pytania. Oznacza to, że jego wyjaśnienia są ściśle związane z kierowanymi do niego przez zamawiającego pytaniami i trudno zakładać, że winien on wyjaśniać wszelkie składniki ceny – nawet te które nie budzą u zamawiającego żadnych wątpliwości. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie procedura wyjaśniania wątpliwości związanych z kształtowaniem wynagrodzenia jest bardzo specyficznym rozwiązaniem mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę na rażąco niskim poziomie, a więc cenę skalkulowaną w sposób nieprawidłowy, nierealny w sposób oczywisty i nie uwzględniający wszystkich czynników cenotwórczych. Takiej eliminacji nie powinny podlegać oferty zawierające ceny niskie, jednakże możliwe do uzyskania w standardowym procesie ofertowania i gwarantujące należyte spełnienie świadczenia. Kształtowanie cen jest bowiem, jak wskazywał Zamawiający i który to pogląd Izba podziela, elementem gry rynkowej pozwalającym wykonawcom na konkurowanie w ramach procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. W przeciwnym wypadku dochodziłoby do sytuacji, że każdy mechanizm racjonalizacji wysokości wynagrodzenia, każdy mechanizm uzyskiwania rabatów, procesy restrukturyzacji przedsiębiorstw, procedury naprawcze, czy wreszcie stosowanie dopuszczalnej prawem optymalizacji podatkowej skutkowałyby odrzuceniem oferty. W ocenie Izby wyjaśnienia kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie są li tylko formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego – a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia. Oznaczałoby to wówczas konieczność odrzucenia oferty z uzasadnioną ekonomicznie ceną ze względu na pewne braki procedury – a więc eliminowanie z przyczyn formalnych rzetelnie skalkulowanych ofert – pomimo faktu, że kontynuowanie tej procedury może przynieść cel,

jakim jest przedstawienie dowodów i wyjaśnień uzasadniających wysokość zaoferowanego wynagrodzenia (*vide* wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1336/17).”

W zakresie zarzutu dotyczącego nierównego traktowania wykonawców, jak też traktowania Odwołującego w sposób bardziej restrykcyjny niż pozostałych wykonawców, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie został wystarczająco sprecyzowany, by Izba mogła go rozpoznać. Niewystarczające jest tu samo poczucie pokrzywdzenia po stronie Odwołującego, lecz powinien on wskazać bardziej konkretne uzasadnienie, w których to elementach został potraktowany w sposób nierówny. Jak już wskazano powyżej, ocena danych wyjaśnień zawiera tak wiele niuansów zależnych od stanu faktycznego, że porównanie sytuacji dwóch lub więcej wykonawców musi być bardzo szczegółowe.

Co do zastrzeżenia przez poszczególnych wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec braku zarzutów odwołania, Izba nie badała tej kwestii. W odwołaniu została ona ujęta wyłącznie w kontekście nierównego traktowania Odwołującego, ale jak w przypadku poprzedniego zarzutu, stwierdzenie tej nierówności zależy od zbadania okoliczności faktycznych. Ogólnie, pod kątem równego traktowania, Izba może stwierdzić jedynie, że – poza kwestią formalną dotyczącą skutecznego zastrzeżenia tajemnicy – zakwalifikowanie danych informacji jako tajemnicy lub nie zależy od okoliczności obiektywnych, tj. dany rodzaj informacji posiada charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, albo też nie i dotyczy to wszystkich wykonawców. Przesłanki uznania danych informacji za tajemnicę zawiera art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przy czym w praktyce najczęściej pomija się, że ww. informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i inne muszą posiadać (obiektywną) wartość gospodarczą.

Bardziej przyjazną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 2 pkt 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, który tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje jako informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi: a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji; b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą; c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi

kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy. Istotna jest tu zwłaszcza przesłanka wymieniona w literze b).

Izba zwraca też uwagę, że ujawnienie informacji, które nie mają cech tajemnicy przedsiębiorstwa, jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z zasady jawności postępowania i jej ograniczeń jedynie w ramach wyjątku (art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych), niezależnym od wniesionych odwołań.

Co do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. Zamawiający podał uzasadnienie prawne (art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz faktyczne odrzucenia oferty – ww. 11 punktów oznaczonych jako Ad. 1- Ad. 11. Uzasadnienie to, jak można mniemać, zawiera wyjaśnienie, dlaczego Zamawiający podjął taką, a nie inną decyzję. To, czy jest ono dla Odwołującego lub innych wykonawców przekonujące, czy Odwołujący/inni wykonawcy się z nim zgadzają oraz to, czy jest ono prawidłowe merytorycznie, jest inną kwestią. Co zaś do stwierdzenia, że Odwołujący nie rozumie określić „pierwotne wyjaśnienia” itd., to Izba stwierdzenie to może uznać jedynie za wymówkę – Odwołujący składał dwukrotnie wyjaśnienia co do ceny, do których zresztą Zamawiający odnosił się bezpośrednio w swoim uzasadnieniu. Tym samym łatwo było wyjaśnienia te zidentyfikować.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyceny oferty.

Alternatywnie Izba mogłaby nakazać Zamawiającemu jedynie dokonanie ponownej, pogłębionej analizy i oceny wyjaśnień Odwołującego i sporządzenia jej uzasadnienia z uwzględnieniem kalkulacji, o której mowa powyżej. Jednak Izba przyjęła, że skoro Zamawiający takiej kalkulacji nie zawarł w dotychczasowym uzasadnieniu, nie posiada wystarczających informacji do jej dokonania. Tym samym nakazała dokonanie czynności dalej idącej, tj. dokonania dodatkowego wezwania Odwołującego do wyjaśnień poziomu ceny i założeń kalkulacji, które pozwolą Zamawiającemu na ww. pogłębioną analizę i dokładniejszą ocenę ceny oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: