

WYROK
z dnia 3 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Trakcja S.A., Polimex Mostostal S.A., Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 100 II p.; 00-807 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1; 10-101 Olsztyn**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) BUDIMEX S.A., 2) KZN Rail sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Trakcja S.A., Polimex Mostostal S.A., Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 100 II p.; 00-807 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Trakcja S.A., Polimex Mostostal S.A., Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 100 II p.; 00-807 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Trakcja S.A., Polimex Mostostal S.A., Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 100 II p.; 00-807 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Gmina Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1; 10-101 Olsztyn** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Olsztyn, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Rozbudowa zajezdni tramwajowej przy ul. Kołobrzeskiej 40 w Olsztynie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 października 2021 r., pod nr 2021/S 201-521061.

Dnia 7 stycznia 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 17 stycznia 2022 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Trakcja S.A., Polimex Mostostal S.A., Polimex Infrastruktura sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) zaniechaniu wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny konsorcjum wykonawców w składzie: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, KZN Rail Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie („konsorcjum Budimex” lub „wykonawca”), a w dalszej kolejności – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana przez konsorcjum Budimex nie jest rażąco niska – odrzucenia oferty,
- 2) dokonaniu przedwczesnego wyboru oferty konsorcjum Budimex, jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której oferta konsorcjum Budimex, w tym jej istotne części składowe, są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości ich wykonania, a zatem taka oferta powinna ostatecznie zostać odrzucona przez zamawiającego,
- 3) zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Budimex z postępowania, o ile ww. wykonawca nie udowodniłby, że jego zaangażowanie w inny sposób w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji,
- 4) zaniechaniu odrzucenia (a w konsekwencji wybór) oferty konsorcjum Budimex w sytuacji, w której ww. wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, o ile nie udowodniłby, że jego udział nie zakłóca konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Budimex do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („RNC”), pomimo iż istotne części składowe, a przez to i cała cena zaoferowana przez konsorcjum Budimex wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co też winno skutkować wezwaniem do

wyjaśnień, a następnie – o ile ww. wykonawca nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty konsorcjum Budimex, czego jednak zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów wskazanych w przedmiocie zamówienia, na co może wskazywać rażąco niska cena istotnych elementów składowych zamówienia, a w końcu także RNC samej ceny, co też winno skutkować odrzuceniem takiej oferty, czego jednak zamawiający zaniechał, czym naruszył ww. przepisy,
3. art. 85 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Budimex z postępowania, o ile ww. wykonawca nie udowodniłby, że jego zaangażowanie w inny sposób, w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji,
ewentualnie:
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 oraz art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia (a w konsekwencji wybór) oferty konsorcjum Budimex w sytuacji, w której ww. wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, o ile nie udowodniłby, że jego udział nie zakłóca konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, pomimo że zamawiający nie udostępnił innym wykonawcom dokumentacji powykonawczej dotyczącej innej części zajezdni, która wykonana została przez Budimex S.A., a informacje w której zawarte stawały tego wykonawcę w uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców pozycji, choćby poprzez znajomość zastosowanych i akceptowalnych przez zamawiającego rozwiązań technicznych, której to wiedzy nie posiadał m.in. odwołujący, a wynikające z tego ryzyka musiał uwzględnić w kalkulacji oferty, co skutkowało przeprowadzeniem postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, a zatem wybór wykonawcy niezgodnie z ustawą,
a w konsekwencji
5. art. 16 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
 - unieważnienie wyboru oferty konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszej,
 - powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

- odrzucenie oferty konsorcjum Budimex jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,

ewentualnie:

- odrzucenie oferty konsorcjum Budimex z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada przedmiotowi zamówienia (warunkom zamówienia),

ewentualnie:

- wezwanie konsorcjum Budimex do udowodnienia, że jego wcześniejsze inne zaangażowanie w przygotowanie zamówienia nie narusza uczciwej konkurencji,

ewentualnie:

- wezwanie konsorcjum Budimex do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym istotnych części składowych oferty.

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

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

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum Budimex (dalej: „przystępujący”).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż w postępowaniu nie ziściły się opisane w art. 224 ust. 2 Pzp przesłanki obligatoryjnej rozpoczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy. Niemniej jednak w dalszej części odwołania wykazane zostanie, że zamawiający powinien wszcząć względem konsorcjum Budimex procedurę wyjaśniającą z uwagi na rażąco niską wycenę istotnych części składowych oferty. Pomimo bowiem braku przekroczenia limitu 30%, z uwagi na wspomniane powyżej okoliczności, oferta Budimex jest niewiarygodna i budzi daleko idące wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej.

Konieczność wypracowania obiektywnego wzorca ma kluczowe znaczenie w kontekście powstania obowiązku badania ceny ofertowej wykonawcy. Gdyby bowiem uznać, że znaczenie dla zastosowania art. 224 ust. 1 Pzp mają jedynie subiektywne i wymykające się jakiegokolwiek racjonalnej ocenie wątpliwości zamawiającego, to należałoby zgodzić się, że czynności poszczególnych zamawiających na gruncie tego przepisu nie podlegają weryfikacji, a zamawiający korzysta z niczym nieograniczonej swobody. Dlatego też, dążąc do oceny działań lub zaniechań zamawiających na gruncie tego przepisu, niezbędne jest odwołanie się do wspomnianego powyżej wzorca. W praktyce sprowadzać się to powinno do uznania, że wystąpienie istotnych różnic cenowych w przypadku poszczególnych elementów składowych ceny ofertowej powinno (według tego wzorca), wzbudzić powinna wątpliwości zamawiającego (i prowadzić do uruchomienia procedury wyjaśniającej). Przesłanką zastosowania procedury, o której mowa w art. 224 ust. 1 Pzp jest wystąpienie wątpliwości w odniesieniu do części składowych, które mają charakter istotny. Kluczowe znaczenie w kontekście dokonywania oceny poziomu cenowego oferty pod kątem cen jednostkowych przypisać należy wpływowi składnika cenotwórczego na należne wykonawcy wynagrodzenie.

Rażąco niskie ceny jednostkowe uzasadniają odrzucenie oferty danego wykonawcy, nawet jeśli cena końcowa nie odbiega od średniej arytmetycznej ofert lub szacunkowej wartości zamówienia. „Istotność” części składowych, o której mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, jest zatem okolicznością niezależną od tego, czy cena końcowa ma charakter rażąco niski, czy też nie.

Podsumowując – za niczym nieuzasadnione uznać należy zaakceptowanie przez zamawiającego oferty, której istotne części składowe mają rażąco niski charakter. Bez znaczenia jest, że cena końcowa tej oferty nie wygenerowała konieczności wszczęcia obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego. Wykonawca Budimex zbudował swoją ofertę w oparciu o rażąco zaniżone, nierynkowe i nierealne do uzyskania wartości poszczególnych pozycji (składających się na kluczowe części zakresu przedmiotowego), co powinno zostać zweryfikowane przez zamawiającego w ramach procedury wyjaśniającej.

W ocenie odwołującego uwagę zamawiającego winna zwrócić przede wszystkim wycena pozycji II.5 „Elektroenergetyka, oświetlenie etap I” oraz III.2 „Infrastruktura tramwajowa Etap II”. Wartość oszacowanych przez konsorcjum Budimex ww. pozycji istotnie odbiega bowiem od rynkowych cen, a także rzetelnie przygotowanej oferty odwołującego. Odwołujący przedstawił porównanie wskazanych cen:

Lp.	ZAKRES	TRAKCJA	BUDIMEX	Różnica	Różnica %
		Wartość BRUTTO	Wartość BRUTTO		
II.5	Elektroenergetyka, oświetlenie Etap I	4 177 726,65 zł	1 421 913,73 zł	- 2 755 812,92 zł	65,96%
III.2	Infrastruktura tramwajowa Etap II	7 971 411,19 zł	3 385 573,13 zł	- 4 585 838,06 zł	57,53%

Po pierwsze, już na wstępie należy zaznaczyć, na co wielokrotnie zwracała również uwagę Krajowa Izba Odwoławcza, za błędne należy uznać „*opieranie się wyłącznie na językowej wykładni ww. uregulowania i stosowanie tego rodzaju porównania [wartości części do wartości całej ceny – Autor] w celu ustalenia istotnych części składowych ceny (kosztu) oferty, bez odwołania się do innych kryteriów czy okoliczności*”. Jak uzasadniła bowiem Izba choćby w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 roku, KIO 2678/18: „*Wynika to z tego, że im bardziej dana część składowa ceny oferty jest zaniżona, tym mniejszy jest jej udział procentowy w całkowitej cenie oferty*”. Dokonanie oceny powinno następować zatem przy zastosowaniu różnych kryteriów, także biorąc pod uwagę skutki, jakie niesie ze sobą niewykonanie lub nienależyte wykonanie danej części zamówienia.

W powyższym kontekście – i po drugie – zauważyć trzeba, że niewykonanie wskazanych w tabeli porównawczej istotnych części uniemożliwi korzystanie z przedmiotu zamówienia i uczyni go całkowicie niezdatnym do użytku. Wynika to z prostego faktu, że analizowane zamówienie dotyczy rozbudowy zajezdni tramwajowej. Oznacza to, że wykonanie takich prac jak elektroenergetyka oraz infrastruktura tramwajowa, w tym podstacji trakcyjnej, jest

nierozerwalnie związane z istotą przedmiotu zamówienia publicznego w tym postępowaniu. Podobny skutek odniesie nieprawidłowe wykonanie ww. części wynikające choćby z nieprzewidzenia odpowiednich kosztów, które muszą zostać poniesione w tym zakresie.

Po trzecie, o istotności tych części zamówienia świadczy niewątpliwie również fakt, że to właśnie te części zamawiający zdecydował się wyróżnić i wskazać na nie w RCO. Nie budzi wątpliwości, że zamawiający wyszczególnił takie części zamówienia, które – jeśli spojrzeć na ich przedmiot (np. obiekty kubaturowe a infrastruktura tramwajowa) – różnią się od siebie.

Biorąc pod uwagę powyższe, w odniesieniu do pozycji „elektroenergetyka, oświetlenie etap I” warto dodatkowo zauważyć, że zamawiający w tym postępowaniu zrezygnował z budowy nowej podstacji STT6. Oznacza to, że zasilanie rozbudowywanej części zajezdni przewiduje się wykonać w oparciu o istniejącą podstację STT3. W związku z tym, w celu zapewnienia zasilania nowo projektowanym obiektom, należy rozbudować istniejące wyposażenie podstacji STT3. Rozbudowa podstacji STT3 jest kluczowym zakresem robót dla przedmiotowej inwestycji. Podstacja STT3 będzie zasilala bowiem sieć trakcyjną, oświetlenie terenu zajezdni, rozdzielnię główną zajezdni, rozdzielnię główną myjni, złącza kablowe w budynku administracji i budynku warsztatowym. Rozbudowa podstacji jest konieczna w celu zapewnienia zasilania istniejącym budynkom administracji i warsztatowemu, a także projektowanym budynkom hali serwisowej i postojowej oraz myjni autobusowej. W ramach realizacji przedmiotowego zamówienia w podstacji trakcyjnej STT3 należy rozbudować rozdzielnicę prądu stałego o dwa pola zasilaczy służących do wyprowadzenia zasilania dla rozbudowywanej sieci trakcyjnej dla zajezdni. Brak zasilania sieci trakcyjnej uniemożliwi ruch tramwajów. Tym samym, niewątpliwym jest, że pozycja zestawienia ceny II.5 stanowi istotną część składową ceny oferty. Jej brak czyni bowiem niezdanym przedmiot zamówienia do użytkowania.

Do analogicznych wniosków należy również dojść w przypadku oceny pozycji III.2 „Infrastruktura tramwajowa Etap II”. Zauważyć bowiem trzeba, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału II OPZ pkt 2 – zakres roboty budowlane Etapu II obejmuje wykonanie takich elementów jak:

- (a) wykonanie kompleksowe hali naprawczej wraz z zapleczem magazynowym i socjalnym,
- (b) dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń i instalacji w budynku hali naprawczej i części socjalnej,
- (c) wykonanie systemu sterowania zwrotnic na zajezdni tramwajowej,
- (d) uruchomienie systemu sterownia ruchem na zajezdni tramwajowej.

Zgodnie z powyższymi zapisami i treścią dokumentacji projektowej, za nieodłączny element „infrastruktury tramwajowej” należy uznać również torowisko tramwajowe i sieć

trakcyjną wykonaną w ramach kompleksowej budowy hali naprawczej oraz wykonanie systemu sterowania zwrotnic na zajezdni tramwajowej.

Oceniając zatem charakter i zakres prac, jakie wykonane muszą zostać w ramach pozycji ceny „infrastruktura tramwajowa”, nie ulega wątpliwościom, że są to elementy kluczowe pod kątem prawidłowości i funkcjonalności całego przedmiotu zamówienia.

Istotne części składowe ceny oferty Konsorcjum Budimex.

Odnosząc się do pozycji II.5 „Elektroenergetyka, oświetlenie Etap I” odwołujący zauważa, iż w ramach tej pozycji wykonawcy winni byli uwzględnić w wycenie wykonanie takich elementów jak:

- Rozbudowa podstacji trakcyjnej STT3,
- Przebudowa i budowa sieci telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych,
- Przebudowa i budowa oświetlenia,
- Przebudowa i budowa kabli trakcyjnych.

Wskazany powyżej podział zakresu robót wchodzący w skład analizowanej pozycji wynika wprost z PFU stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ oraz dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 4 do SWZ. Projekt wykonawcy będący jej częścią został bowiem podzielony na następujące części, które odzwierciedlają roboty do ujęcia w punkcie II.5:

- Sieć elektroenergetyczna oraz oświetlenie terenu;
- Przebudowa sieci telekomunikacyjnej i rozbudowa monitoringu wizyjnego dla potrzeb zajezdni;
- Sieć trakcyjna oraz kable trakcyjne (w zakresie kable trakcyjne).

Wykazanie rażącego zaniżenia analizowanych prac przez konsorcjum Budimex oparte będzie na kalkulacjach odwołującego, który uzyskał rynkowe i prawidłowe oferty podwykonawców, a także w sposób rzetelny wycenił prace do wykonania. Co więcej, w niektórych sytuacjach sam koszt materiałów niezbędnych do realizacji prac jest bliski cenie przyjętej za daną pozycje przez ww. wykonawcę. W tej sytuacji pojawia się oczywiście pytanie co z kosztami robocizny, sprzętu i usług towarzyszących, które niejednokrotnie są nawet wyższe od wartości materiałów.

W tym miejscu odwołujący przedstawił argumentację i powołał się na dowody, które zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa.

Analiza powyższych, rynkowych cen dla wskazanych pozycji, prowadzi do wniosku, iż wartości robót określone przez konsorcjum Budimex nie pokrywają z rzeczywistymi kosztami, jakie zostaną poniesione na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Ewentualnie konsorcjum Budimex nie uwzględniło w swojej ofercie wszystkich kosztów, które będzie musiało ponieść wraz z realizacją zadania. Oznacza to, że zamawiający winien był zbadać wskazane pozycje oferty konsorcjum Budimex pod kątem rażąco niskiej ceny. Nie da się bowiem nie zauważyć, że tak niska wycena istotnych części składowych przedmiotu

zamówienia uniemożliwia *de facto* jego realizację w sposób prawidłowy oraz zgodny z wymaganiami zamawiającego.

Wobec tego, nie może ulegać żadnym wątpliwościom, że zamawiający winien był zbadać ofertę konsorcjum Budimex pod kątem rażąco niskiej ceny. Brak wezwania konsorcjum Budimex do złożenia odpowiednich wyjaśnień czyni czynność wyboru tej oferty za bezpodstawną i niezgodną z przepisami ustawy Pzp.

Z wyżej opisanych względów, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, odnosząc się do przedmiotowego zarzutu wskazał, co następuje.

W ocenie odwołującego zamawiający zobowiązany był wyzwania Budimex zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z uwagi na rażąco niską wycenę istotnych części składowych oferty. Jednocześnie odwołujący zauważa, że różnica pomiędzy ofertą odwołującego, a ofertą Budimex, nie przekracza limitu 30%.

W uzasadnieniu zarzutu, odwołujący wskazał, że poszczególne rodzajowe zakresy robót, zawierające rażąco niskie istotne części składowe cen w ofercie Budimex to: 1) elektroenergetyka, oświetlenie etap I (pozycja II.5), oraz 2) infrastruktura tramwajowa etap II (pozycja III.2).

Wartość tych pozycji zestawienia, które zdaniem odwołującego przedstawiają wartości nierynkowe lub rażąco niskie została porównana z wartością przezeń proponowaną. Niewątpliwie, jedną ze stosowanych w praktyce metod oceny, czy oferta jest rażąco niska, która jest powszechnie uznaną za obiektywną i weryfikowalną, jest porównanie ceny danej oferty ze średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert w postępowaniu. Niemniej jednak sporządzone przez odwołującego zestawienie, w szczególności zważywszy na to, że tyczy się zaledwie dwóch ofert, nie stanowi dowodu, iż w istocie doszło do rażącego zaniżenia wartości tych pozycji skutkującego rażąco niską ceną oferty. Istotne jest, że wynagrodzenie przewidywane za wykonanie przedmiotowego zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Zamówienie realizowane natomiast jest w systemie zaprojektuj i wybuduj. Powoduje to daleko idące konsekwencje, w szczególności polegające na niemożności argumentacji o wadliwej wycenie danego elementu, w określonej pozycji formularza cenowego, ponieważ z natury rzeczy formularz taki ma wyłącznie charakter pomocniczy.

W związku z powyższym nawet w przypadku wskazania zbyt niskiej ceny za wykonanie któregoś z jej elementów nie skutkuje to automatycznie uznaniem całej ceny za rażąco niską. Co więcej rozbieżności, co do wyceny poszczególnych elementów przy zamówieniu o tak dużej skali i wartości nie są niczym nadzwyczajnym i traktować je należy jako element zwykłej gry rynkowej w konkurencyjnym postępowaniu. Stopień skomplikowania inwestycji, różnorodność zakresów wielobranżowych prac, może skutkować ustaleniem przez wykonawców cen jednostkowych w zestawieniu na różnych poziomach. Przedmiotem

zamówienia nie jest wykonanie poszczególnych elementów z pozycji zestawienia, a wykonanie całego obiektu budowlanego w formule zaprojektuj i wybuduj w cenie ryczałtowej, stąd też w efekcie zamawiający winien badać przede wszystkim cenę całkowitą.

Ewentualne zaniżenie ceny jakiegoś elementu oferty, w tym ceny jednostkowej, może mieć znaczenie istotne tylko wówczas, gdy wywiera ona wpływ na całą cenę oferty w ten sposób, że wykonanie z należytą starannością zamówienia za cenę wskazaną w ofercie wydaje się niemożliwe. Innymi słowy musi to mieć przełożenie na cenę całej oferty, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Różnice pomiędzy ofertą Budimex i ofertą odwołującego są niewielkie globalnych odnoszonych do ceny całej oferty to jest zamówienie podstawowe oraz opcja, około 15%. W przypadku zamówienia podstawowego jest to mniej niż 9%. Zwraca uwagę okoliczności, że rozbieżności cenowe, nazwane przez zamawiającego Zestawieniem Cen Ofertowych, sporządzone zostało wg wzoru zamawiającego, na bardzo wysokim poziomie ogólności gdyż zawiera łącznie 8 (słownie: osiem) pozycji. Analizując zestawienia złożone przez obu wykonawców, nie sposób nie dostrzec, że w niektórych pozycjach ceny odwołującego są znacząco tańsze od konsorcjum Budimex.

Są to pozycje:

1. II.4 Budowa i przebudowa uzbrojenia wod-kan etap pierwszy:

Budimex: 5.401.655,60 PLN, Trakcja: 4.828.434,47 PLN

2. II.6: Zagospodarowanie terenu i prace wykończeniowe Etap I:

Budimex: 2.018.262,09 PLN; Trakcja: 1.395.479,934 PLN.

Jak wskazano wcześniej, dowodzi to jedynie istnienia naturalnych różnic, będących wyrazem gry rynkowej. W przypadku ceny ryczałtowej oraz Zestawienia Cen Ofertowych o tak wysokim poziomie ogólności, jak w niniejszym postępowaniu, nie są to w ogóle ceny jednostkowe (brak jednostek, brak ilości itd. – elementów niezbędnych w ogóle dla zaistnienia pojęcia „ceny jednostkowej”). Zamawiający nie żądał w SWZ wyceny poszczególnych elementów zestawienia ceny ofertowej w wartościach zawierających wszystkie koszty związane z realizacją danego elementu. Przeciwnie w Rozdziale XVII SWZ pkt 8, wymaga, aby wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia były ujęte w cenie ryczałtowej całej oferty, a nie w cenach poszczególnych jej elementów.

Co więcej, nazwy poszczególnych elementów, czy też raczej zakresy, określone w kolumnie 2 zestawienia cen ofertowych, nie zostały nigdzie precyzyjnie zdefiniowane. Żaden zapis specyfikacji nie zakazuje wykonawcy przykładowo ujęcia części robót związanych z infrastrukturą tramwajową Etapu II w infrastrukturze tramwajowej etapu pierwszego, czy też ujęcia robót związanych z infrastrukturą tramwajową w robotach drogowych, czy odwrotnie. Konstatacja tego faktu *a limine* wyklucza w ogóle możliwość skutecznego postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny odnoszącej się do istotnej części składowej oferty, bo każdy z wykonawców był uprawniony do interpretowania tej istotnej

części składowej inaczej. Skoro zamawiający formułuje wyjaśnienia odnoszące się do zestawienia cen ofertowych w taki sposób, że to od wykonawcy zależy jakie roboty branżowe ujmie w danym punkcie, to oznacza to daleko idącą swobodę wykonawcy.

Powyższe wątpliwości dotyczące rażąco niskiej ceny odwołujący odnosi również do niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Należy jednak zwrócić uwagę, że tego rodzaju wnioskowanie jest w ogóle nieuprawnione. Zarzut rażąco niskiej ceny to zarzut rażąco niskiej ceny, a zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia dotyczy zupełnie innej sytuacji. Nieuprawnione jest nawet z faktu nieprawidłowej wyceny wywodzenie wniosku, że zakresem oferty nie objęto całości wymaganego przez zamawiającego oświadczenia wykonawcy.

W praktyce postępowań o udzielenie zamówień publicznych zdarza się, że analiza wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny prowadzi do wniosku, że niska cena jest wynikiem braku zaoferowania wymaganego zakresu świadczenia, ale jest to możliwe wyłącznie po uzyskaniu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a nie w sytuacji, gdy takich wyjaśnień nie ma, bo nie ma w ogóle podstaw do sformułowania wezwania. W aktualnej sytuacji w niniejszym postępowaniu, postawienie takiego zarzutu równa się uprawianiu „kabalistyki”, a nie wywodzeniu z faktów i dowodów, których w postępowaniu po prostu nie ma (bo nie było wezwania).

Przystępujący – konsorcjum Budimex – wskazał, iż abstrahując od prawidłowości wyceny dokonanej przez przystępującego w każdym z elementów prezentowanych w Zestawieniu Cen Ofertowych i błędnym przypisywaniu przez odwołującego cenom zaoferowanym w pkt II.5. i III.2 Zestawienia Cen Ofertowych roli istotnych części składowych, zarzut skonstruowany przez odwołującego w tym zakresie nie zawiera wykazania podstawowego elementu warunkującego w ogóle możliwość wdrożenia dyspozycji art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji bez dalszej analizy winien podlegać oddaleniu. Odwołujący w żadnym miejscu wniesionego odwołania nie odniósł się bowiem do całkowitej ceny ofertowej przystępującego, nie wskazując na jej rzekomo nierealistyczny charakter, podczas gdy możliwość kwestionowania części składowych ceny jest ściśle skorelowana właśnie z wykazaniem nieprawidłowości ceny całkowitej, co jest szczególnie istotne zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, z którym mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Powyższa zasada została wypracowana na gruncie konsekwentnych stanowisk orzeczniczych w tym zakresie, które jednoznacznie wskazują, że o rażąco niskiej cenie danego elementu można mówić wówczas jeśli ta wycena przekłada się na zniżenie ceny całkowitej oferty czyniąc ją nierealistyczną (tak np. wyrok KIO z dnia 21.12.2018 r., sygn. akt KIO 2516/18 czy wyrok KIO z dnia 24.11.2017 r., sygn. akt KIO 2361/17). W sposób dobitny

zasadę tę wyartykułowała KIO w wyroku z dnia 16.09.2019 r. (sygn. akt KIO 1669/19, KIO 1679/19, KIO 1682/19).

Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być w istocie wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej (tak: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021), które w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca, a odwołujący nie podjął nawet próby dowodzenia w takim kierunku, nie nawiązując do tego aspektu w żadnym miejscu uzasadnienia odwołania. W przedmiotowym przypadku, cena całkowita zaoferowana przez odwołującego nie odbiega bowiem w znaczący sposób od średniej arytmetycznej złożonych ofert czy od wartości szacunkowej zamówienia, nie zbliżając się nawet do ustawowego pułapu stanowiącego domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny (odbiegając od tych wartości odpowiednio o ok. 9% i 20%).

W konsekwencji, nawet jeśli wycena przywoływanych przez odwołującego zakresów prac miałyby zostać zakwalifikowana z jednej strony jako istotna część składowa, z drugiej jako nosząca znamiona rażąco niskiej - czemu przystępujący stanowczo zaprzecza - to odwołujący musiałby jeszcze wykazać, że ma to przełożenie na zasadność uznania globalnej wartości ofertowej jako rażąco niskiej. Odwołujący w żadnym miejscu wniesionego odwołania nie podważył jednak realistycznego charakteru zaoferowanej przez przystępującego ceny całkowitej na poziomie 106.586.880,00 zł brutto, co niweczy skuteczność podnoszonych w zakresie zarzutów, co do samej zasady.

Po drugie, nie sposób też zgodzić się z odwołującym, aby wycena pozycji II. 5 (Elektroenergetyka, oświetlenie Etap I) oraz pkt III.2 (Infrastruktura tramwajowa Etap II) Zestawienia Cen Ofertowych, wypełniała definicję „istotnej części składowej” w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazał sam odwołujący w pkt 13 uzasadnienia odwołania *„kluczowe znaczenie w kontekście dokonywania oceny poziomu cenowego oferty pod kątem cen jednostkowych przypisać należy wpływowi składnika cenotwórczego na należne wykonawcy wynagrodzenie”*. W konsekwencji, to właśnie procentowy udział danego składnika kosztotwórczego w cenie ofertowej ma nadrzędne znaczenie dla jego kwalifikacji, jako istotnej części składowej. W przedmiotowym przypadku, znaczenie elementów kwestionowanych przez odwołującego, dotyczących pozycji II. 5 (Elektroenergetyka, oświetlenie Etap I) oraz pkt III.2 (Infrastruktura tramwajowa Etap II) Zestawienia Cen Ofertowych, w kontekście ceny całkowitej nie przekraczało kilku procent, cechując się zdecydowanie mniejszym znaczeniem w jej budowaniu niż pozostałe zakresy zdefiniowane przez zamawiającego w ramach Zestawienia Cen Ofertowych.

Odwołujący, mając niewątpliwą świadomość nikłego przełożenia tych elementów na cenę całkowitą, w ramach pkt 21 uzasadnienia odwołania próbował kwestionować zasadność badania udziału procentowego danego składnika cenowego w cenie całkowitej, wskazując, że zaniżenie tego składnika przez analizowanego wykonawcę może wpłynąć na niezasadne

zmniejszenie jego udziału w cenie całkowitej. W przedmiotowym przypadku ryzyko wyprowadzenia błędnych wniosków bazujących na takim kryterium jest jednak wyłączone, o tyle, że kalkulacje odwołującego, jak i przystępującego są w tym zakresie w istocie zbieżne - żaden z wykonawców pozycjom II.5 czy III.2 Zestawienia Cen Ofertowych nie przypisuje bowiem większego znaczenia w kontekście swojej ceny ofertowej. Już sama ta okoliczność świadczy w konsekwencji o tym, że nie można przypisać tym elementom charakteru istotnych części składowych w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, wyszczególnionym przez odwołującego zakresom z Zestawienia Cen Ofertowych nie sposób też przypisać szczególnie istotnego rzeczowego charakteru, mającego wyróżniać te elementy spośród innych zakresów niezbędnych do wykonania. Odwołujący próbuje wyrzeć wrażenie, że wyszczególnione przez niego zakresy stanowią „istotę” przedmiotu zamówienia, tyle, że argumentacja, którą się w tym zakresie posługuje obrazuje tylko, że takie samo znaczenie należałoby przypisać każdemu z zakresów znajdujących się w Zestawieniu Cen Ofertowych. Zgodnie z twierdzeniami samego odwołującego kryterium mającym świadczyć o znaczeniu danego zakresu miałyby być takie okoliczności jak: uniemożliwienie korzystania z przedmiotu zamówienia i uznanie go niezdatnym do użytku (pkt 23 i 26 uzasadnienia odwołania), wyróżnienie i wskazanie na daną część przez zamawiającego w ramach RCO (pkt 24 uzasadnienia odwołania), znaczenie pod kątem prawidłowości i funkcjonalności całego przedmiotu zamówienia (pkt 29 uzasadnienia odwołania).

W konsekwencji, kierując się takim sposobem wyróżniania danych zakresów jako istotnych części składowych należałoby stwierdzić, że każda z jedenastu pozycji wskazanych w Zestawieniu Cen Ofertowych musiałaby być kwalifikowana jako istotna część składowa. Zamawiający zdecydował się wszak na wyróżnienie wszystkich 11 pozycji w ramach Zestawienia Cen Ofertowych, bez realizacji którejkolwiek z wymienionych w Zestawieniu pozycji inwestycja nie będzie też zdatna do funkcjonowania w zakładany sposób, w tym niemożliwe będzie uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Co za tym idzie, każdy z elementów wyszczególnionych w Zestawieniu Cen Ofertowych stanowi równie istotną, nieodłączną część przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest wybudowanie budynku hali postojowej i hali serwisowej (naprawczej) [Etap I] oraz wykonanie i doposażenie hali serwisowej (naprawczej) [Etap II], stąd trudno zgodzić się z forsowaną przez odwołującego tezą, że istota zamówienia sprowadza się do zakresu elektroenergetyki i infrastruktury tramwajowej, skoro chociażby bez prac projektowych i robót budowlanych czy prac koniecznych do ich rozpoczęcia w ogóle nie istniałyby hale mające pełnić określone funkcje, a infrastruktura tramwajowa byłaby wówczas w istocie zbędna. Bez doprowadzenia innych mediów niż te, na które wskazuje odwołujący hale nie mogłyby z kolei pełnić zakładanych funkcji, stąd cel inwestycji również zostałby zniweczony.

Izba uznała zarzut za bezzasadny. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego i przystępującego.

Z przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący podniósł, iż w związku z okolicznością, że w ramach dwóch części składowych oferty przystępującego, ceny są niższe od oferty odwołującego o określony procent, to zachodzi przesłanka określona ww. przepisem. Jednakże uwadze odwołującemu uszło, iż charakter przedmiotowego zamówienia przerzuca na wykonawcę całokształt obowiązków związanych z prawidłowym oszacowaniem ceny oferty. Formuła zamówienia określona jako „zaprojektuj i wybuduj”, daje tę przewagę wykonawcom, że wykonawca w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację, w tym w szczególności PFU, ma swobodę w takim ukształtowaniu oferty, że układ kalkulacji poszczególnych elementów wyceny pozycji ofertowych jest ustalany w oparciu o indywidualne właściwości przypisane danemu wykonawcy. To wykonawca, w oparciu o swój potencjał, *know-how*, kontakty biznesowe oraz współpracę z innymi podmiotami na rynku ma pełną wiedzę o możliwościach realizacji danego zamówienia za określoną kwotę. Projekt biznesowy, jakim z całą pewnością jest realizacja zamówienia publicznego, wymusza na wykonawcach wzięcie pod uwagę osiągnięcie godnego zysku, takim założeniem jest bowiem cel prowadzenia działalności gospodarczej.

Jak słusznie wskazali zamawiający i przystępujący, odwołujący nie zakwestionował ceny całkowitej oferty, a to oznacza, że nie kwestionuje możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę przystępującego. Okoliczność, iż przystępujący rozłożył w inny sposób ciężar realizacji zamówienia nie stanowi jeszcze przesłanki o stwierdzeniu RNC, tym bardziej, że jak to wynika z porównania cen tych dwóch wykonawców na płaszczyźnie wszystkich porównywalnych elementów zamówienia, daje się zauważyć, że odwołujący przewidział niższą cenę za inne elementy niż przystępujący.

Tym samym porównanie takie, jakie proponuje odwołujący, nie jest zasadne. W zakresie bezzasadności stanowiska odwołującego należy przywołać wyrok Izby z dnia 26 lutego 2021 r., w sprawie KIO 28/21, KIO 32/21, w którym Izba wskazała, iż *„Zauważyć jednak trzeba, że aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu w trybie art. 90*

ust. 1 ustawy Pzp, należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty (...). Analizując porównawczo ceny (netto) ofert stwierdzić należy, że każdy z wykonawców w sposób charakterystyczny dla siebie przy uwzględnieniu potencjału właściwego dla danego wykonawcy, ustalił ceny za poszczególne elementy w sposób różny od konkurencji. Zdaniem Izby, każdy z wykonawców, znając swoje możliwości, po przeanalizowaniu całości dokumentacji z postępowania, przy uwzględnieniu profesjonalizmu firm ubiegających się o udzielenie zamówienia, miał podstawy do kalkulacji oferty w sposób, który umożliwił mu realizację całego zamówienia za cenę podaną w ofercie, uwzględniając zysk, jaki przewiduje osiągnąć przy przedmiotowym zadaniu”, potwierdzony wyrokiem SO w Warszawie, z dnia 31.08.2021 r., sygn. akt Zs 42/21 gdzie Sąd wskazał, że „(...) jeżeli poszczególne ceny jednostkowe są niskie, ale nie znajduje to przełożenia na cenę oferty oraz możliwość wykonania całej umowy, brak jest podstaw do wyjaśnienia tej ceny. Innymi słowy, zarzut „niewykonalności” danego elementu oferty za określoną cenę jest niewystarczający sam w sobie dla uznania go za uzasadniający wyjaśnienie ceny. Oferty wykonawców zostały sporządzone w zależności od ich potencjału, indywidualnych uwarunkowań różnią się w poszczególnych aspektach. W realiach sprawy różnice w kosztorysach ofertowych poszczególnych wykonawców mogą wynikać z przyjętej przez nich technologii wykonania robót, posiadania przez nich niezbędnego sprzętu i cen uzyskiwanych od dostawców na materiały i niezbędne urządzenia, a także wewnętrznej organizacji oraz związanych z nią kosztów”.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp, Izba uznała za bezzasadny.

Izba wskazuje, że odwołujący w żadnym miejscu odwołania, ani na rozprawie, nie wskazał konkretnych elementów oferty przystępującego, które były niezgodne z warunkami zamówienia. Ogólne odnoszenie potencjalnej niezgodności wywodzonej z zarzutu RNC, nie może się bronić, gdyż wskazany przepis stanowi odrębną przesłankę określoną przez ustawodawcę. Wobec braku jakichkolwiek dowodów w tym zakresie, stwierdzić należało, jak na wstępie.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 85 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, ewentualnie zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 oraz art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż Budimex S.A. był wykonawcą pierwszej z części zajezdni, z której rozbudową obecnie mamy do czynienia.

Zdaniem odwołującego, Budimex na potrzeby budowy zajezdni przygotowywał m.in. dokumentację projektową, która to zawiera już konkretne, zaakceptowane przez

zamawiającego rozwiązania. W dokumentacji obecnego postępowania zamawiający zastrzegł sobie prawo do akceptacji proponowanych przez wykonawców rozwiązań, co oczywiście rodzi po stronie każdego wykonawcy (poza Budimexem, który zna rozwiązania akceptowane przez zamawiającego) znaczną sferę niepewności, a przez to i ryzyka, które musi zostać uwzględnione i wycenione w ofercie. Zachowanie zamawiającego polegające na nieudostępnieniu dokumentacji powykonawczej jest co najmniej wątpliwe i zastanawiające. Tym bardziej, że podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu zwróciły się w drodze pytań do zamawiającego z prośbą o przekazanie dokumentacji powykonawczej dot. zajezdni . Spotkali się oni jednak z odmową, w której zamawiający wskazał jedynie, że dokumentacja ta nie jest niezbędna do prawidłowego przygotowania oferty w niniejszym postępowaniu, co *per se* w sobie zawiera stwierdzenie, że może być ona jednak przydatna/pomocna do wyceny realizacji zamówienia.

Takie zachowanie zamawiającego musi budzić zdziwienie tym bardziej, że w orzecznictwie sądów administracyjnych zasadniczo powszechnie przyjmuje się, że dokumentacja projektowa (powykonawcza), stanowiąca przecież podstawę decyzji o dopuszczeniu do użytkowania, powinna zostać udostępniona np. w trybie dostępu do informacji publicznej . Co więcej, zgodnie z brzmieniem § 19 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego: Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje: (...) dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek. Tym samym Zamawiający niejako „sam z siebie” miał obowiązek taką dokumentację uczestnikom postępowania przekazać. Tego jednak zaniechał, z czego niewątpliwie korzyść odniósł jeden oferent – konsorcjum Budimex.

W świetle powyższych okoliczności absolutnie niezrozumiała wydaje się – po pierwsze – odmowa udostępnienia tych dokumentów przez zamawiającego, których posiadanie – po drugie i co najważniejsze – faworyzowało i uprzywilejowało konsorcjum Budimex na etapie składania ofert. Dlatego też przedmiotowy zarzut należy uznać za w pełni zasadny.

Co oczywiste, to, że konsorcjum Budimex weźmie ostatecznie udział w postępowaniu, w tym złoży ofertę i będzie ubiegać się o uzyskanie tego zamówienia, okazało się dopiero po tym, jak te oferty zostały złożone.

Zamawiający, odnosząc się do przedmiotowego zarzutu wskazał, iż odwołujący zbudował zarzut w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ustawy Pzp (bez wskazania w zarzucie, o który ustęp artykułu 85 ustawy Pzp chodzi). Artykuł 108 ustęp jeden pkt 6 ustawy Pzp odwołuje się w całości do artykułu 85 ustęp 1 ustawy Pzp zgodnie z jego literalnym brzmieniem: 6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, (...) oraz art. 85 ust. 1: Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Aby skutecznie postawić zarzut w oparciu o wskazane przepisy, odwołujący przede wszystkim musiałby wykazać, że Budimex w jakikolwiek sposób doradzał albo był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia. Tymczasem zarzut dotyczy okoliczności, że zamawiający zaniechał przekazania odwołującemu dokumentacji powykonawczej zajezdni, która została wykonana w 2015 roku, to jest ponad 6 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania. Jak należy rozumieć, wykonawca Budimex pozostaje uprzywilejowany, zdaniem odwołującego, gdyż jest w posiadaniu tej dokumentacji, to znacząco ułatwiło mu sporządzenie oferty w niniejszym postępowaniu. Abstrahując od tego, czy faktycznie tak jest w sferze faktów, to tak zarysowe okoliczności faktyczne w żaden sposób nie kwalifikują się do zarzutu opartego o artykuł 108 ust. 1 punkt 6 w zw. z artykułem 85 ustawy Pzp. Odwołujący mógłby ewentualnie zaskarżyć, w drodze środka ochrony prawnej, odmowę udostępnienia przedmiotowej dokumentacji przez zamawiającego, w wyniku wniosku wykonawcy o wyjaśnienie SWZ. Nie dość zatem, że zarzut w żaden sposób nie przystaje do hipotezy norm prawnych wskazanych w zarzucie, to jeszcze jest zarzutem spóźnionym. Notabene wskazuje na to sam odwołujący w akapicie 54 uzasadnienie odwołania, w którym wskazuje, że zamawiający odmówił udostępnienia wnioskowanej dokumentacji powykonawczej wskazując, że nie jest niezbędna do prawidłowego przygotowania oferty w niniejszym postępowaniu. Skoro wykonawca – odwołujący, nie zaskarżył tej odmowy, to znaczy że zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego i dokumentacja ta nie była mu potrzebna do sporządzania oferty. Obecnie próba zbudowania zarzutu w oparciu o artykuł 85 poczytywać można, co najwyżej, jako

niedopuszczalną próbę przywrócenia terminu do wniesienia spóźnionego środka ochrony prawnej.

W sferze merytorycznej zarzut jest chybiony głównie dlatego, że przedmiotem zamówienia nie jest rozbudowa ani przebudowa zajezdni wykonanej w 2015 roku. Zamawiający nie przewidział w niniejszym postępowaniu obowiązku zapewnienia kompatybilności nowej części zajezdni z obecnie istniejącą, a tym samym wiedza odnośnie sposobu realizacji ówczesnej inwestycji nie ma znaczenia z punktu widzenia obecnej inwestycji. Informacje niezbędne do realizacji „nowej” zajezdni zostały kompleksowo opisane w PFU. Budowana zajezdnia przeznaczona będzie dla nowego taboru tj. tramwajów typu Panorama produkowanych przez turecką firmę Durmazlar, których parametry różnią się od dotychczas posiadanych przez zamawiającego tramwajów typu Tramino firmy Solaris. W związku z tym zamawiający, pomimo użycia w tytule projektu słowa „rozbudowa” przewidział stworzenie niezależnej hali i torowiska (wraz z urządzeniami niezbędnymi do zapewnienia funkcjonowania nowych tramwajów), która łączyć się będzie z dotychczas istniejącą infrastrukturą jedynie w punktach styku torów tj. wspólnych rozjazdach oraz poprzez przyłącza sieci trakcyjnej, w odniesieniu do powyższego stosowne dokumenty zostały uwzględnione w PFU i przekazane wykonawcom. W pozostałym zakresie wiedza dotycząca wykonania zajezdni dla innego rodzaju tramwajów jest zbędna dla prawidłowego wykonania obecnego zamówienia. Co więcej, zamawiający zorganizował na terenie inwestycji wizję lokalną w dniu 10 listopada 2021 roku. Na przedmiotowej wizji obecni byli zarówno przedstawiciele odwołującego, jak i Budimex. Odwołujący, oprócz dysponowania programem funkcjonalno-użytkowym oraz załączoną informacyjnie do tego programu dokumentacją projektową, mógł zatem na miejscu również przekonać się odrębności nowej inwestycji oraz punktach styku. W połączeniu z brakiem aktywności odwołującego na etapie procedury przetargowej, można to odczytać tylko w ten sposób, że z dokumentacji oraz z wizji odwołujący uzyskał wszystkie potrzebne dla zbudowania oferty informacje. Punktem styku starej i nowej zajezdni są wspólne rozjazdy oraz tory pomiędzy starą a nową zajezdnią oraz sieć trakcyjna wraz z systemem sterowania i ogrzewania zwrotnic. System sterowania i ogrzewania zwrotnic dla nowej zajezdni będzie sterowany z istniejącej Dyspozytury Ruchu.

W punkcie 4.2.3. PFU Konstrukcje torowiska, uszczegółowiono rozwiązania wariantowe dla funkcjonalnego połączenia istniejącego układu torowego z nowoprojektowanym; w punkcie 4.6 rozwiązania dla sieci trakcyjnej, a dla SRK w punkcie 4.7. Sterowanie i ogrzewanie zwrotnic. Są to wszystkie niezbędne informacje, aby zaprojektować i wykonać połączenie nowej zajezdni z istniejącą.

Przepis art. 85 ustawy Pzp, ma na celu eliminację z postępowania tych wykonawców, którzy byli zaangażowani w przygotowanie postępowania, np. uczestniczyli we wstępnych konsultacjach rynkowych, a ich udział zakłócałby konkurencję w stopniu niemożliwym do

naprawienia. Intencją tego przepisu nie było więc wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonali na rzecz inwestorów inne zamówienia pośrednio powiązane z bieżącym, a przede wszystkim zaangażowanych we wstępne konsultacje rynkowe dotyczące tego konkretnego zamówienia np. poprzez doradztwo, udział w opisanu przedmiotu zamówienia, ustaleniu wartości zamówienia czy sporządzeniu specyfikacji warunków zamówienia.

Podsumowując, zamawiający wskazał, iż łączenie faktu budowy pierwszej zajezdni przez Budimex z zaangażowaniem w przygotowanie niniejszego zamówienia jest wnioskiem *ex lege* niedopuszczalnym. Budowy pierwszej zajezdni w żaden sposób nie można uznać za „przygotowanie postępowania”, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy. Zgodnie z treścią art. 1 pkt 4) ustawy Pzp, ustawa ta określa m.in. „etapy przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia”. Żadna z faz czy etapów opisanych w ustawie pzp, nie obejmuje w ramach etapu przygotowania postępowania zrealizowania kilka lat wcześniej innego zamówienia na obiekt przyległy.

Przystępujący, popierając stanowisko zamawiającego wskazał m.in. na następujące elementy. Odwołujący w ramach zarzutów zdefiniowanych w pkt 3 i 4 petitum odwołania podniósł, że wykonywanie przez przystępującego w okresie luty 2014 - sierpień 2015 inwestycji pn. „ Realizacja w formule „zaprojektuj i wybuduj” zajezdni tramwajowej przy ulicy Kołobrzeskiej 40 w Olsztynie” (dalej jako „Inwestycja z 2014 r.”) należałoby kwalifikować jako zaangażowanie przystępującego w przygotowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Wyrazem tego zaangażowania, zdaniem odwołującego, miałyby być przede wszystkim fakt opracowania przez przystępującego dokumentacji powykonawczej dotyczącej Inwestycji z 2015 r., która nie została udostępniona przez zamawiającego w ramach bieżącego postępowania, co stanowić miałyby wyraz uprzywilejowania przystępującego, posiadającego dzięki temu rzekomo wiedzę o akceptowanych przez zamawiającego rozwiązaniach technicznych, której to wiedzy nie posiadali inni wykonawcy, którzy zmuszeni zostali do kalkulacji w ramach oferty wynikających z tego ryzyk. Odwołujący w ramach uzasadnienia rzeczzonego zarzutu akcentował przy tym, że poprzez brak udostępnienia przez zamawiającego dokumentacji powykonawczej dotyczącej Inwestycji z 2014 r. pozbawiony został materiału, który byłby materiałem pomocnym do wyceny realizacji zamówienia (pkt 54 uzasadnienia odwołania).

Po pierwsze, fakt realizacji przez przystępującego inwestycji z 2014 r. co do samej zasady nie może być rozpatrywany przez pryzmat dyspozycji art. 85 ustawy Pzp, co samo w sobie determinuje konieczność oddalenia przedmiotowego zarzutu, bez jego dalszej analizy. Jak wynika bowiem bezpośrednio z literalnej treści art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, dokonywanie jakichkolwiek ocen przez pryzmat tego przepisu dotyczy sytuacji, w której wykonawca lub inny podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej (...) doradzał lub

w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia. Za czynności związane z przygotowaniem postępowania uznaje się z kolei czynności zdefiniowane w Dziale II Rozdział 1 ustawy Pzp, wśród których znajdują się takie elementy jak opis przedmiotu zamówienia, określenie warunków udziału w postępowaniu czy też sporządzenie specyfikacji warunków zamówienia, które stanowią następnie podstawę prowadzonego postępowania.

W przedmiotowym przypadku bezspornym jest, że przystępujący nie był autorem jakiegokolwiek dokumentu, wchodzącego w skład opisu przedmiotu zamówienia i w jego formułowanie w żaden sposób nie był zaangażowany. Jak wynika z Rozdziału III ust. 2 SWZ, szczegółowy zakres prac określony został w Programie Funkcjonalno-Użytkowym opracowanym przez firmę PROGREG Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Zamawiający wszczynając postępowanie i opisując przedmiot zamówienia oparł się więc na efektach pracy koncepcyjnej konkretnego podmiotu, spółki PROGREG Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Referowanie więc przez odwołującego do aktywności przystępującego polegającej na zaprojektowaniu i realizacji Inwestycji z 2014 r., dotyczącej odrębnego i zamkniętego postępowania o udzielenia zamówienia, samo przez się oznacza nawiązywanie do czynności niezwiązanych z bieżącym postępowaniem, które co do samej zasady nie mogą więc podlegać ocenie przez pryzmat art. 85 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na analogiczne brzmienie art. 85 ust. 1 ustawy Pzp względem poprzednio obowiązującej treści ustawy Pzp odnoszącej się do zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, aktualność zachowuje przy tym dorobek doktryny i orzecznictwa dotyczący tego zagadnienia, w ramach którego konsekwentnie wskazuje się, że przez zaangażowanie w przygotowanie postępowania rozumie się sytuację związaną bezpośrednio z danym projektem inwestycyjnym i oparciem się przez zamawiającego na efektach konkretnego wsparcia celem wszczęcia i przeprowadzenia danego postępowania.

Po drugie, odwołujący próbując powiązać w jakikolwiek sposób Inwestycję z 2014 r. zrealizowaną przez przystępującego z bieżącym postępowaniem, w uzasadnieniu zarzutu powołuje się na przygotowanie przez przystępującego dokumentacji powykonawczej Inwestycji z 2014 r. i fakt braku udostępnienia jej przez zamawiającego. Zamawiający tak poprzez brak udostępnienia tego rodzaju załącznika w ramach opisu przedmiotu zamówienia, odwołanie się do Programu Funkcjonalno-Użytkowego sporządzonego przez PROGREG Budownictwo Sp. z o.o., jak również w końcu poprzez odpowiedź z dnia 4 listopada 2021 r. na pytanie nr 8, dał jednak jednoznacznie wyraz temu, że dokumentacja powykonawcza dotycząca Inwestycji z 2014 r. nie stanowi opisu przedmiotu bieżącego zamówienia i nie zawiera żadnych elementów wpływających na kształt niniejszego postępowania i wycenę ofertową jego dotyczącą. Innymi słowy, stanowisko zamawiającego dotyczące braku związku dokumentacji powykonawczej Inwestycji z 2014 r. z bieżącym

postępowaniem zostało jednoznacznie wyrażone na wcześniejszym etapie postępowania, co nie zostało zakwestionowane przez któregokolwiek z wykonawców. Znamienne w tym kontekście jest zresztą to, że odwołujący w ramach uzasadnienia odwołania ww. odpowiedź zamawiającego cytuje w sposób niepełny, ignorując, że zamawiający precyzyjnie wyjaśnił w ramach udzielonej odpowiedzi z jakich względów bieżące postępowanie nie jest związane z Inwestycją z 2014 r. i przygotowaną wówczas dokumentacją powykonawczą. Co za tym idzie, w ocenie przystępującego kształt zarzutu i jego uzasadnienie świadczy o tym, że wskazany zarzut ma charakter spóźniony. Pomimo bowiem, że odwołujący powołuje się na rzekome zaangażowanie przystępującego w przygotowanie postępowania i rzekome przewagi, którymi miałyby dysponować przystępujący, odwołując się do treści art. 85 ustawy Pzp, w istocie kwestionuje on zakres i kształt Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. fakt braku udostępnienia przez zamawiającego dokumentacji powykonawczej dotyczącej Inwestycji z 2014 r. i jego stanowisko o braku uznania tego elementu za część opisu przedmiotu zamówienia. Ostateczną informację, co do braku udostępnienia ww. dokumentacji powykonawczej przez zamawiającego w ramach bieżącego postępowania, wykonawcy otrzymali jednak w ramach pytań i odpowiedzi opublikowanych przez zamawiającego w dniu 4 listopada 2021 r. (na co wskazuje sam odwołujący w pkt 54 uzasadnienia odwołania). Co za tym idzie, jeśli wykonawcy - wbrew stanowisku wyrażonemu przez zamawiającego w udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 8 - uważali, że dokumentacja powykonawcza dotycząca Inwestycji z 2014 r. powinna stanowić immanentną część opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego postępowania i stanowiła element umożliwiający rzetelną kalkulację oferty, to fakt braku jej udostępnienia i kwalifikacji jako części opisu przedmiotu zamówienia winni kwestionować najpóźniej w terminie 10 dni liczonych od 4 listopada 2021 r., kiedy otrzymali jednoznaczne stanowisko zamawiającego w tym przedmiocie. W konsekwencji, skoro odwołujący nie zakwestionował braku załączenia dokumentacji powykonawczej dotyczącej Inwestycji z 2014 r. jako elementu opisu przedmiotu zamówienia w ustawowym terminie wynikającym z art. 515 ust. 2 pkt 1) czy art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp, to dał wyraz temu, że dokumentacja powykonawcza dotycząca Inwestycji z 2014 r. nie stanowiła elementu w jakikolwiek sposób warunkującego możliwość złożenia przez odwołującego konkurencyjnej oferty w ramach postępowania, nie stanowiąc tym samym części opisu zamówienia. Co za tym idzie, zarzuty w tym zakresie winny zostać uznane za spóźnione, jako pozornie referujące jedynie do rzekomych zaniechań zamawiającego mających swe źródło w czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Po trzecie nawet jeśli zrealizowanie przez przystępującego Inwestycji z 2014 r. można byłoby w jakikolwiek sposób rozpatrywać przez pryzmat art. 85 ustawy Pzp, pomimo odrębnego i niezależnego od tej Inwestycji opisanego przedmiotowego zamówienia, to zarzut

postawiony przez odwołującego posiadając w istocie charakter blankietowy, stanowi zarzut o nieprawidłowej konstrukcji, determinując brak możliwości uwzględnienia odwołania również z tego powodu. Nie budzi bowiem wątpliwości, tak w doktrynie jak i orzecznictwie, jak również praktyce stosowania przepisów ustawy Pzp, że prawidłowo sformułowany zarzut zawierać musi zarówno wskazanie podstawy prawnej, jak i przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesione odwołanie. Wynika to zresztą bezpośrednio z art. 516 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, który obliuguje do wskazania w treści odwołania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności (analogicznie art. 180 ust. 3 starej ustawy PZP z dnia 29 stycznia 2004 r. w zw. z 54 ust. 1 pkt 8) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań).

Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego przypadku, zarzut sformułowany przez odwołującego w ramach pkt 3 i 4 petitum odwołania, ma w ocenie przystępującego charakter nieprecyzyjny i ogólny, w istocie więc blankietowy. Odwołujący wskazuje, że przystępujący rzekomo posiadał wiedzę o „rozwiązaniach technicznych” czy „urządzeniach”, której nie posiadał odwołujący, będący zmuszonym do kalkulacji w ramach oferty ryzyk z tej nieznanym wyników. Odwołujący nie precyzuje jednak brak informacji o jakich konkretnie rozwiązaniach czy urządzeniach, które zawarte miałyby być w dokumentacji dotyczącej Inwestycji z 2014 r. wpłynął na konieczność kalkulacji jakichkolwiek dodatkowych ryzyk przez innych wykonawców poza przystępującym. W dowodzeniu odwołującego brak wykazania powiązania pomiędzy Inwestycją z 2014 r., a bieżącym postępowaniem w kontekście konkretnych rozwiązań czy urządzeń. Odwołujący nie podjął nawet próby wskazania, które z konkretnych rozwiązań czy urządzeń, które mają być zastosowane w bieżącym postępowaniu, determinowane są rozwiązaniami przyjętymi w ramach Inwestycji z 2014 r., wiedzy o których nie przekazano innym wykonawcom w ramach opisu przedmiotu zamówienia dotyczącego bieżącego postępowania. Odwołujący w ramach pkt 52 uzasadnienia odwołania powołuje się co prawda na „przykładowe” pytania, w ramach których wykonawcy wnioskowali o doprecyzowanie parametrów wyposażenia, nie wskazując jednak jaki związek te konkretne elementy, do których pytania te nawiązują, mają z Inwestycją z 2014 r. i jakich konkretnie danych odwołującemu w odniesieniu do nich zabrakło, w posiadaniu których to danych miałby być przystępujący.

Izba uznała za bezzasadny. Podzielając stanowisko zamawiającego i przystępującego, Izba wskazuje, co następuje.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, sam zarzut, jego forma, został postawiony, jako hipotetyczna możliwość, cyt. „o ile ww. wykonawca nie udowodniłby”, co już na tym etapie eliminuje możliwość jego uwzględnienia. Skoro bowiem odwołujący „przypuszcza” pewne

okoliczności, to powinien je udowodnić. Samo twierdzenie, że w ocenie odwołującego mogą zachodzić fakty uprawdopodobniające określone podstawy do stawiania zarzutów, nie może być uznane za prawidłowe i wystarczające.

Przepis art. 85 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Ustęp 2 ww. przepisu wskazuje, że wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Odwołujący podnosił, iż w związku z tym, że przystępujący wykonywał zadanie polegające na budowie zajezdni tramwajowej w 2014-2015 roku, sporządzając dokumentację powykonawczą był w posiadaniu wiedzy, której nie posiadał odwołujący sporządzając swoją ofertę, a okoliczność ta powoduje nierówne traktowanie wykonawców, co w konsekwencji spowodowało zaoferowanie przez przystępującego niższej ceny ofertowej. Odwołujący wskazywał również na okoliczność, iż na etapie przed złożeniem oferty, zamawiający odmówił przekazania odwołującemu dokumentacji powykonawczej dotyczącej już wybudowanej zajezdni.

Na rozprawie odwołujący wskazał na trzy elementy, które miały lub mogły mieć wpływ na posiadanie większej wiedzy po stronie odwołującego, mającej wpływ na sporządzenie oferty i jej wycenę, tj. remediacja, dane dotyczące budowy myjni oraz systemu związanego z kierowaniem ruchu tramwajów.

Izba wskazuje, że zarzuty odwołania i twierdzenia odwołującego są niezasadne.

Po pierwsze, jak słusznie wskazywali zamawiający i przystępujący, powołując się na utrwaloną linię orzeczniczą, udział wykonawcy w przygotowaniu dokumentów do postępowania, musi dotyczyć tego, konkretnego postępowania. Odwołujący zaś odnosi się

do postępowania z 2014-2015 roku, co oznacza, że nie można uznać, iż przystępujący uczestniczył w przygotowaniu przedmiotowego postępowania.

Po drugie, odwołujący otrzymując od zamawiającego odpowiedź na pytania, w których zamawiający odmówił przekazania dokumentacji powykonawczej dla zadania 2014-2015, jeżeli twierdził, że zakres informacji tam zawartych ma wpływ na sporządzenie oferty, winien taką czynność zaskarżyć w trybie przysługujących mu środków ochrony prawnej. Odwołujący z takiej możliwości nie skorzystał, wobec czego podnoszenie zarzutów względem rzeczony dokumentacji na obecnym etapie postępowania, uznać należy za spóźnione.

Po trzecie – wskazywane przez odwołującego ww. trzy elementy nie stanowiły okoliczności faktycznych zarzutów podniesionych w odwołaniu. Już tego względu, należało je uznać za spóźnione.

Jednakże nawet biorąc je pod uwagę to wskazać należy, iż „obawy” odwołującego są nieuzasadnione albowiem w ramach tych trzech pozycji, zamawiający wprost opisał je w PFU oraz załącznikach do niej, brak jest zatem możliwości do twierdzenia, że odwołujący nie znał okoliczności związanych z całościową realizacją przedmiotowej inwestycji.

Tym samym, Izba nie stwierdziła, że przystępujący brał udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Okoliczność, iż przystępujący realizował zamówienie z 2014-2015 roku, pozostaje irrelevantne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, gdyż w ramach przedmiotowego zadania inwestycyjnego nie wchodziła dokumentacja powykonawcza poprzedniej inwestycji. Z daleko posuniętej ostrożności wskazać należy, na co uwagę zwrócił zamawiający, dokumentację projektową odwołującego dotyczącą przedmiotowego postępowania, podpisywała osoba, która uczestniczyła w wykonywaniu dokumentacji powykonawczej poprzedniego zadania (2014-2015), co oznacza, że odwołujący posiadał pełną wiedzę do sporządzenia przedmiotowej oferty.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 16 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i przejrzystości, jako wynikowy, Izba uznała za niezasadny stwierdzając, że skoro nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, to zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie z zachowaniem zasad opisanych w ww. przepisie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: