

Sygn. akt: KIO 2940/22
Sygn. akt: KIO 2947/22

WYROK
z dnia 25 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
 Aleksandra Patyk
 Michał Pawłowski

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi - sygn. akt KIO 2940/22;
- B. wykonawcę Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie - sygn. akt KIO 2947/22;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2940/22 oraz KIO 2947/22

orzeka:

1. oddala odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 2940/22 oraz KIO 2947/22;
2. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2940/22 obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2947/22 obciąża odwołującego Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2940/22
Sygn. akt: KIO 2947/22

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów – Kielce, odcinek Kielce (S7 Węzeł Kielce Zachód) – Kielce (DK73) (nr ref.: O.Ki.D-3.2410.1.2022.jr). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 marca 2022 r. pod numerem 2022/S 048-123527. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 2940/22

W dniu 7 listopada 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący 1” lub „Konsorcjum Polimex”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i art. 17 ust 2 w zw. z art 253 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy złożona oferta podlegała odrzuceniu;
2. art. 224 ust 5 w zw. z art. 224 ust 6 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty w sytuacji, gdy z uwagi na ich treść, lakoniczność i ogólnikowość Zamawiający winien uznać, że nie wykazano, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i w konsekwencji ofertę odrzucić, podczas gdy tymczasem Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające i obalające domniemanie „rażąco niskiej ceny” oferty, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;

3. art. 224 ust 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez uznanie przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, a złożonych przez Przystępującego za miarodajne i kompletne w sytuacji, gdy nie uzasadniały one w ogóle wysokości ceny wskazanej w ofercie tego wykonawcy, opierając się tylko na ofertach podwykonawców i ogólnych twierdzeniach Wykonawcy;
4. art. 226 ust 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniały ceny podanej w ofercie, a opierały się tylko na ofertach podwykonawców, a tym samym oferta złożona przez tego Wykonawcę powinna zostać uznana za ofertę z rażąco niską ceną i w konsekwencji odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty Przystępującego, przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał, iż jest to zarzut o charakterze wynikowym, jako że z naruszeniem zasad ogólnych postępowania będziemy mieć do czynienia w sytuacji potwierdzenia się innych zarzutów wskazanych w odwołaniu. Odwołujący wskazał też, że norma wyrażona w art. 17 ust 2 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, które doprowadziły do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, stanowiły naruszenie tej zasady.

Uzasadniając zarzut nr 2 i 3 Odwołujący podniósł, iż ocena składanych wyjaśnień w zakresie ceny oferty winna być zawsze rozpatrywana przez pryzmat treści skierowanego do wykonawcy wezwania i przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Odwołujący przywołał fragment wezwania z dnia 7 lipca 2022 r. skierowanego do Przystępującego, z którego wynika, iż celem tego wezwania było ustalenie czy cena oferty nie jest rażąco niska, a tym samym czy została należycie skalkulowana i nie jest zaniżona. Zamawiający skierował w wezwaniu 47 pytań i nie oczekiwał lakonicznych odpowiedzi na sformułowane pytania, ale konkretnych wyjaśnień wraz ze wskazaniem „przyjętych założeń/rozwiązań do sporządzenia oferty”. Słowem nie satysfakcjonowały go jednozdaniowe, ogólne zapewnienia i odpowiedzi, bowiem te nie mieszczą się w desygnacji pojęcia „wyjaśnić” (termin ten bowiem używany jest w następujących kontekstach - «uczynić coś zrozumiałym», «podać powody, motywy»). Odwołujący podkreślił też, że wyjaśnienia, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, powinny być poparte dowodami. Oczekiwań Zamawiającego w przedmiocie składanych wyjaśnień nie spełniają wyjaśnienia lakoniczne,

ogólne, abstrakcyjne, wymijające, nie wskazujące sposobu wyliczenia ceny oferty na poziomie zaproponowanym, nie odnoszące się do treści wezwania, ale także - o czym mowa będzie dalej- np. zaprezentowane jako suma ofert podwykonawców bez „rozbicia” ich na części składowe na podstawie których Zamawiający mógłby ocenić cenę oferty Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego istotne jest to, iż w przypadku braku żądanych w wezwaniu elementów wyjaśnień wykonawca składający takie wyjaśnienia winien liczyć się z możliwością odrzucenia oferty, tak jakby wyjaśnienia nie były w ogóle złożone, co wprost zresztą wynika z treści wezwania. Odwołujący powołał w tym zakresie stosowne orzecznictwo. Dodał, iż w reakcji na wezwanie Zamawiającego nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwolą Zamawiającemu na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i na co także zwrócił uwagę Zamawiający w wezwaniu z dnia 7 lipca 2022 r. pozwoli na ocenę czy cena oferty „uwzględni wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ)”. Wyjaśnienia powinny wyczerpująco wskazywać (prezentować) wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego obliczenia ceny oferty, dając jednocześnie Zamawiającemu realną możliwość ich oceny. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, np. ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Konieczne jest ponadto wyjaśnienie, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. O przedstawienie takich „czynników” postulował na str. 4/4 wezwania z dnia 7 lipca 2022 r. Zamawiający. Odwołujący podkreślił także, że ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a nie na Zamawiającym. Dlatego to składający wyjaśnienia wykonawca ponosi konsekwencje swego „wymijającego”, „ogólnego”, „lakonicznego” czy „abstrakcyjnego” sposobu wyjaśniania ceny oferty, ryzykując odrzuceniem oferty z uwagi na brzmienie art. 224 ust 6 ustawy Pzp. Na etapie ustalania wartości swej oferty wykonawca ma prawo dokonywać pewnych uogólnień, jednak w przypadku ziszczenia się konieczności wyjaśnienia czy cena nie posiada charakteru „rażąco niskiej” zobowiązany jest przedstawić taką kalkulację ceny, która bezspornie wykaże, że jest możliwe wykonanie za zaoferowaną cenę zamówienia oraz twierdzenia swe poprzeć dowodami. Obowiązek ten wynika wprost z przepisów prawa, co oznacza, że zamawiający nie ma obowiązku formułować szczegółowych pytań, bowiem to wykonawca powinien przedstawić całokształt okoliczności i dowodów wskazujących, że cena nie jest „rażąco niska”. Pytania zamawiającego wskazywać powinny natomiast na kwestie budzące jego szczególne wątpliwości, wymagające ponadstandardowego poszerzonego ujęcia w treści wyjaśnień.

Odnosząc się do wyjaśnień Przystępującego Odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiający otrzymał lakoniczne odpowiedzi na skierowane do wykonawcy pytania z których niewątpliwie nie sposób uzyskać szczegółowych informacji. Przystępujący pomija kwestię zasadniczą – jak oferta powstała, jak została przygotowana, jakie założenia przyświecały wykonawcy kalkulującemu cenę oferty. Nieodpartym wrażeniem jest, że Przystępujący skupił się tylko na lakonicznych odpowiedziach na pytania Zamawiającego, a zupełnie pominął treść wezwania w którym Zamawiający wprost wskazuje, że *„Obowiązkiem jest potwierdzenie, że zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu, oraz czy oferta została nienależycie skalkulowana i czy nie jest zaniżona poniżej kosztów wykonania tego zamówienia”*. Co równie istotne wezwanie skierowano do Wykonawcy w oparciu o konkretną podstawę prawną tj. art. 224 ust 1 i 2 ustawy Pzp tj. „wyjaśnienie ceny oferty”, która w wyniku ziszczenia się obligatoryjnej przesłanki z ustawy Pzp nosiła znamiona „rażąco niskiej”. Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie podołał obowiązkowi wyjaśnienia prawidłowego wyliczenia zaoferowanej ceny swojej oferty, zgodnie z treścią wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Wykonawca nie tylko nie podołał obowiązkowi, które zmaterializował wezwaniem Zamawiającego, ale w ogóle „nie podjął praktycznie żadnych wyjaśnień” ceny oferty, by „obalić” domniemanie jej „rażąco niskiej ceny”, ograniczając się jedynie do udzielenia ogólnikowych odpowiedzi na szczegółowe pytania zamawiającego, a pomijając wynikający z przepisów prawa (powtórzony przez zamawiającego w wezwaniu) obowiązek przedłożenia szczegółowej kalkulacji wskazującej, iż cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Odwołujący zauważył, iż pierwsza część wyjaśnień – czyli odpowiedzi na pytania Zamawiającego, stanowi ogólną prezentację zarysu wykonania niektórych elementów prac – co kluczowe jednak z pozbawieniem jakiegokolwiek fragmentu, który skupiałby się na tym, dlaczego cena oferty jest na poziomie jak ten zaproponowany w ofercie Przystępującego. Ogólnikowe twierdzenia mające wskazywać, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej znajdują się na jednej stronie wyjaśnień (nr 16), po czym następuje długi wywód mający uzasadnić utajnienie udzielonych odpowiedzi na pytania z uwagi na rzekomą „tajemnicę przedsiębiorstwa”, choć de facto był to jedynie zabieg mający utrudnić innym uczestnikom postępowania weryfikację złożonych wyjaśnień, co zresztą w swym wyroku trafnie zauważyła Izba, odtajniając wyjaśnienia. Choć postawione przez Zamawiającego pytania miały jedynie charakter subsydiarny wobec żądania wykazania, że cena została skalkulowana w sposób prawidłowy i nie jest rażąco niską, to w udzielonych odpowiedziach pojawia się niewątpliwie niedopuszczalna praktyka polegająca na załączeniu dla wyjaśnienia lakonicznych odpowiedzi na pytania jedynie dowodów w postaci ofert podwykonawców, które pokrywają

niemal w 100% cenę oferty Wykonawcy w danej pozycji. Odwołujący wskazał, iż Przystępujący jako dowody złożył więc oferty podwykonawców: a) Autostrada II Sp z o.o. z dnia 23 maja 2022 r. (załącznik nr 1 do wyjaśnień) dla pyt 2, b) Hochtrans Beton Sp z o.o. z dnia 22 lipca 2022 r. (załącznik nr 2) dla pyt 10, c) Cemex Polska Sp z o.o. z dnia 23 czerwca 2022 r. (załącznik nr 3) dla pyt. 12, d) P.H.U. Błyskbud Roboty Budowlane z dnia 14 lipca 2022 r. (załącznik nr 4) dla pyt.13, e) Barg Centrum Sp z o.o. z dnia 15 lipca 2022 r. (załącznik nr 5) dla pyt. 21, f) KOSD Group Sp. z o.o z dnia 26 czerwca 2022 r. (załącznik nr 6) dla pyt. 22, g) Kopalnia Granitu Kamienna Góra – Celiny Sp. z o.o z dnia 21 lipca 2022 r. (załącznik nr 7) dla pyt 22. Jak wynika z dokumentacji postępowania, złożenie ofert Zamawiający przewidział na dzień 30 czerwca 2022 r. Z kolei pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień ceny oferty dla Wykonawcy INTERCOR wystosował 7 lipca 2022 r. Zamawiający wskazał w wezwaniu, iż będzie badał czy „oferta została należycie skalkulowana” oraz czy cena uwzględnia koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający wskazał, iż będzie badał założenia leżące u podstaw kalkulacji ceny oferty, a tą zwyczajowo dokonuje się przed jej złożeniem, a nie na etapie badania „rażąco niskiej ceny oferty”.

Odwołujący wskazał, iż Przystępujący w odpowiedzi na pytanie nr 10 przedstawił dowód – ofertę pochodzącą z 22 lipca 2022 r., która nie mogła być brana pod uwagę przy kalkulacji ceny oferty, albowiem powstała nie tylko po jej złożeniu ale i po wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Tym samym dowód ten nie może potwierdzać założeń przyjętych na etapie „ofertowania”, ale i nie potwierdza okoliczności, które i tak w sposób ogólny opisał wykonawca. Dalej podniesiono, iż oferta złożona w odpowiedzi na pytanie nr 13 pochodzi z dnia 14 lipca 2022 r., a więc przygotowana została po terminie składania ofert, ale i po wystosowaniu wezwania. Odwołujący zadał pytanie w jaki sposób w tym zakresie Przystępujący mógł ustalić cenę swej oferty, skoro ofertę od podwykonawcy otrzymał już po ustaleniu ceny oferty, poddał w wątpliwość też wartość dowodową takiego dokumentu. Odwołujący wskazał też, iż omawiana oferta nie obejmuje np. kosztów ochrony, mediów. Dodatkowo jak wskazuje się w treści oferty „Szczegóły najmu/dzierżawy zostaną dookreślone w umowie”, co potwierdza tylko, iż pomiędzy Stronami nie ma doprecyzowanych szczegółowych ustaleń w przedmiocie korzystania z wytwórni, a nawet można przyjąć, iż fakt ten jest zdarzeniem niepewnym (co wynika z konieczności porozumienia się stron w sygnalizowanej umowie). Odwołujący zauważył też, że złożona w odpowiedzi na pytanie 21 oferta „obsługi laboratoryjnej” nie mogła być brana pod uwagę przy kalkulacji ceny oferty, ponieważ pochodzi z dnia 15 lipca 2022 r., a więc przygotowana została po terminie składania ofert i po wezwaniu Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Analogicznie wskazano w odniesieniu do oferty załączonej do wyjaśnień w odpowiedzi na

pytanie nr 22. Ponadto zdaniem Odwołującego skoro Przystępujący wskazuje, że „współpracuje jednak z szeregiem dostawców materiałów na zasadach stałej współpracy”, a także „podpisuje umowy na dostawę danego materiału na potrzeby całego kontraktu), co poza możliwością negocjowania dużych rabatów, ma i ten walor, że zapewnia stałość, a przez to i ciągłość, dostaw” nielogicznym jest nieprzedłożenie - jako dowodów np. umów z tymi stałymi dostawcami kruszywa oraz niewskazanie dostępnych cen, czy „dużych rabatów”, a więc atutów o których pisze sam Przystępujący. Zdaniem Odwołującego działanie takie zdecydowanie budzi jeszcze większe wątpliwości w kontekście tego, że Wykonawca przedkłada ofertę od pomiotu z datą 21 lipca 2022 r.

Odwołujący podniósł, iż przedłożone dowody – pomimo deklaracji Przystępującego - nie miały żadnego wpływu na kalkulację ceny oferty, albowiem powstały później tj. po złożeniu oferty i wystosowaniu wezwania. Dodał, iż z treści wszystkich ofert podwykonawców Zamawiający nie dowiaduje się o sposobie kalkulacji ceny, co jest równie istotne z punktu widzenia treści wezwania i orzecznictwa (Odwołujący przywołał w tym kontekście orzecznictwo Sądu Okręgowego w Gliwicach oraz KIO). Kluczowe zdaniem Odwołującego jest to, że Przystępujący, ale i podwykonawcy w ofertach nie wskazali w jaki sposób wartości tam wykazane zostały skalkulowane, co na nie składa się i poprzestali li tylko na wskazaniu w ofertach cen ogólnych za daną grupę prac, dostaw, usług, podczas gdy intencją Zamawiającego wyrażoną w wezwaniu było ustalenie czy „oferta uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SWZ w tym w PFU, WWIORB, będącymi załącznikami do PFU oraz Warunkach Kontraktu, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu, oraz czy oferta została należycie skalkulowana i czy nie jest zaniżona poniżej kosztów wykonania tego zamówienia”. Odwołujący zauważył, iż na podstawie przedłożonych ofert podwykonawców Zamawiający nie poznał metodologii wyliczenia poszczególnych cen, również tych zaoferowanych przez podwykonawców, także za określone zakresy prac, kosztów pracowniczych, kosztów materiałów i innych, tak by móc je ocenić przez pryzmat skierowanego wezwania. Jedyną wiedzą, którą posiadał Zamawiający z przedłożonych ofert podwykonawców to: cena ogólna oferty, nazwa i adres podwykonawcy, termin ważności złożonych ofert, gwarancja na ofertowane prace, bardzo ogólnie i wymijająco wskazany zakres prac.

Oceniając same odpowiedzi na pytania, Odwołujący zauważył, iż większość z nich sprowadza się do odpowiedzi „tak” lub „nie”, ujętej jednak w pojedyncze zdania, które nie „wyjaśniają” o co prosił Zamawiający „przyjętych założeń/rozwiązań do sporządzenia oferty”, ale i co równie ważne nie odpowiadają czy „zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej

wykonaniu, oraz czy oferta została należycie skalkulowana i czy nie jest zaniżona poniżej kosztów wykonania tego zamówienia.” W tym zakresie Odwołujący wskazał, iż w odpowiedzi na pytanie nr 9, Przystępujący odpowiedział – nie wyjaśniając (zgodnie z przywoływanym wezwaniem), żadnych założeń do sporządzenia ofert, żadnych wartości, które umożliwiałyby weryfikację owych „założeń.” Na pyt. nr 14 – dotyczące konstrukcji tuneli – w szczególności czy wykonawca zamierza je zlecić podwykonawcom i w jakim zakresie nie „wyjaśniono” założeń do sporządzonej oferty, nazw podwykonawców, ofert które jako dowody służyłyby - zgodnie z treścią wezwania – uwiarygodnieniu treści wyjaśnień, nie podano żadnych cyfr. Tym samym również i w tym przypadku Zamawiający nie uzyskał, żadnych informacji, które pozwoliłyby mu na ocenę tego o czym pisze w wezwaniu. W kolejnym z pytań – nr 16 – na żądanie Zamawiającego wyartykułowane w wezwaniu, w którym celem jest „wyjaśnienie” i wskazanie „przyjętych założeń/rozwiązań do sporządzenia oferty”, Przystępujący podaje wartość „na poziomie 50,43 zł netto/m³”, bez jakiegokolwiek próby wykazania z czego ona wynika. Dalej w odwołaniu wskazano, iż w odpowiedzi na wystosowaną przez Zamawiającego w pytaniu nr 23 prośbę o przedłożenie umów ramowych na zakup materiałów Przystępujący oświadczył, że nie praktykuje zawierania umów ramowych, a potencjalne koszty rozpoznał na podstawie ofert wstępnych (analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku kruszywa, którego dotyczyło pytanie nr 22) nie przedkładając ich jednak w charakterze dowodu, ani nie przedkładając kalkulacji tych kosztów. Skoro więc Przystępujący sprzeciwia się przedłożeniu umów, a deklaruje jednocześnie, iż ma „rozpoznany krąg podwykonawców, usługodawców z którymi zamierza zawrzeć umowy i m.in. na podstawie ich ofert wstępnych skalkulował ofertę cenową”, nielogicznym jest z uwagi na treść wezwania nieprzedłożenie „ofert wstępnych”, posiadanie których deklaruje INTERCOR, a także pomijanie jakichkolwiek okoliczności uwiarygadniających ten fakt (nazwy podwykonawców, zakresów prac których oferty dotyczą, podania kwot), czy powoływanie się, że ofertę skalkulowano w oparciu o te oferty bez przedłożenia ich.

Z kolei odpowiadając na szczegółowe pytania (nr 26, 27, 28, 30, 33, 36, 39, 47) Zamawiającego o przedstawienie wartości niektórych elementów prac Przystępujący przedstawił jedynie kwoty, w żaden sposób nie uzasadniając, w jaki sposób zostały wyliczone, z czego wynikają, a tym samym nie wykazując (nie wyjaśniając o co postulowano w wezwaniu), że zostały określone i skalkulowane w sposób prawidłowy, nie zaś całkowicie arbitralny. Odwołującego dziwi pozytywna ocena tak lakonicznych i ogólnych wyjaśnień, które zupełnie nie dają żadnej wiedzy Zamawiającemu o ich realności. Zamawiający z przywoływanych odpowiedzi nie mógł powziąć żadnych informacji pozwalających mu na przesądzenie o metodologii tworzenia ceny oferty. Innym przykładem ogólności odpowiedzi na zadawane pytania, odpowiedzi, które nie niosły za sobą żadnych informacji – zwłaszcza

w obszarze kalkulacji ceny oferty, jej realności, faktu czy "oferta jest należycie skalkulowana" jest odpowiedź na pytanie 41, gdzie miast konkretnych informacji Zamawiający otrzymuje nic nie wnoszący do badania ceny oferty cytat z PFU. Podobna sytuacja występuje w pytaniu nr 42 i 43 i odpowiedzi na nie. Z jednej strony Wykonawca wskazuje, iż skalkulował w ofercie „jedno główne własne zaplecze budowy oraz kontenerowe zaplecza punktowe”. Po pierwsze jednak ponownie brak jest danych ile stworzenie zapleczy będzie Wykonawcę kosztować, a celem wyjaśnienie ceny oferty jest taką informację uzyskać. Po wtóre nie ma konkretnej informacji – choć pytanie na to wskazuje wprost – ile własnych zapleczy budowy skalkulował Wykonawca. Nie wiadomo czy „kontenerowe zaplecza” są własne czy innych podmiotów i ile kosztują lub jak wpływają na cenę oferty. Wreszcie na pytanie nr 43 Przystępujący nie jest w stanie udzielić jasnej odpowiedzi, gdzie zlokalizowane będą zaplecza, co w ocenie Odwołującego poddaje w wątpliwość całe wyjaśnienia w tym obszarze i po raz kolejny dowodzi, iż Przystępujący nie odpowiada na pytania Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego nie jest odpowiedzią na pytanie nr 43 cytat z PFU, który przywołuje Przystępujący, albowiem gdyby uznać, iż taki sposób wyjaśniania jest poprawny, zadawanie pytań – przez autora PFU – byłoby bezcelowe, gdyż nikt tak dobrze jak on dokumentu tego nie zna. Konsekwencją takiego „wyjaśniania” ceny oferty jest to, iż w omawianych zakresach, Przystępujący nie wyjaśnił ceny oferty, nie czyniąc zadość obowiązkowi, który wprost wynika z treści prawa, ale i wezwania.

Dlatego też – zdaniem Odwołującego - niemożliwa była w oparciu o przedstawione w wyjaśnieniach dane jakakolwiek ocena realności złożonej oferty, w tym ustalenie czy jest ona „rażąco niska”, albowiem czynności takiej nie można dokonać w sytuacji, gdy nie przekazał się Zamawiającemu podstawowych elementów cenotwórczych, a to: kosztów pracy, materiałów, sposobu i metodologii wykonania prac, ilości zatrudnionych osób, nie odpowiada się na pytania, cytując się PFU lub podaje abstrakcyjne cyfry, których „nie rozwija się”. W kontekście przywołanego orzecznictwa, braku jakichkolwiek wyjaśnień własnych ceny oferty Wykonawcy, która uwiarygadniałaby jej realność, braku jakichkolwiek dowodów (poza ofertami podwykonawców), Odwołujący stwierdził, że w oparciu o przedstawiony materiał dowodowy Zamawiający nie mógł ocenić złożonych wyjaśnień, w konsekwencji winien uznać je za nie złożone i dalej w oparciu o treść art. 224 ust 6 ustawy Pzp odrzucić ofertę Przystępującego, jako zawierającą cenę rażąco niską. Wiarygodność wyjaśnień i dowodów złożonych przez Przystępującego poddaje w wątpliwość również to, że oferty datowane są na okres po złożeniu oferty i wezwaniu do złożenia wyjaśnień, a Wykonawca wskazuje, iż opierał się na nich kalkulując cenę oferty, co oczywiście biorąc wskazaną wyżej argumentację (datę przedłożenia ofert przez podwykonawców) nie mogło nastąpić. Konkludując Odwołujący podkreślił, że złożenie kompletnych, wyczerpujących wyjaśnień

dotyczących wyliczenia ceny oferty jest wyłącznym obowiązkiem wezwanego wykonawcy, a Przystępujący obowiązkowi temu nie sprostął. Tym samym gdy Wykonawca a) nie uczynił zadość obowiązkowi o którym mowa w art. 224 ust 5 ustawy Pzp, złoży niewystarczające wyjaśnienia, nie złoży ich wcale lub złoży wyjaśnienia ogólne, abstrakcyjne, lakoniczne, wymijające i nie czyniące zadość wezwaniu Zamawiającego, zastosowanie musi znaleźć art. 224 ust 6 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał ponadto, iż w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że jeżeli odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia nie zawiera żadnego wytłumaczenia sposobu kalkulacji ceny (a tak jest w sprawie niniejszej), żadnego wskazania czynnika sprzyjającego wykonawcy i umożliwiającego zaoferowanie tak niskiej ceny (podobnie jest w sprawie badanej przez Izbę), jak też żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację i czynniki sprzyjające (także brak takich dowodów), to mamy do czynienia z wyjaśnieniami o charakterze ogólnikowym. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do wyjaśnień, lecz powinien odrzucić jego ofertę.

Odnosząc się do drugiego wezwania do wyjaśnień wystosowanego do Przystępującego, Odwołujący podniósł, iż skoro Zamawiający prosi w tym wezwaniu o podanie pewnych nie wykazanych parametrów, cen jednostkowych, rozbić ceny za określone świadczenia to oznacza to, że nie uczyniono tego w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach (Zamawiający nie otrzymał ich). Skoro tak było, poza sporem pozostaje, że Wykonawca nie udzielając odpowiedzi na te pytania i nie wyjaśniając tych okoliczności, nie uczynił zadość wezwaniu „pierwotnemu”, w którym Zamawiający wyraźnie żądał „przekazania wyjaśnień” oraz „wskazania przyjętych założeń/rozwiązań do sporządzenia ofert”. Tym samym nie może być mowy o „doprecyzowaniu” lub „wyjaśnianiu” czegoś, co w „pierwszym” z dokumentów nie zostało opisane. Abstrahując od jakości i kompletności kolejnych wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, Odwołujący wskazał, że działanie Zamawiającego, polegające na ponownym wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny należy uznać za naruszające przepis art. 224 ust 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Złożenie bowiem kompletnych, wyczerpujących wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty – w odpowiedzi na pierwsze wezwanie jest wyłącznym obowiązkiem wezwanego wykonawcy, który jako profesjonalista winien wypełnić. Zamawiający nie może samodzielnie decydować o kierunku i zakresie takich wyjaśnień. Jego rola powinna ograniczać się w tym przypadku do arbitralnej i rzetelnej oceny pozyskanych informacji i podjęciu - w oparciu o treść wyjaśnień wraz z dowodami - decyzji w kwestii uznania ich za miarodajne i wystarczające, bądź przeciwnie uznania, iż nie zostały złożone w ogóle lub są niewystarczające.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający ma prawo żądania dodatkowego wyjaśnienia konkretnych, szczegółowych zagadnień już zawartych we wcześniejszym wystąpieniu wykonawcy, kwestii zarysowanych wcześniej za pomocą konkretnych danych i dowodów, ale jest to sytuacja wyjątkowa, dotycząca co do zasady wyjaśnień nie budzących większych wątpliwości w zakresie ich mocy dowodowej. Nie można składać wyjaśnień na nowo, w odniesieniu do zakresu, który nie został omówiony w „pierwotnym” wystąpieniu, otwierania nowych wątków, wyliczeń, danych i przedkładania nowych dowodów, a więc podejmowania kroków, które winny zostać podjęte wcześniej. Zdaniem Odwołującego Zamawiający pominął zupełnie fakt, iż pierwsze wyjaśnienia Przystępującego w ogóle nie wyjaśniały sposobu obliczenia ceny oferty i nie obalały domniemania rażąco niskiej ceny. Były ogólnikowe, pozbawione jakichkolwiek zestawień analitycznych, wyjaśnień, charakterystycznych dla dokumentów tego typu kalkulacji, stanowiły lakoniczną odpowiedź na zadane pytania. Dołączone do pierwszych wyjaśnień dowody (oferty podwykonawców) pozwalały co najwyżej na uzyskanie przez Zamawiającego ewentualnej informacji o wysokości marży, nazwach podwykonawców, a nie zaś o sposobie kalkulacji ceny oferty, jej rynkowości, realności, realizacji poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia. Co więcej dowody te w większości wypadków powstały po złożeniu oferty przez Przystępującego i po wezwaniu go do złożenia wyjaśnień. Tym samym w ocenie Odwołującego były przygotowane na samą okoliczność złożenia wyjaśnień, a nie kalkulacji ceny oferty. Zamawiający powinien stwierdzić, że Przystępujący nie podołał obowiązkowi wyjaśnienia ceny oferty i ofertę odrzucić. Brak było jakichkolwiek podstaw do „uzupełniania” i „rozwijania” wyjaśnień, poprzez wezwanie kolejne. Faktyczne bowiem nie istniał materiał, który w jakikolwiek sposób mógłby zostać uszczegółowiony i doprecyzowany, gdyż za takowy nie mogą uchodzić lakoniczne i ogólne odpowiedzi na pytania oznaczone numerami 1-47. Ponadto w ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego – który wystosował kolejne z wezwań - należy ocenić negatywnie z punktu widzenia dochowania zasady równego traktowania wykonawców, która zdaniem Odwołującego została naruszona.

Dalej Odwołujący wskazał, iż w kolejnym wezwaniu Zamawiający dopuścił złożenie w obszarze dotyczącym pytań nr 29 i 33 „dodatkowych dokumentów”, które Przystępujący jako profesjonalista winien przedłożyć już po pierwszym wezwaniu. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby wskazujące, iż skoro wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności, a także mając na uwadze zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, to wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny należy, co do zasady, kierować do wykonawcy jednokrotnie. Kolejne wezwania są możliwe, jeśli służą one wyjaśnieniu informacji zawartych w pierwotnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Skoro więc

Zamawiający poprosił o „nowe” nie istniejące wcześniej wyjaśnienia, oraz dodatkowo dopuścił 4 nowe dowody, które winny być złożone wraz z pierwotnymi wyjaśnieniami oczywistym dla Odwołującego jest, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie dostrzegł po raz kolejny, że oferta podwykonawcy, która ma odnosić się do odpowiedzi na pytanie 33 opatrzona jest datą 3 sierpnia 2022 r., nie mogła więc leżeć u podstaw jakiegokolwiek kalkulacji ceny oferty, zwłaszcza tej złożonej przez Przystępującego w czerwcu 2022 r. Bezrefleksyjne uznanie takich dokumentów jako dowód kalkulacji ceny oferty podważa ocenę złożonych wyjaśnień i pozwala na stwierdzenie, iż była ona błędna i opatrzona niedopatrzeniem. Odwołujący wskazał też, iż pod dowodem załączonym do odpowiedzi na pytanie 33 nie podpisała się z kolei żadna konkretna osoba. Na „parafie” dwukrotnie przybito pieczęć firmową, a nie imienną i w związku z powyższym nie sposób nawet stwierdzić, kto ofertę podpisał i czy w związku z tym oferta ta jest wiążąca. Trudno także uznać, by oferty podwykonawców wyjaśniały sposób „kalkulacji ceny 1 przepompowni” i „podanie wartości składników ceny”. Brak jest bowiem w odpowiedzi np. kosztów osobowych tych prac. Do kwestii tej nie odnosi się w wyjaśnieniach Przystępujący, ale i podwykonawca.

Z kolei zdaniem Odwołującego odpowiedź, którą otrzymuje Zamawiający na pytanie nr 29, nie jest odpowiedzią na jego pytanie. W dalszym ciągu nie dowiaduje się on w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji ceny za 1m³ odwozu ziemi na odkład. Po drugie nie otrzymuje składników ceny jednostkowej (rozbicia ceny), otrzymuje odpowiedź, że Wykonawca przy kalkulacji ceny za 1m³ odwozu ziemi oparł się na „ofercie Podwykonawcy”. Przystępujący nie wskazuje jednocześnie na której „ofercie Podwykonawcy” oparł się kalkulując swą cenę (załącza bowiem jako dowód dwie z różnymi stawkami). Co więcej obie oferty podwykonawców również nie zawierają sposobu wyliczenia ceny za 1m³ odwozu ziemi na odkład przez co Zamawiający nadal nie otrzymuje potrzebnej do oceny oferty informacji. Wreszcie wbrew temu na co wskazuje Przystępujący kalkulacja podwykonawcy nie uwzględnia w cenie: załadunku urobku, organizacji placu załadunkowego, zapewnienia dróg dojazdowych, czyszczenia nawierzchni dróg publicznych. Co więcej podwykonawcy wskazują – wbrew deklaracji Przystępującego z odpowiedzi na pytanie nr 29, iż przedłożony dokument „nie stanowi oferty handlowej.” Zdaniem Odwołującego Przystępujący nie udzielił odpowiedzi na pytanie w przedmiocie sposobu kalkulacji i rozbicia ceny (podania składników), a także nie wyjaśniają tego przedkładane jako dowód ogólne oferty podwykonawców. Konsekwencją tego jest niemożliwość oceny czy cena za akurat ten element, ale i w konsekwencji za ofertę jest realna, rynkowa i została właściwie skalkulowana w sposób gwarantujący wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zauważył ponadto, iż pewnego rodzaju wykładnią sposobu uzasadnienia są fragmenty zaprezentowane na str. 16/25 wyjaśnień z dnia 22 lipca 2022 r. i 4/12 wyjaśnień z dnia 5 sierpnia 2022 r. Po pierwsze teksty te są identyczne, co dowodzi tylko, iż Wykonawca bez względu na różne części wyjaśnień (i dowody) zawarte na stronach wcześniejszy dokonuje takiego samego podsumowania, po drugie omawiany fragment wyjaśnień charakteryzuje niezwykle poziom ogółu, który sprawia, iż twierdzenia Wykonawcy są nieweryfikowalne na jakiegokolwiek z płaszczyzn. Wskazał ponownie, iż pierwsze wezwanie skierowane w celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub jej istotna część składowa jest rażąco niska, wobec faktu, iż cena oferty Przystępującego jest o 34,46% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Tym samym Zamawiający zdecydował się potwierdzić wyjaśnieniami, czy oferta ta „uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SWZ w tym w PFU, WWIORB, będącymi załącznikami do PFU oraz Warunkach Kontraktu, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu, oraz czy oferta została należycie skalkulowana i czy nie jest zaniżona poniżej kosztów wykonania tego zamówienia”. O tym, iż obowiązkiem Wykonawcy było wyjaśnienie ceny oferty (całej), a nie tylko odpowiedź na zadane pytania, świadczy także to, że katalog wyjaśnień w obszarze sformułowanych pytań nie był zamknięty, co przesądza zwrot „w szczególności” użyty przez Zamawiającego. O tym, iż wyjaśnienia miały obejmować całą cenę oferty, a nie zamknąć się tylko na lakonicznych odpowiedziach na pytania świadczy także wezwanie Zamawiającego do przedstawienia wraz z dowodami i wyjaśnieniami, „czynników obiektywnych”, zwłaszcza tych wskazanych w art. 224 ust 3 ustawy Pzp, które miały wpływ na cenę oferty, a także zawarte w wezwaniu pouczenie o treści art. 224 ust. 5 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przystępujący nie podołał nałożonemu na niego obowiązkowi i nie wyjaśnił ceny swej oferty z uwagi na argumentację powyższą oraz zawartość złożonych wyjaśnień.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 6 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez Przystępującego, powinna być jednoznacznie negatywna. Przystępujący nie sprostał swojemu obowiązkowi wyjaśnienia ceny swojej oferty, nie przedstawił żadnych dowodów (których jednoznacznie domagał się w wezwaniu Zamawiający) i wreszcie sprowadził odpowiedzi na szczegółowe pytania Zamawiającego do przedłożenia ofert podwykonawców, które nie zawierały żadnych konkretnych danych, powołania się na rzekomo przeprowadzone rozpoznanie rynku bez żadnych dowodów w postaci ofert, albo podania kwot nie popartych kalkulacjami. Wobec tego ziściła się przesłanka, o której mowa w art. 224 ust 6 ustawy Pzp tj. uznania tej oferty jako oferty z rażąco niską ceną. W konsekwencji Zamawiający zobowiązany był do zastosowania art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy

Pzp i odrzucenia oferty Przystępującego. Zaniechanie tej czynności należy zatem uznać za działanie sprzeczne z tym przepisem ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 4 i 5 ustawy Pzp, a ewentualnie o jego oddalenie w całości.

Pismo w sprawie w dniu 21 listopada 2022 r. złożył także Przystępujący, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, a z ostrożności o jego oddalenie jako bezzasadnego.

Sygn. akt KIO 2947/22

W dniu 7 listopada 2022 r. wykonawca Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący 2 lub „Mota-Engil”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 252 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Przystępującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący 2 wskazał, iż oferta Przystępującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dwa istotne elementy przedmiotu zamówienia zostały przez Przystępującego wycenione w sposób nierynkowy, znacznie poniżej kosztów które Wykonawca ten poniesie wykonując tę część zamówienia. Dotyczy to: 1) robót bitumicznych, 2) robót betonowych. Te elementy zostały wycenione w sposób na tyle zaniżony, że nawet wykonanie pozostałej części zamówienia z zakładanym zyskiem, nie pozwoli na uniknięcie poważnej straty w odniesieniu do wykonania całej umowy.

W odniesieniu do robót bitumicznych Odwołujący 2 podniósł, iż w wyjaśnieniach z dnia 22 lipca 2022 r. w odpowiedzi na pytanie nr 26 Intercor przekazał informację, iż w ofercie skalkulowano roboty bitumiczne na poziomie 37 737 372,77 zł. Zamawiający przekazał wykonawcom PFU zawierający zakres prac do wykonania. W punkcie 1.1.3 tego opracowania wskazane zostały informacje odnośnie przekroju i kategorii ruchu, długości poszczególnych dróg oraz ulic. Powoduje to że wszyscy wykonawcy powinni przyjąć tożsame albo bardzo podobne założenia co do powierzchni budowanych dróg: a) powierzchnia drogi głównej i pozostałych dróg kategorii KR6 ok. 193 585 m². b) pozostałe

drogi od KR1 do KR5 wraz ze ścieżką rowerową (w technologii bitumicznej) ok. 105 359 m², c) łączna powierzchnia nawierzchni bitumicznych (bez tunelu) ok. 298 944 m². Odwołujący w załączniku nr 1 do odwołania wskazał powierzchnię poszczególnych dróg w podziale na kategorię ruchu. Intercor w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego nr 7, wskazał, że skalkulował w tunelu nawierzchnię sztywną, a na pozostałych drogach nawierzchnię podatną. Odwołujący wskazał na punkt 2.1.1.1 PFU, gdzie określono założenia bitumicznej konstrukcji nawierzchni podatnych dla trasy głównej, gdzie wyszczególniono: 1) warstwę ścieralną z SMA o grubości 4 cm, 2) warstwę wiążącą z AC WMS 16W o grubości 8 cm, 3) górną warstwę podbudowy zasadniczej z AC WMS 16W o grubości 16 cm. W przypadku pozostałych dróg, z wyłączeniem trasy głównej, Zamawiający wskazał w punkcie 2.1.5 PFU, iż należy zastosować rozwiązania zgodne tymi przedstawionymi w Katalogach Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych dla określonej kategorii ruchu, jak również, iż „Warstwę/warstwy podbudowy asfaltowej i warstwę wiążącą należy wykonać z mieszanki typu beton asfaltowy AC. Warstwę ścieralną należy wykonać z mieszanki SMA lub betonu asfaltowego AC w zależności od kategorii ruchu (KR1÷KR4 SMA lub AC, KR5÷KR7 SMA).”

Zważywszy na te wymogi, zdaniem Odwołującego 2 oferenci powinni założyć wykonanie następującego pakietu bitumicznego: 1) dla KR1: a. warstwa ścieralna AC / SMA o grubości 4 cm, b. warstwa wiążąca AC o grubości 5 cm, 2) dla KR2: a. warstwa ścieralna AC / SMA o grubości 4 cm, b. warstwa wiążąca AC o grubości 8 cm, 3) dla KR3: a. warstwa ścieralna AC / SMA o grubości 4 cm, b. warstwa wiążąca AC o grubości 5 cm, c. warstwa podbudowy AC o grubości 7 cm. 4) dla KR4: a. warstwa ścieralna AC / SMA o grubości 4 cm, b. warstwa wiążąca AC o grubości 6 cm, c. warstwa podbudowy AC o grubości 10 cm. 5) dla KR5: a. warstwa ścieralna AC / SMA o grubości 4 cm, b. warstwa wiążąca AC o grubości 8 cm, c. warstwa podbudowy AC o grubości 12 cm. Odwołujący 2, bazując na tych założeniach, oszacował ilości wolumen mas bitumicznych, których wbudowanie powinien założyć: 69 231 m³. Masy bitumiczne w zależności od zastosowanych materiałów oraz rodzaju ważą od 2,3 do 2,6 t/m³. Odwołujący dla każdej warstwy przygotował receptę i oszacował ciężar mieszanki bitumicznej, średnio wyniosła ona 2,43 t/m³. Zazwyczaj przyjmuje się uśredniony ciężar wynoszący 2,5 t/m³. Dzięki powyższym informacjom możliwe było oszacowanie z dużym prawdopodobieństwem, iż ilość mas bitumicznych do użycia w ramach tego zamówienia wynosi pomiędzy 168 388 ton (ilość założona przez Odwołującego), a 173 078 ton przy założeniu uśrednionego ciężaru. Z powyższych analiz Odwołujący wyciągnął wniosek, iż średni koszt wbudowania mas bitumicznych dla oferty Intercor wynosi 218,04 - 224,11 zł/t. Minimalna wartość na wbudowanie pakietu mas bitumicznych wg SEKOCENBUD (załącznik nr 1) wynosi 344,23 - 353,81 zł/t. Odwołujący

przyjął wartość 373,72 zł/t. Na koszt wbudowania mas bitumicznych składa się: ułożenie mas bitumicznych – udział w cenie to od 5,0 do 11,0%, transport mas bitumicznych na miejsce wbudowania /do 10 km/ – udział w cenie to od 0,8 do 2,5%, materiały pomocnicze /w zależności od warstwy/ – udział w cenie od 0,4 do 3,5%, materiał (sama masa bitumiczna) /w zależności od warstwy/ – udział w cenie od 78,0 do 93,5 %, przygotowanie powierzchni czyli skropienie i oczyszczenie /w zależności od warstwy/ – udział w cenie od 2,5 do 5,0%. Odwołujący wskazał, iż ze względu na obszerność i czasochłonność takiej analizy jej szczegóły zostaną przedstawione w kolejnym piśmie.

Odwołujący 2 wskazał, iż z powyższej analizy wynika, iż największą składową kosztu wbudowania mas bitumicznych stanowi koszt masy bitumicznej. Średni koszt mas bitumicznych wynosi od 291,50 do 349,43 zł/t w przypadku Odwołującego i od 268,50 do 321,86 zł/t przyjmując wartości minimalne wg SEKOCENBUD. W porównaniu do średniego kosztu Przystępującego wynika iż realne koszty materiału przewyższają założony przez Przystępującego koszt wykonania warstw bitumicznych. Skupiając analizę do samych mas bitumicznych, wskazać należy że na ich cenę składają się koszty wytworzenia (od 12% do 27%) oraz koszty materiałów, w tym koszty asfaltu od 41% do 56% ceny mas bitumicznych oraz kruszywa od 21% do 33% wartości mas bitumicznych. Pozostałe elementy to dodatki do produkcji (od 2% do 8%). Koszty asfaltu są zróżnicowane ze względu na jego rodzaj, producenci asfaltu wskazują ceny asfaltu modyfikowanego jako cenę asfaltu bazowego powiększoną o koszty dodatków. Ceny asfaltu bazowego, z transportem do wytwórni, na dzień składania ofert z rafinerii ORLEN kształtowały się średnio na poziomie 2 755 zł, przyjmując średnie koszty na lata 2024 i 2025. Udział asfaltu w mieszance można założyć na poziomie 5,5% (kształtuje się on od 4,5 do 7,0% w zależności od rodzaju mieszanki) z tego wynika iż sam koszt zakupu asfaltu bazowego, dla całego kontraktu, wynosi od 25 514 992 zł do 26 225 644 zł. Analiza ta wskazuje że koszty asfaltu bazowego, które każdy z Wykonawców powinien przyjąć na podobnym poziomie, stanowią 67 – 69 % wartości robót bitumicznych przedstawionej kwoty Przystępującego. Na podstawie opisanego wyżej schematu kalkulacji, w ocenie Odwołującego można wywieźć wniosek, iż aby wartości uśrednionych cen na wbudowanie na poziomie 218,04 - 224,11 zł/t przedstawionymi przez Przystępującego mogły być realne, to cena asfaltu zakupionego na ten kontrakt powinna wynosić nie więcej niż 2 232,18 zł/t – 2 294,18 zł/t (Załącznik nr 2), czyli o 16,7 – 19,0% mniej od faktycznej ceny tego surowca. Zatem zarówno analiza uśrednionej ceny jednostkowej oraz kosztów asfaltu udowadnia, iż wartość przyjęta przez Przystępującego za wykonanie robót bitumicznych, wskazana w wyjaśnieniach, jest rażąco niska. Odwołujący podniósł, iż różnica między ceną Przystępującego a cenami minimalnymi zawartymi

w SEKOCENBUD wynosi 21 840 699,25 zł, natomiast różnica w stosunku do optymalnych wartości Odwołującego wynosi 25 192 236,70 zł (załącznik nr 1).

W odniesieniu do wartości robót betonowych Odwołujący 2 wskazał, iż w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 22 lipca 2022 r. w odpowiedzi na pytanie nr 30, wykonawca przekazał informację, iż w ofercie skalkulowano roboty z betonów konstrukcyjnych na poziomie 141 018 411,75 zł. Wykonawca analizując wymogi PFU dotyczące obiektów inżynierskich (punkt 1.1.3.3), przeprowadził optymalizację obiektów poprzez zminimalizowanie wymiarów (na tyle na ile nie naruszało to sztywnych wymogów PFU) oraz analizę optymalnych technologii (ze względu na czasochłonność tego opracowania - szczegóły zostaną rozszerzone w kolejnym piśmie). Tak przyjęte objekty zostały przedmiarowane. Wyliczone ilości betonów oraz stali zbrojeniowej zostały przyjęte na poziomie minimalnym (szczegóły w załączniku nr 1): betony konstrukcyjne – 105 580 m³, stal zbrojeniowa – 12 330 ton. Ilości te obejmują wszystkie objekty łącznie z tunelami oraz ścianami oporowymi. Założenie mniejszych ilości jest niemożliwe ze względów na wymogi Zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Jak wynika z załączonych do wyjaśnień z dnia 22 lipca 2022 roku ofert z firmy Górażdże oraz Cemex (załącznik do przekazanych wyjaśnień nr 3), koszt betonu C35/45, którego ilości są największe w tym zamówieniu, przyjęty do oferty wraz z pompą wynosi od 445 zł/m³ - 485 zł/m³ w zależności od firmy. Oznacza to, iż minimalne koszty betonu jakie mogły zostać przyjęte wahają się od 46 983 100 zł – 51 206 300 zł czyli 33 – 36 % wartości robót wskazanej w odpowiedzi nr 30. Odnośnie kosztu stali zbrojeniowej, zgodnie z informacją ogłaszaną przez Polską Unię Dystrybutorów Stali na 26 tydzień roku cena stali kształtowała się na poziomie 3,93 – 4,18 zł/kg, co oznacza iż koszty minimalne koszty stali ujęte w ofercie powinny wynosić od 48 456 900 zł do 51 539 400 zł, czyli 34% - 37% wartości tego zakresu robót przedstawionych przez Przystępującego.

Jak wynika zdaniem Odwołującego 2 z powyższych analiz minimalne koszty betonu i stali stanowią 67 – 73% wskazanej przez Przystępującego kwoty. Są to tylko ceny materiału natomiast w pozostałych 27 – 33 % zawarte musiały zostać koszty związane z robocizną i sprzętem, szalunkami, wykonaniem ścianek szczelinowych, kosztami podgrzewania betonu przy pracach w zimie oraz ewentualnych strat technologicznych. Koszty związane z wbudowaniem są przyjmowane zgodnie z założeniami zależnymi od szacunków każdego wykonawcy, niemniej dzieje się tak w pewnych przedziałach: robocizna i sprzęt potrzebny do wbudowanie betonów - cena rynkowa kształtuje się w zależności od elementu od 250 do nawet 950 zł/m³ – czyli od 26 395 000 zł – 68 627 000 zł, zbrojarze - ceny rynkowe wahają się w zależności od ilości materiału 1,2 zł/kg – 1,6 zł/kg czyli od 14 796 000 zł do 19 728 000 zł, szalunki – ich wartość zależna jest od wielu czynników m.in. wymiarów przyjętych

obiektów, własnych zasobów, czasu wykonania obiektu – zdaniem Odwołującego 2 na podstawie przeprowadzonych własnych kalkulacji dla tego kontraktu koszty te stanowią od 15 – 20 % wartości robót betonowych; ścianki szczelinowe – Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach że ten element zamierza podzlecić podwykonawcom, nie przedstawiając na to żadnych ofert. Odwołujący 2 uzyskał dwie oferty od najbardziej doświadczonych firm w tym zakresie, oferty te kształtują się na poziomie 728 zł/m³ – 925 zł/m³. Przyjmując ilości betonu tylko dla tunelu jak w załączniku nr 1 koszt wykonania kształtuje się w granicach 18 018 000 zł – 22 893 750 zł; technologia oraz straty są zależne od wyceny każdego z wykonawców ich koszt może kształtować się od 0 – 3%. Koszt materiałów wskazany powyżej oraz koszty wykonania ścian szczelinowych stanowią 80 – 89 % wartości wskazanej przez Przystępującego. Nie ma zatem możliwości wykonania pozostałych elementów za pozostałą kwotę. Powyższe analizy świadczą, iż przy założonych minimalnych ilościach, nie uwzględniając żadnych ryzyk oraz strat, nie ma możliwości wykonania zamówienia bez poniesienia rażącej straty. Na podstawie opisanego wyżej schematu kalkulacji, można wywieść wnioski iż aby uzyskać wartość robót z betonów konstrukcyjnych przedstawionych przez Przystępującego, koszty zakupionego betonu nie mogłyby przekraczać 115,90 zł/m³ (Załącznik nr 2), czyli o 74% – 76% mniej od faktycznej ceny tego materiału lub koszty zakupionej stali nie mogłyby przekraczać 0,92 zł/kg. Różnica w cenach Przystępującego pomiędzy cenami minimalnymi zawartymi w SEKOCENBUD wynosi 36 063 393,01 zł, natomiast różnica w stosunku do wartości Odwołującego 2 wynosi 43 839 859,59 zł (załącznik nr 1).

Podsumowując w odwołaniu wskazano, iż analizując wyjaśnienia Przystępującego Odwołujący 2 zestawiał wskazane tam wartości (załącznik nr 1), następnie porównując je z własnymi wartościami dla tych elementów. W szczególności przeprowadzono analizę zakresu robót bitumicznych oraz betonów konstrukcyjnych, a które zostały dodatkowo zestawione z minimalnymi cenami zawartymi w SEKOCENBUD (kwartał II 2022 roku) - w celu wykazania obiektywnej (istniejącej dla każdego wykonawcy) niemożliwości wykonania tych części zamówienia bez poniesienia rażącej straty. Jak Odwołujący wykazuje w załączniku nr 1 do odwołania, oferta Przystępującego jest niedoszacowana dla robót bitumicznych oraz betonów konstrukcyjnych o 69 032 096 zł, w stosunku do wartości Odwołującego oraz 57 904 092,26 zł w stosunku do minimalnych cen SEKOCENBUD. W celu wykazania, iż przy złożeniach poczynionych przez Przystępującego nie jest możliwe osiągnięcie jakiegokolwiek zysku – a co determinuje uznanie że oferta tego Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską - Odwołujący 2 przeanalizował kilka scenariuszy (załącznik nr 3). W pierwszym założeniu (#1 i #4) Odwołujący, przyjął iż pozostałe koszty bezpośrednie Przystępującego, jak również koszty ogólne i dokumentacja nie wymienione w przekazanych

wyjaśnieniach są zbliżone do wartości założeń Odwołującego z etapu przetargu. W drugim założeniu (#2 i #5) Odwołujący pomniejszył wartość kosztów bezpośrednich i kosztów ogólnych i dokumentacji o wartość wynikającą z różnicy pomiędzy ofertą Przystępującego a ofertą Odwołującego. W ostatnim założeniu (#3 i #6) koszty bezpośrednie przyjęto jak w analizie numer #2 a koszty ogólne i dokumentacji zostały przyjęte tak jak wskazane w wykazie płatności przesłanym do Zamawiającego. Uwzględniając różnicę wykazaną powyżej zarówno dla kosztów liczonych wg wartości Odwołującego oraz wg SEKOCENBUDU wykazują iż nie ma możliwości wykonania tego kontraktu bez rażącej straty.

Odwołujący 2 odniósł się także do kwestii wpływu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2519/22 na odwołanie. Wyjaśnił, iż nie prowadzi polemiki z ustaleniami KIO zawartymi w uzasadnieniu wyroku z 10 października 2022 r. Zarzut odwołania jest oparty w całości na twierdzeniach, które Odwołujący wywiódł z informacji powziętych po tym jak Zamawiający przekazał mu pełną, „odtajnioną” treść wyjaśnień Przystępującego. Przedstawienie zarzutów dotyczących rażącego charakteru ceny w zakresie robót bitumicznych i robót betonowych, możliwe stało się dopiero na skutek uwzględnienia przez Izbę odwołania w zakresie żądania ujawnienia treści wyjaśnień Wykonawcy. Stąd twierdzenia niniejszego odwołania nie są składane z naruszeniem zasady koncentracji środków ochrony prawnej. Zważywszy zaś, iż Izba w wyroku z 10 października 2022 r. (KIO 2519/22), stwierdziła (str. 28 uzasadnienia), iż częściową przyczyną oddalenia odwołania był brak wykazania, że ceny za określone zakresy robót mają charakter rażąco niski - w szczególności ze względu na brak przedłożenia szczegółowych kalkulacji (a co było niemożliwe w sytuacji utajnienia wyjaśnień) – zatem nie przesądziła o zgodności oferty Przystępującego z przepisami Pzp. Zdaniem Odwołującego odwołanie nie będzie podlegało odrzuceniu ani na podstawie art. 528 pkt 4 ani art. 528 pkt 5 Pzp.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 528 pkt 4 i 5 ustawy Pzp, a ewentualnie o jego oddalenie w całości.

Pismo w sprawie w dniu 21 listopada 2022 r. złożył także Przystępujący, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, a z ostrożności o jego oddalenie jako bezzasadnego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedziach na odwołanie wskazywał na zaistnienie podstaw do odrzucenia obu odwołań określonych w art. 528 pkt 4 i 5 ustawy Pzp, Przystępujący wskazywał zaś na podstawy odrzucenia z art. 528 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 528 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Rozpoznając w pierwszej kolejności wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołań na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż żadne z odwołań nie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Oba odwołania zostały wniesione w terminie wskazanym w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i udostępnienia wykonawcom utajnionej uprzednio treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego w dniu 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r., a podstawy faktyczne tych odwołań opierały się zasadniczo na informacjach pochodzących z odtajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Stanowisko Przystępującego w zakresie odwołania Konsorcjum Polimex sprowadzało się do twierdzenia, iż treść udostępnionych Odwołującemu 1 po pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej (który miał miejsce 14 września 2022 r.) wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego, pozwalała Odwołującemu na sformułowanie zarzutów jeszcze przed ich odtajnieniem przez Zamawiającego na skutek wyroku KIO z dnia 10 października 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22. Zdaniem Przystępującego, skoro nie objął on tajemnicą przedsiębiorstwa pełnej treści wyjaśnień, to Odwołujący 1 w oparciu o informacje, którymi dysponował (w szczególności sposób redakcji odpowiedzi na sformułowane przez Zamawiającego pytania) mógł już wcześniej podnieść zarzuty, które powołuje obecnie, skarżąc pierwszą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Analogiczne stanowisko Przystępujący zajął w odniesieniu do odwołania

Mota-Engil, dodając, iż sama okoliczność, że Odwołujący 2 nie posiadał w dniu 14 września 2022 r. informacji o wartości robót bitumicznych i betonowych przyjętych przez Przystępującego, nie uniemożliwiła mu wniesienia wówczas odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, iż problematyka zaskarżania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny konkurującego podmiotu zostały zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostały udostępnione odwołującemu przez zamawiającego jest złożona. Niemniej na tle rozpoznawanych przed Krajową Izbą Odwoławczą sporów ukształtowany został pogląd, iż uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie wykazano przesłanek wskazanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), winno co do zasady skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają bowiem, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska.

Skład orzekający stoi na stanowisku, iż w przypadku, gdy tajemnicą przedsiębiorstwa objęto treść wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w pierwszej kolejności podmiot wnoszący odwołanie powinien wskazać na zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, a dopiero w dalszej kolejności, jako zarzuty ewentualne podlegające rozpoznaniu w przypadku uznania przez Izbę skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, stawiać zarzuty dotyczące naruszenia art. 224 ust. 6 lub art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Oczywistym jest, że zarzuty konstruowane w oparciu jedynie o własne przypuszczenia z uwagi na brak dostępu do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie będą realizować w sposób pełny uprawnienia wykonawcy do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Jakkolwiek może mieć miejsce sytuacja, że w przypadku skutecznego objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący będzie musiał konstruować argumentację nie znając treści wyjaśnień, niemniej powinno mieć to miejsce jedynie w konkretnych, dopuszczonych przez art. 18 ust. 3 ustawy Pzp okolicznościach, zasadą jest bowiem jawność postępowania o udzielenie zamówienia

i jawność postępowania odwoławczego. Mając to na uwadze, ocena skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinna być co do zasady dokonywana uprzednio w stosunku do oceny innych zarzutów wywodzonych z treści dokumentów objętych tą tajemnicą.

Sytuacja jest bardziej skomplikowana w przypadku, gdy tajemnicą przedsiębiorstwa objęto jedynie część wyjaśnień rażąco niskiej ceny (określone fragmenty czy dokumenty). Wówczas ocena, czy odwołanie wniesione zostało w terminie, determinowana będzie podstawami faktycznymi zarzutów i zakresem informacji, jakie uprzednio przekazano wykonawcom udostępniając jawną część wyjaśnień. Okoliczności każdej tego rodzaju sprawy mogą znacznie różnić się od siebie. Przykładowo może mieć miejsce sytuacja, w której wykonawca otrzymując jawną część wyjaśnień uzyska informacje o istotnym znaczeniu, jak np. szczegółowe założenia co do sposobu realizacji zamówienia i kalkulacji cenowej, a tajemnicą przedsiębiorstwa objęte zostaną jedynie załączniki (np. oferty podwykonawców), ale może mieć miejsce też sytuacja, gdy wykonawca otrzyma dostęp jedynie do pewnych ogólnych informacji, które bez szczegółowych, objętych tajemnicą, danych niewiele za sobą niosą.

W rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z tym drugim przypadkiem. Izba stwierdziła, iż obaj Odwołujący wnosząc odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22 nie dysponowali pełną treścią wyjaśnień, jakie złożył Przystępujący na wezwania Zamawiającego w przedmiocie wyliczenia ceny oferty. Udostępnione im informacje miały w przeważającej mierze charakter ogólny, często odzwierciedlający jedynie treść pytań. Na przykład w odpowiedzi na pytanie 7 „Jaki rodzaj nawierzchni drogi S74 Wykonawca skalkulował w ofercie (podatna/sztywna); a. W tunelach; b. Poza tunelami” ujawniono jedynie odpowiedź „Wykonawca skalkulował w ofercie następujący rodzaj nawierzchni drogi S74: a. W tunelach – [tajemnica przedsiębiorstwa]; b. Poza tunelami - [tajemnica przedsiębiorstwa]”. Wykonawcom udostępniono zatem informację wskazującą, że Przystępujący udzielił odpowiedzi na pytanie, ale już nie otrzymali oni kluczowej części tej odpowiedzi, tj. rodzaju nawierzchni skalkulowanej w ofercie w odniesieniu do tuneli i poza tunelami. Podobnie np. w odpowiedzi na pytanie nr 15 „Jaką średnią grubość naziomu nad tunelami skalkulowano w ofercie?” ujawniono odpowiedź „Średnia grubość naziomu nad tunelami skalkulowana w ofercie [tajemnica przedsiębiorstwa].” Tajemnicą przedsiębiorstwa objęto zatem ten fragment odpowiedzi, który niósł za sobą merytoryczną treść i taki schemat utajniania informacji przejawia się w odniesieniu do większości udzielonych odpowiedzi na pytania. Analogicznie było m.in. w przypadku pytań dotyczących przyjętych przez wykonawcę wartości robót, np. pytania nr 26 „Jaką wartość robót bitumicznych skalkulowano w ofercie?” – ujawniono jedynie odpowiedź o treści „Wartość robót bitumicznych w ofercie

skalkulowano na poziomie [tajemnica przedsiębiorstwa]”.

Jawne fragmenty wyjaśnień Przystępującego udostępnione innym wykonawcom albo powielały treść pytań, albo odnosiły się do okoliczności wynikających z dokumentów zamówienia. Zasadnicza większość założeń dotyczących przyjętej przez Przystępującego koncepcji projektowej i sposobu realizacji zamówienia (np. w zakresie posiadanego biura projektowego, korzystania z podwykonawców, uwzględnienia dostaw materiałów od dostawców zewnętrznych, identyfikacji źródeł odwozu nadmiaru ziemi, technologii budowy tuneli, budowy przepompowni, zbiorników retencyjnych, przyjętego sposobu organizacji ruchu, ilości zaplecza budowy, przyjętej konstrukcji obiektu w ciągu drogi DK73 na węźle Kielce Bocianek), jak również wszelkie informacje co do wysokości konkretnych kosztów, o które pytał Zamawiający, a które Przystępujący skalkulował w cenie oferty, zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podobnie tajemnicą przedsiębiorstwa objęto wszystkie oferty podwykonawców/dostawców załączone do wyjaśnień. Z kolei w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 5 sierpnia 2022 r. tajemnicą objęto w zasadzie całe odpowiedzi, poza informacją dotyczącą pytania nr 29 o tym, że posłużono się ofertą podwykonawcy. Załączone do tych wyjaśnień cztery oferty również zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wszystkie te informacje i dokumenty nie zostały udostępnione wykonawcom po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej (14 września 2022 r.). Jakkolwiek prawdą jest, że na podstawie nie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa fragmentów wykonawcy mogli powziąć informacje na temat sposobu konstrukcji wyjaśnień, np. ich obszerności, długości odpowiedzi na konkretne pytania, niemniej nie znali oni informacji istotnych merytorycznie, zwłaszcza w kontekście skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej, w tym przede wszystkim wysokości przyjętych do kalkulacji części składowych ceny oraz założeń wynikających z przyjętej koncepcji projektowej. Podobnie rzecz ma się w odniesieniu do ofert podmiotów trzecich, których Wykonawcy nie poznali po pierwszym wyborze oferty, a które w przypadku procedury rażąco niskiej ceny stanowią jej immanentną część. Z tego względu obecnie wniesione odwołania, oparte zasadniczo właśnie o te kluczowe informacje, które zostały pozyskane przez Odwołujących dopiero po wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r., nie mogą zostać uznane za wniesione z uchybieniem terminu.

Ponadto zauważyć należy, iż Przystępujący twierdząc, iż obaj Odwołujący – mimo, że nie posiadali wiedzy o kluczowych, merytorycznych informacjach zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego – mogli już w dniu 26 września 2022 r. podnieść zarzuty wywodzone obecnie, całkowicie pomija okoliczność, iż sytuacja procesowa, w jakiej znaleźli się Odwołujący, była wynikiem nieprawidłowego działania Przystępującego i Zamawiającego. Jak pokazało postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22,

Przystępujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa treści złożonych wyjaśnień, a zatem Zamawiający prowadząc postępowanie uchybił zasadzie jawności wskazanej w art. 18 ustawy Pzp. Izba wyrokiem z dnia 10 października 2022 r. nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie i udostępnienie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r. Dopiero w efekcie tego wyroku i następczych działań Zamawiającego, obaj Odwołujący pozyskali wiedzę o pełnej treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, w tym o ich zasadniczej części merytorycznej. Wbrew stanowisku Przystępującego, oczekiwanie na gruncie stanu faktycznego tej konkretnej sprawy, aby wykonawcy dysponując jedynie fragmentarycznymi wyjaśnieniami, zobowiązani byli równocześnie z zaskarżeniem zaniechania udostępnienia im pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podnosić także zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 lub art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w oparciu w zasadzie wyłącznie o własne przypuszczenia (nie znając kluczowej części wyjaśnień), wcale nie sprzyja zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej. Jak pokazał przykład niniejszego postępowania odwoławczego, jest wręcz przeciwnie. Wskazać należy, iż zasada ta nie ma charakteru bezwzględnie, a jej stosowanie nie może być dokonywane w oderwaniu od przebiegu konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Przechodząc dalej Izba stwierdziła, iż w przedmiotowej sprawie nie mamy również do czynienia z podstawą odrzucenia odwołań wskazaną w art. 528 pkt 4 ustawy Pzp.

Odrzucenie odwołania w oparciu o ww. przepis wymaga kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

1. odwołanie musi być wniesione przez tego samego odwołującego co wcześniejsze odwołanie,
2. oba odwołania dotyczyć muszą tego samego postępowania,
3. wcześniejsze odwołanie musi być przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę (przez rozstrzygnięcie należy tu rozumieć wydanie orzeczenia, tj. wyroku lub postanowienia w sprawie),
4. okoliczności podniesione w odwołaniu są wyłącznie takie same, jak okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie wcześniejszego odwołania.

Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie przedstawili w swoich wnioskach o odrzucenie odwołań analizy, czy w odniesieniu do odwołania Konsorcjum Polimex (KIO 2940/22) oraz odwołania Mota-Engil (KIO 2947/22) zaistniały łącznie wszystkie ww. przesłanki. Ocena dokonana przez Izbę wskazuje zaś, iż odpowiedź na tak zadane pytanie jest negatywna.

W przypadku odwołania Konsorcjum Polimex należy wskazać, iż okoliczności podniesione w odwołaniu były całkowicie odmienne od okoliczności, które były przedmiotem

rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie wcześniejszego odwołania wniesionego przez ten podmiot, tj. odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2533/22. Zakresem zaskarżenia w sprawie o sygn. akt KIO 2533/22 objęto jedynie zaniechanie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny i w konsekwencji czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w związku z czym przedstawione w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne dotyczyły tego właśnie aspektu (w odwołaniu zawarto analizę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny pod kątem istniejących uregulowań prawnych). Z kolei zakresem zaskarżenia w obecnie rozpoznawanej sprawie (sygn. akt KIO 2940/22) objęto zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, a okoliczności faktyczne i prawne wskazane w odwołaniu odnoszą się do treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r. Brak jest w tym przypadku tożsamości przedmiotowej obu odwołań.

Ponadto za błędne Izba uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż Odwołujący 1 utracił możliwość powoływania się na okoliczności wskazane w odwołaniu z uwagi na fakt, iż przystąpił po stronie odwołującego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22. Art. 528 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do przypadku, w którym odwołanie wnosi ten sam, co poprzednio, podmiot (odwołujący). Interpretacja prezentowana przez Zamawiającego i Przystępującego jest interpretacją rozszerzającą, która z uwagi na sankcyjny charakter tego przepisu nie może być uznana za prawidłową. Przywoływane w pismach procesowych orzecznictwo odnoszące się do zasady koncentracji środków ochrony prawnej i obowiązku aktywnego uczestnictwa wykonawców w postępowaniach odwoławczych mogłoby znaleźć zastosowanie, ale w odniesieniu do podstawy odrzucenia wskazanej w art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten odnosi się do odwołania wniesionego przez jakikolwiek podmiot, w przeciwieństwie do art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, który dotyczy wyłącznie sytuacji, kiedy odwołanie wnosi ten sam co uprzednio odwołujący. Wzajemna relacja dwóch ww. podstaw odrzucenia odwołania pokazuje, iż intencją ustawodawcy nie było objęcie dyspozycją art. 528 pkt 4 ustawy Pzp przypadku, w którym odwołanie wnosi wykonawca będący uprzednio uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Jedynie na marginesie należy dodać, iż podstawy faktyczne odwołania Konsorcjum Polimex w sprawie o sygn. akt KIO 2940/22 nie były wyłącznie takie same, jak w odwołaniu Mota-Engil o sygn. akt KIO 2519/22, Konsorcjum Polimex opierało się bowiem w znacznej mierze na informacjach zawartych w odtajnionej części wyjaśnień Przystępującego, w tym w ofertach podwykonawców/dostawców.

Odnosząc się z kolei do odwołania Mota-Engil w sprawie o sygn. akt KIO 2947/22 należy wskazać, iż również okoliczności podniesione w tym odwołaniu nie były wyłącznie

takie same, jak okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie wcześniejszego odwołania, tj. odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22. Podkreślić tutaj należy słowo „wyłącznie”, gdyż na kanwie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, aby odwołanie zostało odrzucone w całości, pomiędzy okolicznościami faktycznymi i prawnymi w odwołaniach wnoszonych przez tego samego odwołującego w tym samym postępowaniu musi zachodzić pełna tożsamość przedmiotowa. Takiej pełnej tożsamości przedmiotowej w rozpoznawanym przypadku nie ma. Wynika to już z tego faktu, że dopiero na skutek wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22 Odwołujący Mota-Engil powziął wiedzę o konkretnej wartości robót betonowych i konkretnej wartości robót bitumicznych, jakie Przystępujący uwzględnił w kalkulacji ceny oferty. Dopiero dysponując tą wiedzą Odwołujący 2 mógł zestawić przyjęte przez Przystępującego wartości z zakresem przedmiotu zamówienia i przedstawić analizę wykazującą, że wartości te są zbyt niskie. Zauważyć należy, że wniesione obecnie przez Mota-Engil odwołanie (sygn. akt KIO 2947/22) skupia się wyłącznie na okolicznościach faktycznych zawartych w utajnionej uprzednio części wyjaśnień, tj. na wartości robót bitumicznych (odpowiedź na pytanie nr 26), informacji o rodzaju nawierzchni w tunelach i poza tunelami (odpowiedź na pytanie nr 7) oraz na wartości robót betonowych (odpowiedź na pytanie nr 30). Te okoliczności faktyczne nie były i *de facto* nie mogły być przedmiotem wcześniejszego odwołania, gdyż nie były Odwołującemu wówczas znane. Odwołujący mógł co najwyżej zasygnalizować pewne kwestie, bowiem nie dysponował konkretnymi danymi. Przywoływany przez Przystępującego w piśmie procesowym fragment odwołania Mota-Engil w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22 jasno pokazuje, iż Odwołujący powołał się na odpowiedź na pytanie nr 26 i 30 dotyczące wartości robót bitumicznych i robót z betonów konstrukcyjnych wyłącznie w kontekście tego, że dla Zamawiającego wystarczające było podanie przez wykonawcę jedynie wartości tych robót, które według przypuszczeń Odwołującego zostały zaniżone, podczas gdy Zamawiający powinien był dopytać wykonawcę o szczegółowe rozbieżności ceny w tym zakresie. Odwołujący kwestionował tym samym nie tyle wycenę (której nie znał), co sposób przeprowadzenia procedury wyjaśnień przez Zamawiającego (zarzucając, że nie był on dostatecznie kompleksowy, że Zamawiający poprzestał na samej informacji o wartości robót). Znajduje to odzwierciedlenie w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r., który odnosi się głównie do tego aspektu. Okoliczność, że w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22 pojawiły się informacje w zakresie wyliczenia kosztów wykonania zamówienia, w tym ww. robót, nie determinuje zakresu zaskarżenia, który wytyczony jest podstawami faktycznymi i prawnymi odwołania. Wiedzy o konkretnej wartości robót przyjętych przez Przystępującego, wskazanych w odpowiedziach na pytania nr 26 i 30, Odwołujący wnosząc odwołanie w dniu 26 września 2022 r. nie posiadał.

Dodatkowo należy zauważyć, iż w wyroku z dnia 10 października 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22 Izba, uwzględniając odwołanie, nakazała Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień z dnia 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r. w całości „*tak, aby odwołujący mógł zapoznać się z argumentacją w zakresie rażąco niskiej ceny i, ewentualnie podnosił zarzuty w tym przedmiocie, w zakresie w jakim nie zostały one sformułowane w niniejszym odwołaniu a wynikającym z treści wyjaśnień, które do tej pory pozostawały dla odwołującego niejawne.*” Już wówczas zwrócono zatem uwagę na możliwość wniesienia odwołania opartego na okolicznościach faktycznych wynikających z udostępnionej na skutek wyroku Izby treści wyjaśnień Przystępującego.

Za bezzasadne Izba uznała ponadto stanowisko Zamawiającego, iż oba odwołania powinny podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

W ww. przepisie mowa jest o takiej sytuacji, w której zakresem zaskarżenia objęto czynność wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (a w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, czynność którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu). Literalne brzmienie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp wskazuje wprost na czynność wykonaną przez Zamawiającego w oparciu o określone wytyczne Izby. Chodzi tu zatem o przypadek, w którym Izba w sentencji orzeczenia nałożyła na Zamawiającego obowiązek podjęcia określonej czynności. Czynność wykonana przez zamawiającego zgodnie z uprzednio zapadłym wyrokiem Izby, której konieczność podjęcia przez zamawiającego znajduje odzwierciedlenie wprost w sentencji i uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia, nie może być kwestionowana w drodze nowego odwołania na tę czynność. Czynnościami takimi na kanwie wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22 są: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 września 2022 r., 2) odtajnienie wyjaśnień Przystępującego w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r. (czyli uznanie poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne) oraz 3) udostępnienie złożonych wyjaśnień innym podmiotom. Nie zostały one objęte zakresem żadnego z odwołań, tym samym brak jest podstaw do ich odrzucenia w oparciu o art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła iż obaj Odwołujący, których oferty mogłyby zostać wybrane jako najkorzystniejsze w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego, wykazali, iż posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne

przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, wezwania skierowane do Przystępującego w zakresie wyliczenia ceny i treści oferty, wyjaśnienia Przystępującego z dnia 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r. wraz z załącznikami, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 września 2022 r. i 28 października 2022 r., protokół postępowania.

W sprawie o sygn. akt KIO 2940/22 Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego wraz z pismem procesowym w postaci oferty dotyczącej udostępnienia wytwórni mas bitumicznych z dnia 17 stycznia 2022 r., oferty usług laboratoryjnych z dnia 19 sierpnia 2022 r. oraz oświadczenia z dnia 15 listopada 2022 r. dotyczącego oferty z dnia 15 lipca 2022 r. na obsługę laboratoryjną załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, na okoliczności wskazane przez Przystępującego w piśmie procesowym, wynikające z treści tych dokumentów.

W sprawie o sygn. akt KIO 2947/22 Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 18 listopada 2022 r. w postaci oferty cen asfaltu z firmy Orlen (zał. nr 3 do pisma), wydruku indeksu cen stali PUDS (zał. nr 4 do pisma) oraz wyciągu z katalogów Sekocenbud z 2 kwartału 2022 r. (zał. nr 5 do pisma), na okoliczności wskazane przez Odwołującego 2, wynikające z treści tych dokumentów. Złożone zestawienie wartości uwzględnionych w wyjaśnieniach (zał. nr 1 do odwołania), analizę kosztów wbudowania mas bitumicznych przez Przystępującego (zał. nr 2 do odwołania), analizę wyników (zał. nr 3 do odwołania), jako dokumenty sporządzone przez pełnomocnika Odwołującego 2, Izba uznała za dodatkową argumentację w sprawie, uzupełniającą treść odwołania. Analogicznie Izba potraktowała złożoną analizę kosztów wbudowania i wytworzenia mas bitumicznych (zał. nr 1 do pisma Odwołującego z dnia 18 listopada 2022 r.) i wykaz obiektów analizowanych na etapie oferty (zał. nr 2 do ww. pisma).

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów – Kielce odc. Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód) - Kielce (DK73). Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II-V SWZ.

Izba ustaliła, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. Zgodnie z pkt 17.1 IDW cena oferty miała zostać wyliczona przez wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV. Do ww. formularza załączono

dokument „Opis sposobu obliczenia ceny”, w którym wskazano m.in., iż „Cena Oferty określa całkowitą cenę, za którą Wykonawca zgodnie z Kontraktem wykona przedmiot zamówienia obejmujący rezultaty rzeczowe określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym wraz z załącznikami. W Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia, to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki zgodnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy. Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych, zawartych w niniejszym Wykazie Płatności.” We wzorze Wykazu Płatności wyodrębniono następujące elementów zryczałtowane: wymagania ogólne (max. 6% względem całości kontraktu), dokumenty wykonawcy (z rozbiem na dokumenty wykonawcy i prawa autorskie - max. 5% względem całości kontraktu) oraz roboty.

Wartość szacunkowa zamówienia (bez przewidywanych zamówień z art. 214 ust. 1 pkt 7 i 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp) została ustalona na kwotę 600 381 058,80 zł netto. Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę brutto 738 468 702,32 zł.

W postępowaniu oferty złożyło dziewięciu wykonawców, w tym między innymi Przystępujący z najniższą ceną 713 402 055,63 zł brutto, Odwołujący 1 z ceną 1 021 062 858,48 zł brutto oraz Odwołujący 2 z ceną 843 029 582,01 zł brutto. Kolejne ceny ofert kształtowały się następująco: 1 063 427 326,35 zł brutto, 1 115 592 240,94 zł brutto, 1 121 064 255,46 zł brutto, 1 161 618 060,55 zł brutto, 1 187 054 200,68 zł brutto, 1 570 491 703,29 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 7 lipca 2022 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1, ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy zaoferowana przez niego cena lub jej istotna część składowa jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwracając się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz wyjaśnień dotyczących jej treści. Zamawiający wskazał, iż cena oferty wykonawcy wynosi 713 402 055,63 zł, a średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 1 088 526 920,38 zł. Z porównania wynika, iż cena oferty jest o 34,46% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Na podstawie powyższego odniesienia, Zamawiający podjął wątpliwości, co do możliwości wykonania przez Przystępującego przedmiotu zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Wskazał, iż jego obowiązkiem jest potwierdzenie, że oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ w tym w PFU i WWiORB będącymi załącznikami do PFU oraz Warunkach Kontraktu, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu, oraz czy oferta została nienależycie skalkulowana i czy nie jest zaniżona poniżej kosztów wykonania tego zamówienia. W celu weryfikacji oferty, jak również ustalenia stopnia gotowości firmy do realizacji kontraktu Zamawiający poprosił o przekazanie wyjaśnień oraz wskazanie przyjętych założeń/rozwiązań do sporządzenia oferty – Zamawiający zadał wykonawcy 47 pytań (dotyczących m.in. przyjętej technologii robót, wybranych cen jednostkowych i elementów konstrukcyjnych, a także potwierdzenia zgodności oferowanych robót i sporządzonej kalkulacji z wymaganiami SWZ i PFU). Zamawiający wskazał także, iż oceniając wyjaśnienia wraz z dowodami przedłożonymi na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę czynniki obiektywne, w szczególności czynniki wskazane w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Poinformował też wykonawcę o treści art. 224 ust. 5 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Przystępujący w piśmie z dnia 22 lipca 2022 r. udzielił wyjaśnień, odpowiadając na pytania Zamawiającego. Część z nich wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, niemniej na skutek wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22 treść wyjaśnień i załączone do nich dokumenty zostało odtajnione. W wyjaśnieniach wskazano, iż oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w PFU, a zaoferowana cena obejmuje całkowite koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Stopień gotowości wykonawcy do podjęcia się przedmiotowej inwestycji jest adekwatny i zgodny z wymaganiami określonymi w SWZ i w PFU, WWiORB oraz ze specyfiką niniejszego zamówienia (przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, optymalizacja i budowa). Wykonawca przyjął do Oferty rozwiązania techniczne oraz oryginalność projektu w zakresie dopuszczonym SWZ, które wpływają na oszczędność metody wykonania. Następnie Przystępujący udzielił odpowiedzi na wszystkie 47 pytań zadanych przez Zamawiającego, wskazując m.in.:

- w odpowiedzi na pytanie nr 9 „Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie ryzyko ujemnej waloryzacji w przewidywanym okresie prowadzenia robót?” Wykonawca potwierdził, że uwzględnił w ofercie ryzyko ujemnej waloryzacji w przewidywanym okresie prowadzenia robót.
- w odpowiedzi na pytanie nr 10 „Czy Wykonawca ma zidentyfikowane źródła odwozu nadmiaru ziemi?” Przystępujący wyjaśnił, iż planuje optymalizację niwelety drogi, by w maksymalnym stopniu zbilansować masy ziemne i wykorzystać materiał z wykopów do budowy nasypów, przy zastosowaniu ewentualnego ulepszenia. Wykonawca rozpoznał

rynek lokalnych podwykonawców zajmujących się utylizacją mas ziemnych i na etapie ofertowania założył odwóz mas ziemnych na średnią odległość ok. 20 km od Placu Budowy. W załączeniu wykonawca przedłożył ofertę (załącznik nr 2).

- w odpowiedzi na pytanie nr 13 „Czy Wykonawca skalkulował w ofercie produkcję i dostawę MMA od dostawców zewnętrznych czy zamierza ustawić własne wytwórnie mieszanek, o jakiej wydajności i ile?” Przystępujący wyjaśnił, iż skalkulował w ofercie produkcję i dostawę MMA z własnej wytwórni mieszanek. Wykonawca na etapie składania oferty podjął wstępne rozmowy z podmiotem dysponującym wytwórnią mas bitumicznych, którą zamierza postawić (wybudować) przy realizacji przedmiotowego Kontraktu, w załączeniu przedstawił ofertę na najem/dzierżawę wytwórni o wydajności 240 Mg/h (załącznik nr 4). Dodał, iż na etapie realizacji Wykonawca nie wyklucza zakupu mobilnej Wytwórni Mas Bitumicznych.
- w odpowiedzi na pytanie nr 14 „Czy Wykonawca zamierza wykonać konstrukcję tuneli siłami własnymi czy zamierza zlecić ją podwykonawcom i w jakim zakresie? Wykonawca wskazał, iż zamierza podzlecić wykonanie konstrukcji tunelu podwykonawcom w następującym zakresie: wykonania ścian szczelinowych, wykonania robót zbrojarskich, wykonania robót betoniarskich, wykonania robót wykończeniowych, wykonania robót instalacyjnych, wykonania robót odwodnienia i kanalizacji. Wyjaśnił, iż zgodnie z zapisami SWZ Wykonawca wykona osobiście kluczowe części zadania tj.: nawierzchnię trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.
- w odpowiedzi na pytanie nr 16 „Jaką cenę łączną 1 m³ wykopu, składowania i ponownego wbudowania naziomu skalkulowano w ofercie? Wykonawca wyjaśnił, iż skalkulował w ofercie łączną cenę 1 m³ wykopu, składowania i ponownego wbudowania naziomu na poziomie 50,43 zł netto/m³.
- w odpowiedzi na pytanie nr 21 „Jaki koszt obsługi laboratoryjnej skalkulowano w ofercie? Przystępujący wskazał, iż koszt obsługi laboratoryjnej skalkulowany w ofercie wynosi 2 500 000,00 zł netto. W załączeniu przedstawił ofertę na obsługę laboratoryjną (załącznik nr 5).
- w odpowiedzi na pytanie nr 22 „Czy Wykonawca posiada własne kopalnie kruszyw i gdzie są one zlokalizowane?” Wykonawca odpowiedział, że nie posiada własnych kopalni kruszyw, współpracuje jednak z szeregiem dostawców materiałów na zasadach stałej współpracy (względnie podpisuje umowy na dostawę danego materiału na potrzeby całego kontraktu), co poza możliwością negocjowania dużych rabatów, ma i ten walor, że zapewnia stałość, a przez to i ciągłość, dostaw. Wykonawca przed złożeniem oferty rozpoznał lokalny rynek dostawców oraz przeanalizował umowy, które ma obecnie

zawarte na potrzeby innych kontraktów, zwłaszcza te zawarte z dużymi, ogólnopolskimi dostawcami, oraz wytypował dostawców, z którymi zamierza zawrzeć umowy. Jednak umowy z nimi będzie zawierał dopiero po uzyskaniu zamówienia. Przystępujący załączył oferty stanowiące załącznik nr 6 i 7.

- w odpowiedzi na pytanie nr 23 „W oparciu o jakie umowy ramowe z dostawcami materiałów Wykonawca zamierza realizować kontrakt - prosimy o załączenie kopii tych umów.” Przystępujący wskazał, iż Wykonawca jako doświadczony przedsiębiorca nie praktykuje w swojej działalności zawierania umów przedwstępnych do umów podwykonawczych na etapie przygotowywania oferty. Ogranicza to bowiem w znacznym stopniu możliwości negocjacyjne Wykonawcy i możliwości osiągnięcia zakładanego wyniku finansowego. W trakcie realizacji kontraktu Wykonawca będzie prowadził proces kontraktowania robót podwykonawczych, dostaw materiałów i usług na potrzeby Kontraktu, w terminach zgodnych z Programem dla etapu Robót. Dodatkowo podkreślił, że żaden przepis prawa nie nakłada na Wykonawcę na etapie składania oferty obowiązku zawarcia jakiegokolwiek umowy (w szczególności przedwstępnej) na podwykonawstwo robót, które wykonawca zamierza podzlecić. Nie bez znaczenia jest również fakt, że przedmiotowe zadanie jest Kontraktem realizowanym w konwencji zaprojektuj i buduj, przez co proces kontraktowania Podwykonawców zostaje przesunięty na okres po zakończeniu prac związanych z opracowaniem Projektu Budowlanego, uzyskaniu ZRID i zatwierdzeniu Dokumentacji Wykonawczej. Wykonawca ma jednak rozpoznany krąg podwykonawców, usługodawców, dostawców, z którymi zamierza zawrzeć umowy i m. in. na podstawie ich ofert wstępnych kalkulował cenę ofertową. Jak wskazano jednak powyżej, ostateczne negocjacje będą prowadzone z nimi dopiero po zawarciu umowy i w sposób dostosowany do postępowaniu robót, gdyż zawieranie umów z podwykonawcami i dostawcami w sytuacji zawarcia umowy z Zamawiającym – jak pokazuje wieloletnia praktyka Wykonawcy daje mu szansę na uzyskanie dodatkowych upustów względem cen wstępnie oferowanych, co z kolei wpływać będzie na wynik finansowy Wykonawcy na całym zadaniu.
- w odpowiedzi na pytanie nr 26 „Jaką wartość robót bitumicznych skalkulowano w ofercie?” Przystępujący wyjaśnił, iż wartość robót bitumicznych w ofercie skalkulowano na poziomie 37 737 372,77 zł netto.
- w odpowiedzi na pytanie nr 29 „Jaką cenę 1 m³ odwozu ziemi na odkład skalkulowano w ofercie?” Przystępujący wyjaśnił, iż w ofercie skalkulował odwóz ziemi na odległość średnio ok 20 km od Placu Budowy. Koszt odwozu ziemi wynosi 13,86 zł/m³.
- w odpowiedzi na pytanie nr 27 „Jaką wartość chodników skalkulowano w ofercie?” Przystępujący wyjaśnił, iż wartość chodników w ofercie skalkulowano na poziomie 4 447 303,77 zł netto.

- w odpowiedzi na pytanie nr 28 „Jaką wartość ścieżek rowerowych skalkulowano w ofercie?” Przystępujący wskazał, iż wartość ścieżek rowerowych w ofercie skalkulowano na poziomie 1 886 082,32 zł netto.
- w odpowiedzi na pytanie nr 30 „Jaką wartość robót z betonów konstrukcyjnych skalkulowano w ofercie?” Przystępujący wyjaśnił, iż wartość robót z betonów konstrukcyjnych skalkulowana w ofercie wynosi 141 018 411,75 zł netto.
- w odpowiedzi na pytanie nr 33 „Jaką cenę 1 przepompowni z wymaganym wyposażeniem (m.in. z agregatem prądotwórczym) skalkulowano w ofercie?” Przystępujący wskazał, iż cenę 1 (jednej) przepompowni z wymaganym wyposażeniem (m.in. z agregatem prądotwórczym) skalkulowano w ofercie na poziomie 300 000,00 zł netto.
- w odpowiedzi na pytanie nr 36 „Jaką cenę budowy w/w linii światłowodowej przyjęto w ofercie?” Przystępujący wskazał, iż cena budowy w/w linii światłowodowej skalkulowana została w ofercie w wysokości 1 689 161,00 zł netto.
- w odpowiedzi na pytanie nr 39 „Jaką wartość przebudowy sieci c. o. Wykonawca skalkulowano w ofercie?” Przystępujący wskazał, iż skalkulował w ofercie koszt przebudowy sieci c. o. na poziomie 60 126 264,00 zł netto.
- w odpowiedzi na pytanie nr 41 „Jaką organizację robót przyjął Wykonawca w ofercie – przy zamknięciu całego odcinka robót czy z zamknięciami odcinkowymi?” Przystępujący wyjaśnił, iż przyjął na etapie ofertowania w maksymalnym stopniu zamknięcie odcinka trasy w zakresie zgodnym z dokumentacją SWZ. Planuje się prowadzenie robót przy zamknięciu trasy pozwalającym na utrzymaniu ciągłości ruchu zgodnie z zapisami PFU pkt 1.2.3.1 tj.: „-podczas Robót budowlanych należy utrzymać ciągłość ruchu w oparciu o zatwierdzone projekty czasowej organizacji ruchu uzgodnione przez organ zarządzający ruchem oraz organ zarządzający publicznym transportem zbiorowym, i zaopiniowane przez komendanta Policji w Kielcach; - roboty należy prowadzić w taki sposób, aby umożliwić zachowanie nieprzerwanego ruchu na drogach publicznych oraz dostęp do terenów przyległych, a w tym do każdej działki sąsiadującej z projektowaną inwestycją. Zamknięcie ruchu na drogach samorządowych może nastąpić wyłącznie w przypadku otrzymania pisemnej zgody od zarządcy drogi na ich czasowe zamknięcie na podstawie zatwierdzonego projektu czasowej organizacji ruchu.”
- w odpowiedzi na pytanie nr 42 „Ile własnych zapleczy budowy skalkulował Wykonawca w ofercie?” Przystępujący wyjaśnił, iż zgodnie z zapisami PFU pkt. 1.2.3.3 Przygotowanie i użytkowanie zaplecza budowy, należy przygotować odpowiednią do zakresu i rozmieszczenia Robót ilość obiektów i urządzeń zaplecza budowy, Wykonawca skalkulował w ofercie 1 (jedno) główne własne zaplecze budowy oraz kontenerowe

zaplecza punktowe przeznaczone na potrzeby budowy robót mostowych przy każdym obiekcie mostowym. Wszystkie zaplecza będą umiejscowione zgodnie z wymaganiami SWZ i DŚU.

- w odpowiedzi na pytanie nr 43 „Czy Wykonawca może wskazać ich lokalizację?” Przystępujący potwierdził, że będzie dysponował zapleczem na czas wykonywania robót budowlanych w zakresie zgodnym z wymaganiami SWZ w tym m.in. pkt 1.2.3.3 PFU oraz zapisami DŚU. Lokalizacje zaplecza Wykonawca wskaże na etapie realizacji zadania biorąc pod uwagę zapisy SWZ w tym PFU, tj.: „1) Z zajęcia pod ewentualne zaplecze budowy należy wykluczyć następujące rejony: a) odcinki leśne z uwagi na hałas, zwiększoną dewastację terenu, możliwość zniszczenia roślinności, b) obszary blisko zabudowy mieszkaniowej z uwagi na hałas, zapylenie, c) tereny w pobliżu rzek, cieków i systemów melioracyjnych oraz obszary podmokłe, z uwagi na potencjalne zagrożenie skażeniem wód powierzchniowych. W przypadku konieczności lokalizacji zaplecza budowy na terenie GZWP, należy zastosować dodatkowe zabezpieczenia przed zanieczyszczeniem środowiska gruntowo-wodnego. Zaplecze należy lokalizować na nieużytkach, terenach z zabudową usługową, przemysłową, magazynową, najlepiej bez skupisk zieleni wysokiej. Występujące drzewa i krzewy należy zabezpieczyć osłonami ochronnymi.” oraz DŚU: „Lokalizację zaplecza budowy i baz materiałowo-sprzętowych, przewidzieć: - w miejscach oddalonych minimum 50 m od Zalewu Kieleckiego oraz brzegów rzeki Silnicy i rzeki Sufraganiec, - poza obrębem rzutu koron drzew i systemu korzeniowego.”
- w odpowiedzi na pytanie nr 46 „Jaką konstrukcję obiektu w ciągu drogi DK73 na węźle „Kielce Bocianek” skalkulowano w ofercie?” Przystępujący wskazał, iż skalkulował obiekty o ustroju belkowo - płytowym z betonu sprężonego.
- w odpowiedzi na pytanie nr 47 „Jaki koszt obiektu (obiektów) wymienionego w pytaniu 46 skalkulowano w ofercie?” Przystępujący wskazał, iż koszt obiektów wymienionych w pytaniu 46 skalkulowano w wysokości 23 083 475,16 zł netto.

Do wyjaśnień załączono ponadto szereg ofert podwykonawców, na którego powołano się w odpowiedziach na pytania.

W dniu 29 lipca 2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1, ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w uzupełnieniu udzielonych wyjaśnień, wezwał Przystępującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie odpowiedzi na pytania nr 29 i 33. Zamawiający poprosił o przedstawienie sposobu kalkulacji ceny za 1 m³ odwozu ziemi na odkład i podania wartości składników ceny jednostkowej (rozbicie ceny) oraz podania sposobu kalkulacji ceny jednej przepompowni z wymaganym wyposażeniem i podania

wartości składników ceny (rozbicie ceny), uwzględniając ilości podane w odpowiedzi na pytanie nr 32, wraz z podaniem wydajności pomp i typu agregatu prądotwórczego.

Przystępujący 5 sierpnia 2022 r. złożył wyjaśnienia w części obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyrokiem z dnia 10 października 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22 Izba nakazała odtajnienie tych wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów. W wyjaśnieniach Przystępujący oświadczył, iż jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w PFU, a zaoferowana cena obejmuje całkowite koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Stopień gotowości Wykonawcy do podjęcia się przedmiotowej inwestycji jest adekwatny i zgodny z wymaganiami określonymi w SWZ i w PFU, WWiORB oraz ze specyfiką niniejszego zamówienia. Uzupełniając odpowiedź na pytanie nr 29 Przystępujący wskazał, iż przy kalkulacji ceny za 1 m³ odwozu ziemi na odkład oparł się na ofercie podwykonawcy. Zaznaczył, iż w odpowiedzi na pytanie nr 29 wystąpiła oczywista omyłka pisarska tj. zamiast „średnia odległość około 20 km” powinno być „średnia odległość do około 20 km”. W załączeniu przedstawił oferty podwykonawców (załącznik nr 1 i 2). Uzupełniając odpowiedź na pytanie nr 33 Przystępujący wskazał, iż skalkulował w ofercie cenę jednej przepompowni składającej się z: pomp zatapialnych (2 pracujących i 2 rezerwowych), komory przepompowni, osprzętu hydrauliczno-mechanicznego; układu zasilająco-sterowniczego. Wskazał, iż wycena przepompowni została skalkulowana na podstawie oferty podwykonawcy zamieszczonej w załączniku. Przedstawiono także rozbicie ceny: zestaw pomp zatapialnych (2 pompy pracujące o wydajności ok. 50 l/s (jedna pompa) oraz 2 pompy rezerwowe o wydajności ok. 50 l/s (jedna pompa) – koszt 50.000 zł netto; komora przepompowni – koszt 100.000 zł netto; osprzęt hydrauliczno- mechaniczny – koszt 25.000 zł netto; układ zasilająco – sterowniczy – koszt 35.000 zł netto; agregat prądotwórczy o mocy do 100kW- koszt 60.000 zł netto; dostawa i montaż – koszt 25.000 zł netto; próbne uruchomienie – koszt 5.000 zł netto. Przystępujący zaznaczył, że parametry urządzeń pompowych jak również agregatu są tylko i wyłącznie informacyjne - właściwe i ostateczne parametry zostaną określone na etapie projektowania. Przystępujący załączył też oferty (załącznik nr 3 i 4).

W dniu 14 września 2022 r. zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, która to czynność została unieważniona na skutek wyroku Izby z dnia 10 października 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22. Następnie Zamawiający w dniu 28 października 2022 r. ponownie wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą i zawiadomił o tym fakcie wykonawców.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2940/22.

Izba za bezzasadne uznała zarzuty naruszenia art. 224 ust. 5, art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (zarzuty nr 2-4 odwołania), stwierdzając, iż Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień Przystępującego w sposób prawidłowy, a okoliczności stanu faktycznego sprawy nie dawały podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś ust. 6 stanowi, iż odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodzić należy się z Odwołującym, iż skierowanie wezwania do wyjaśnień ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Niemniej w ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego w piśmie z dnia 22 lipca 2022 r. oraz 5 sierpnia 2022 r. były wyjaśnieniami rzetelnymi i adekwatnymi do treści wezwania, jakie skierował do wykonawcy Zamawiający.

Izba stwierdziła, iż treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w dniu 22 lipca 2022 r. odpowiadała stopniowi szczegółowości wezwania, jakie do Przystępującego skierowano. Jak zauważono w wyroku z dnia 10 października 2022 r. sygn. akt KIO 2519/22, KIO 2533/22, które to stanowisko skłód orzekający w pełni podziela, Zamawiający zadał Przystępującemu 47 pytań dotyczących szeregu składników cenotwórczych, a na każde z nich wykonawca udzielił odpowiedzi na tyle szczegółowej, na ile niezbędna wydawała się Zamawiającemu konieczność weryfikacji tych składników ceny ofertowej. Odwołujący 1 twierdząc, że odpowiedzi Przystępującego były zbyt lakoniczne, krótkie czy ogólne, pomija okoliczność, że były one determinowane treścią zadanego pytania. Przykładowo jeżeli Zamawiający oczekiwał na pytanie nr 15 odpowiedzi jaką średnią grubość naziomu nad tunelami skalkulowano w ofercie, to otrzymywał informacje o średniej grubości naziomu przyjętej w ofercie, jeżeli Zamawiający oczekiwał na pytanie nr 16 odpowiedzi jaką cenę łączną 1m³ wykopu, składowania i ponownego wbudowania naziomu skalkulowano w

ofercie, to otrzymywał informację o wysokości tej ceny. Argumentacja Odwołującego 1 została oparta na szeregu okoliczności, które zdaniem Odwołującego powinny zostać ujęte w treści tych wyjaśnień, podczas gdy wezwanie skierowane przez Zamawiającego na konieczność taką nie wskazywało. Odwołujący 1 zdaje się oczekiwać przedstawienia przez Przystępującego szerszych informacji niż wymagał tego sam Zamawiający dla prawidłowej weryfikacji możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Ponadto Odwołujący 1 twierdząc, że Przystępujący nie złożył szczegółowych kalkulacji czy nie rozbudował wyjaśnień ponad udzielenie odpowiedzi na pytania, nie zauważa, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. W takim przypadku wykonawcy wraz z ofertą nie składają co do zasady szczegółowej kalkulacji ceny oferty z rozbiciem na ceny jednostkowe. Również w wezwaniu skierowanym do Przystępującego Zamawiający tego rodzaju rozbicia cenowego nie żądał. Zamawiający zadał Przystępującemu konkretne pytania w zakresie kosztów tych elementów, jakie wydawały się Zamawiającemu niezbędne do oceny, czy Przystępujący prawidłowo wycenił przedmiot zamówienia i przyjął do tej wyceny prawidłowe założenia. Należy także zwrócić uwagę, iż treść wezwania skierowanego do Przystępującego przez Zamawiającego w dniu 7 lipca 2022 r. - poza wskazaniem 47 pytań, na które udzielono odpowiedzi – miała charakter ogólny. Zamawiający poza wyjaśnieniem przyczyn skierowania wezwania do Przystępującego i obowiązków ciążących na Zamawiającym (str. 1 wezwania) oraz przedstawieniem listy pytań (str. 2-4 wezwania) powołał się jedynie na okoliczności wynikające z art. 224 ust. 3 i 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (str. 4 wezwania). Zamawiający nie sprecyzował innego niż wynikający z zadanych pytań zakresu informacji, jakich oczekiwał od wykonawcy. Odwołujący pominął również fakt, iż szereg zadanych Przystępującemu pytań nie tyle odnosiła się do ceny oferty, co do treści oferty i jej zgodności z warunkami zamówienia, wezwanie wystosowano bowiem także w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w odwołaniu nie podnoszono.

Izba wskazuje ponadto, iż treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego należy czytać w sposób kompleksowy, tworzą one jedną całość. Dlatego też mimo, że odpowiedzi udzielone przez Przystępującego na niektóre pytania Zamawiającego mogą wydawać się krótkie, to nie oznacza to, że nie pozwalają one na pozytywną ocenę przedstawionych wyjaśnień. Ze wszystkich 47 udzielonych odpowiedzi tworzy się niewątpliwie obraz założeń, jakie Przystępujący przyjął w zakresie sposobu realizacji zamówienia i kalkulacji ceny ofertowej. Tych założeń Odwołujący 1 w ogóle nie kwestionował. Odwołujący 1 skupił się wyłącznie na formalnoprawnym aspekcie badania ceny oferty Przystępującego przez Zamawiającego i nie podjął próby podważenia realności tej ceny, mimo iż na skutek odtajnienia wyjaśnień Odwołujący 1 dysponował pełną wiedzą o przyjętych przez

Przystępującego założeniach i wysokości poszczególnych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Argumentacja Odwołującego 1 w znacznej mierze sprowadzała się do przywołania orzecznictwa dotyczącego prowadzenia procedury wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący 1 nie twierdził, że nie ma możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za cenę zaproponowaną przez Przystępującego. Odwołujący 1 ani nie zakwestionował wartości poszczególnych składników ceny przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach, ani przyjętych przez Przystępującego założeń co do sposobu realizacji zamówienia. Tymczasem dokonując oceny prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na uznaniu, że wykonawca składając wyjaśnienia wykazał, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, nie można tracić z oczu celu, jakiemu służy instytucja wyjaśnień ceny oferty. Celem tym jest przede wszystkim ustalenie, czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Argumentacja odwołania od tego celu całkowicie abstrahuje.

Również wyłącznie formalny charakter miało kwestionowanie przez Odwołującego 1 załączonych do wyjaśnień Przystępującego w odpowiedzi na pytania nr 10, 13, 21 i 22 ofert partnerów handlowych (podwykonawców/dostawców materiałów). Odwołujący 1 wskazał jedynie na daty tych dokumentów, które były aktualne na dzień składania wyjaśnień, czyli zostały sporządzone po upływie terminu składania ofert (po 30 czerwca 2022 r.). Z powyższego Odwołujący 1 wywodził, że oferty te nie mogą potwierdzać prawidłowości kalkulacji cenowej. W ocenie Izby okoliczność ta nie podważa ani wiarygodności złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, ani realności przyjętej ceny. Izba za przekonujące uznała twierdzenia Przystępującego, iż posiada on długotrwałe relacje handlowe z podwykonawcami czy dostawcami materiałów i był on w stanie ustalić poziom kosztów w kwestionowanym zakresie kalkulując cenę oferty. Przedstawione oferty stanowią jedynie dokumenty potwierdzające prawidłowość przyjętych ustaleń. Odwołujący 1 nie podjął polemiki ze szczegółowym stanowiskiem Przystępującego zawartym w piśmie procesowym (str. 12-15), wyjaśniającym tę kwestię. Przystępujący, aby potwierdzić zasadność przyjętych założeń i kosztów, załączył do pisma procesowego jeszcze kolejne dwie oferty oraz oświadczenie podmiotu wykonującego obsługę laboratoryjną, do których Odwołujący 1 też się nie odniósł. Dodać należy, iż poza lakonicznym wskazaniem w odwołaniu, że oferty podwykonawców mają charakter ogólny i nie wyjaśniają kalkulacji ceny, brak jest jakichkolwiek wywodów, które prowadziłyby do podważenia prawidłowości przyjętych przez Przystępującego na podstawie tych ofert założeń i kosztów. Odwołujący 1 jedynie w zakresie oferty firmy Błyskbud wskazał na nieuwjęcie w niej kosztów ochrony i mediów związanych z najmem wytwórni mas bitumicznych, niemniej nie przedstawił żadnej kontrargumentacji,

która poddałaby w wątpliwość wiarygodność twierdzeń Przystępującego opisanych na str. 15-16 pisma procesowego, dotyczących tego aspektu, w tym okoliczności, że tego rodzaju koszty stanowią koszty ogólne budowy czy też koszty operacyjne wykonawcy i mają marginalne znaczenie dla ceny oferty.

Izba ponadto stwierdziła, iż wskazana w odwołaniu okoliczność, że Zamawiający na podstawie wyjaśnień, w tym ofert podwykonawców, nie poznał szczegółowej metodologii wyliczenia określonych cen, kosztów pracowniczych czy kosztów materiałów, nie przesądza o tym, że wyjaśnienia są niekompletne. Jak stwierdzono powyżej, Przystępujący odpowiedział na wszystkie pytania Zamawiającego, popierając podawane wartości czy też przyjęte założenia ofertami podmiotów trzecich. Zamawiający otrzymał wszystkie informacje, jakich oczekiwał, a przynajmniej jakich konieczność przedstawienia wyartykułował w treści wezwania. Odwołujący 1 z kolei, dysponując konkretnymi informacjami, nie podważył ich prawidłowości, a jedynie przedstawiał coraz to dalej idące, oderwane od treści wezwania, oczekiwania co do tego, co powinno się w wyjaśnieniach Przystępującego znaleźć. W ocenie Izby stopień szczegółowości udzielonych odpowiedzi był adekwatny do stopnia szczegółowości zadanych pytań.

Podnoszona przez Odwołującego 1 okoliczność, że Przystępujący w odpowiedzi na pytanie nr 9 nie przedstawił żadnych założeń czy wartości, abstrahuje od treści pytania, które dotyczyło wyłącznie potwierdzenia, czy wykonawca uwzględnił w ofercie ryzyko ujemnej waloryzacji. Podobnie w odniesieniu do pytania nr 14 Odwołujący argumentuje, że nie przedstawiono żadnych założeń czy nazw podwykonawców, podczas gdy Zamawiającego interesowała odpowiedź, czy Przystępujący zamierza wykonać konstrukcję tuneli siłami własnymi, czy też korzystać z podwykonawców, a jeśli tak to w jakim zakresie. Przystępujący odpowiedział jednoznacznie, że osobiście wykona kluczowe części zadania, zaś podwykonawcom zamierza zlecić wykonanie konstrukcji tunelu w ściśle określonym w odpowiedzi na pytanie zakresie (wykonania ścian szczelinowych, wykonania robót zbrojarskich, wykonania robót betoniarskich, wykonania robót wykończeniowych, wykonania robót instalacyjnych, wykonania robót odwodnienia i kanalizacji). Odpowiedź Przystępującego wyczerpywała w pełni zakres przedmiotowy zadanego mu pytania. Idąc dalej, w pytaniu nr 16 Zamawiający chciał uzyskać informacje jedynie o łącznej cenie 1m³ wykopu, składowania i ponownego wbudowania naziomu, jaką skalkulowano w ofercie i taką informację o łącznej cenie za 1m³ od Przystępującego otrzymał. Bezzasadne jest także stanowisko Odwołującego 1, podważające kompletność wyjaśnień z uwagi na fakt, iż Przystępujący w odpowiedzi na pytanie nr 23 nie złożył umów ramowych z dostawcami materiałów, skoro takich zawartych umów Przystępujący nie posiadał, co szczegółowo wyjaśnił w odpowiedzi na to pytanie. Odwołujący 1 pominął ponadto okoliczność, że zamiast

umów ramowych Przystępujący wraz z wyjaśnieniami złożył oferty wstępne oraz oferty handlowe dostawców materiałów. Chybione jest także wskazywanie w tym zakresie przez Odwołującego 1 na brak przedstawienia przez Przystępującego kalkulacji kosztów zakupu materiałów, skoro Zamawiający przedstawienia takiej kalkulacji nie żądał.

Nie jest także zasadne kwestionowanie wiarygodności wyjaśnień Przystępującego z tego względu, że w odpowiedzi na pytania nr 26, 27, 28, 30, 33, 36, 39 i 47 poprzestał on na podaniu wartości określonych elementów prac (robót bitumicznych, chodników, ścieżek rowerowych, ceny przepompowni, budowy linii światłowodowej, przebudowy sieci c.o., kosztu obiektu w ciągu drogi DK73). Zamawiający pytał wyłącznie o przyjętą w kalkulacji wartość tych prac (pytania brzmiały „jaką wartość [X] skalkulowano w ofercie?”). Jak już wskazano powyżej, Odwołującego 1 co prawda nie satysfakcjonują udzielone odpowiedzi, niemniej w ogóle nie wskazuje on, aby przyjęte koszty wykonania określonych prac nie zostały oszacowane na rynkowym poziomie, jak i nie wskazuje jakichkolwiek okoliczności, które mogłyby powodować powstanie po stronie Zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do możliwości realizacji tych elementów/zakresów prac za wskazaną cenę.

W ocenie Izby Przystępujący odpowiedział także w sposób należyty na pytanie nr 41, wyjaśniając jaką organizację robót przyjął (zamknięcie odcinka trasy w maksymalnym stopniu, dopuszczonym w PFU). Odwołujący 1 stawiając tezę, że udzielona na ww. pytanie odpowiedź nic nie wnosi, stanowiska swojego niczym nie poparł. Bezzasadne jest ponadto stanowisko Odwołującego, który podnosi, iż w odpowiedzi na pytanie nr 42 Przystępujący nie przedstawił żadnych danych, co do kosztów stworzenia zapleczy, ponieważ Zamawiający wymagał jedynie wyjaśnienia ile własnych zapleczy budowy skalkulował wykonawca, a nie jaki koszt z tym związany wykonawca ujął w cenie ofertowej. Tam gdzie Zamawiającego interesowała konkretna wysokość kosztów, Zamawiający wprost wskazywał w wezwaniu na konieczność przedstawienia takich informacji. Przystępujący udzielił odpowiedzi, iż w ofercie skalkulował jedno główne własne zaplecze budowy, a ponadto kontenerowe zaplecza punktowe przy każdym obiekcie mostowym. Nie jest zatem prawdą stanowisko Odwołującego 1, iż nie wiadomo, ile zapleczy skalkulowano w ofercie. Wbrew stanowisku Odwołującego, Przystępujący udzielił także odpowiedzi na pytanie nr 43. Zwrócić tu należy uwagę na sposób sformułowania pytania - Zamawiający poprosił o wskazanie lokalizacji zapleczy, jeżeli wykonawca jest w stanie ją wskazać („Czy wykonawca może wskazać ich lokalizację?”). Przystępujący wyjaśnił, iż konkretne lokalizacje będzie mógł wskazać na etapie realizacji zadania, niemniej będą one zgodne z wymaganiami PFU, które szczegółowo przytoczył. Powyższe potwierdza, że Przystępujący miał świadomość wynikających z PFU wymagań Zamawiającego w zakresie lokalizacji tych zapleczy. Udzielona odpowiedź była w ocenie Izby jasna i kompletna.

Odnosząc się w dalszej kolejności do twierdzeń Odwołującego 1 dotyczących wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego w dniu 5 sierpnia 2022 r. w odpowiedzi na drugie wezwanie, należy podkreślić, iż sam fakt wystosowania przez Zamawiającego do Przystępującego drugiego wezwania do wyjaśnień - wbrew stanowisku Odwołującego 1 - wcale nie potwierdza, że pierwsze wyjaśnienia Przystępującego były niekompletne. W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się na możliwość wezwania wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień, w szczególności w sytuacji, gdy uprzednie wezwanie miało charakter ogólny lub nie odnosiło się do określonych zagadnień, jak i w sytuacji, gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami, niemniej niektóre elementy tych wyjaśnień wzbudziły wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby wezwanie wystosowane do Przystępującego w dniu 29 lipca 2022 r. w zakresie odpowiedzi udzielonych na pytania nr 29 i 33 było jedynie wyrazem pewnych wątpliwości, jakie Zamawiający powziął podczas analizy złożonych uprzednio wyjaśnień, niemniej nie było ono konsekwencją – jak podnosił Odwołujący 1 - nieudzielenia wyczerpujących odpowiedzi na pytania (Przystępujący każdorazowo udzielał konkretnych, wyczerpujących treść pytań, odpowiedzi), lecz raczej wynikiem dążenia przez Zamawiającego do uzyskania bardziej szczegółowych informacji, o które wprost wcześniej nie zapytał. W pytaniach nr 29 i 33 zawartych w pierwszym wezwaniu Zamawiający prosił jedynie o podanie skalkulowanej w ofercie ceny odpowiednio 1m³ odwozu ziemi na odkład oraz ceny 1 przepompowni wraz z wyposażeniem i odpowiedź taką otrzymał. Dopiero w oparciu o konkretne wartości wskazane przez Przystępującego w wyjaśnieniach Zamawiający powziął pewne wątpliwości implikujące konieczność poznania bardziej szczegółowych danych - składników podanych cen, a w zakresie pomp także wydajności pomp i typu agregatu prądotwórczego. Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, że skoro Zamawiający poprosił o podanie pewnych danych czy parametrów, to znaczy że nie otrzymał ich uprzednio, a zatem nie uczyniono zadość pierwszemu wezwaniu. Zamawiający owszem nie otrzymał tych informacji, ale dlatego, że zadane przez niego pytania nie były dostatecznie szczegółowe. Izba stwierdziła, iż był on w pełni uprawniony do skierowania do Przystępującego drugiego wezwania, w zakresie w jakim powziął wątpliwości i niezbędne dla oceny oferty Przystępującego stały się bardziej szczegółowe informacje.

Nie jest zasadne ponadto wywodzenie przez Odwołującego 1, że Przystępujący nie mógł do wyjaśnień z dnia 5 sierpnia 2022 r. załączyć nowych dowodów. Po pierwsze Zamawiający dopuścił taką możliwość w treści wezwania, a po drugie wykonawca zgodnie z ustawą Pzp nie tyle może, co wręcz powinien poprzeć swoje wyjaśnieniami dowodami. Jeżeli zatem Zamawiający oczekiwał od Przystępującego bardziej szczegółowych informacji, na które nie wskazał w pierwszym wezwaniu, to Przystępujący składając wyjaśnienia w tym przedmiocie mógł dołączyć dowody na ich poparcie. W pierwszym wezwaniu Zamawiający

pytał wyłącznie, w sposób hasłowy, o cenę określonych elementów. Dopiero drugie wezwanie było bardziej szczegółowe i odpowiadając na nie Przystępujący załączył dokumenty obrazujące (zgodnie z wezwaniem) opis wartości składników ceny (stawki za transport ziemi na określoną odległość, rozbiecie cenowe w zakresie przepompowni, informacje o jej wyposażeniu). Znamienne jest przy tym, że Odwołujący 1 mimo, iż po odtajnieniu otrzymał pełną treść odpowiedzi udzielonych przez Przystępującego w zakresie pytań nr 29 i 33, nie podjął merytorycznej polemiki z przyjętymi tam założeniami. Przykładowo w odniesieniu do pytania nr 29 Odwołujący 1 jedynie stwierdza, że określonych informacji nie przedstawiono, nie próbuje jednak podważyć przyjętej ceny za 1m³ odwozu ziemi na odkład, której rynkową wysokość potwierdzają załączone przez Przystępującego oferty. Nie jest ponadto prawdą, że w oparciu o wyjaśnienia Przystępującego Zamawiający nie dowiedział się, jak wykonawca skalkulował cenę za 1m³ odwozu ziemi na odkład, skoro z załączonych ofert wynikają konkretne stawki za transport na określone odległości, korelujące z przyjętą przez Przystępującego ceną za odwóz do ok. 20 km. Odwołujący 1 na rozprawie nie odniósł się w ogóle do twierdzeń Przystępującego zawartych na stronie 21-22 dotyczących kalkulacji odwozu ziemi.

Również udzielona przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 5 sierpnia 2022 r. odpowiedź dotycząca pytania nr 33 (przepompowni) nie została w odwołaniu merytorycznie zakwestionowana. Odwołujący 1 wskazał wyłącznie na kwestie typowo formalne - daty ofert oraz błędną pieczęć na parafie. W zakresie kwestionowanych dat ofert załączonych do wyjaśnień pełną aktualność zachowują wywody opisane we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia. Słusznie także zwrócił uwagę Przystępujący, iż jedna z ofert na dostawę i wykonanie przepompowni opatrzona jest datą sprzed terminu składania ofert. Z kolei nakładające się na siebie pieczęci na parafie znajdującej się w ww. ofercie, w ocenie Izby, nie wpływają na wiarygodność złożonego dokumentu. Powyższy przykład pokazuje nieprawidłowe podejście Odwołującego 1 do kwestionowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny - zamiast skupić się na faktycznym wykazaniu, że nie ma możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego, Odwołujący powoływał się wyłącznie na aspekty techniczne, formalne, nie mające zasadniczego przełożenia na ocenę złożonych wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe brak było podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i art. 17 ust 2 w zw. z art 253 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców, w sytuacji, gdy złożona oferta podlegała odrzuceniu (zarzut nr 1 odwołania). Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie zaś z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Izba stwierdziła, iż okoliczności stanu faktycznego przedmiotowej podstawy nie dawały podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, czy też w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, co omówiono powyżej. Tym samym prawidłowość wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie została podważona. Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający swoim działaniem naruszył przepisy ustawy Pzp. Ponadto za bezzasadne Izba uznała wskazywanie w odwołaniu na naruszenie art. 253 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten statuuje jedynie obowiązek informacyjny, wskazując, iż niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający pismem z dnia 28 października 2022 r. powiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty jednego z wykonawców, tym samym dopełniając nałożonych na niego ustawą Pzp obowiązków informacyjnych, zgodnie z wynikiem zakończonego procesu badania i oceny ofert.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2940/22 podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2940/22 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Sygn. akt KIO 2947/22

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 252 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie Izba wskazuje, iż za nieprawidłowe uznała powoływanie się przez Odwołującego 2 na naruszenie art. 252 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę w terminie związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia. Regulacja ta wskazuje, iż Zamawiający ma co do zasady dokonać wyboru oferty w okresie, w którym wykonawca jest tą ofertą związany. Dalsze ustępy tego przepisu odnoszą się do warunków wyboru oferty, kiedy okres związania nią już upłynął. Tymczasem podstawy faktyczne zarzutów odwołania nie odnosiły się w ogóle do kwestii terminu związania ofertą, a jedynie do ceny oferty Przystępującego. Jeżeli Odwołujący twierdził, że Zamawiający dokonał wyboru oferty w sposób niezgodny z ustawą Pzp, ponieważ powinien był odrzucić ofertę Przystępującego jako zawierającą rażąco niską cenę, to wystarczającą podstawę prawną zarzutu stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Przechodząc do kwestii rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp za nieudowodniony. Już tylko literalne brzmienie omawianej regulacji wskazuje, iż podstawa do odrzucenia oferty będzie miała miejsce tylko w przypadku, gdy cena oferty jest ceną rażąco niską, a nie niską. Ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać. W ocenie Izby, jakkolwiek cena oferty Przystępującego była relatywnie niska, to nie w sposób rażący.

Odwołujący 2 uzasadniając zarzuty wskazał jedynie na dwa elementy przedmiotu zamówienia, które jego zdaniem zostały przez Przystępującego wycenione w sposób nierynkowy, znacznie poniżej kosztów które wykonawca poniesie wykonując tę część zamówienia, tj. roboty bitumiczne oraz roboty betonowe. W ocenie Odwołującego 2 wycena tych dwóch elementów przesądzała o tym, iż cena oferty była ceną rażąco niską. W odwołaniu pominięto jednak całkowicie fakt, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, co oznacza, że obejmuje wszelkie koszty ponoszone

w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia (w rozpoznawanej sprawie, zgodnie z Opistem sposobu obliczenia ceny – koszty Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednio (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki zgodnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy). W przypadku, gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym zasadnicze znaczenie ma ustalenie, czy cena całkowita oferty została skalkulowana na rynkowym poziomie. Tymczasem Odwołujący 2 nie odniósł się w ogóle do kwestii, czy cena oferty Przystępującego jako całość może być uznana za cenę rynkową, czy też nie. Odwołujący przemilczał przy tym fakt, że cena oferty Przystępującego określona na kwotę 713 402 055,63 zł brutto jedynie minimalnie odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na poziomie 738 468 702,32 zł brutto, stanowiła ok. 97% tej wartości szacunkowej. Jednocześnie Odwołujący 2 nie kwestionował prawidłowości szacowania wartości zamówienia dokonanego przez Zamawiającego.

Dalej należy zauważyć, że Odwołującemu 2 w chwili wnoszenia odwołania znane było także stanowisko Zamawiającego co do przyjętych przez niego ilości i wartości robót bitumicznych oraz robót z betonów konstrukcyjnych – informacje takie przedstawione zostały w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22, gdzie podano zarówno przewidywaną przez Zamawiającego ilość tych robót w m³, jak i wartość według katalogów Sekocenbud obowiązujących w dacie składania ofert. Również tych danych w treści odwołania nie zakwestionowano. Odwołujący 2 dopiero podczas rozprawy, niemniej w sposób wyłącznie hasłowy, poddał w wątpliwość zasadność oparcia się przez Zamawiającego na określonych katalogach Sekocenbud, wskazując na to, iż to katalogi przywołane przez Odwołującego należałoby uznać za bardziej miarodajne. Okoliczność ta nie była jednak objęta podstawami faktycznymi zarzutów, a nadto stanowisko Odwołującego 2 pozostało gołosłowne. Odwołujący nie wyjaśnił nawet dlaczego za bardziej adekwatne należy uznać wyższe ceny wynikające z katalogów, którymi posłużył się Odwołujący. Odwołujący jednocześnie nie odniósł się w ogóle do konkretnych danych wynikających z zestawień zawartych w piśmie procesowym Zamawiającego z dnia 21 listopada 2022 r., gdzie w tabeli dotyczącej robót betonowych (str. 7) wskazano szacowaną ilość m³ betonu dla poszczególnych obiektów i szacowaną wartość tych robót, zaś w tabeli dotyczącej prac bitumicznych (str. 9-11) wskazano szczegółowe dane dotyczące powierzchni dróg i wyceny, z podziałem na konkretne kategorie dróg i odcinki, z uwzględnieniem rodzaju warstwy i jej grubości. Odwołujący nie podważył prawidłowości założeń przyjętych przez Zamawiającego.

Porównując zaś wartości wskazane w wyjaśnieniach Przystępującego z danymi

przyjętymi przez Zamawiającego należy stwierdzić, iż wycena wartości robót z betonów konstrukcyjnych dokonana przez Przystępującego (141 018 411,75 zł) była wyższa od wynikającej z katalogów Sekocenbud wskazanych przez Zamawiającego (137 270 900,00 zł), z kolei wartość robót bitumicznych (37 737 372,77 zł) mieściła się w górnej granicy zakresu wskazanego przez Zamawiającego (29 200 000 zł – 44 192 000 zł). Skoro zatem Odwołujący 2 nie zakwestionował skutecznie przyjętych przez Zamawiającego założeń w zakresie wartości globalnej, jak i wartości poszczególnych robót, a cena oferty Przystępującego odpowiadała tym założeniom, to trudno uznać za uwiarygodnioną tezę, iż cena ta czy też jej części składowe (wartość robót z betonów konstrukcyjnych/wartość robót bitumicznych) miałyby mieć charakter rażąco niski. Przy czym dodać tu należy, iż art. 224 ust. 1 ustawy Pzp referuje do istotnych części składowych ceny, Odwołujący 2 nie przedstawił zaś żadnej argumentacji wykazującej, że wartości ww. robót powinny zostać uznane za istotne części składowe ceny. Ma to znaczenie zwłaszcza w kontekście robót bitumicznych, których wartość przyjęta przez Przystępującego stanowiła jedynie ok. 5,3% ceny jego oferty.

Izba stwierdziła ponadto, iż Odwołujący 2, w celu podważenia prawidłowości wyceny przez Przystępującego robót z betonów konstrukcyjnych oraz robót bitumicznych oparł się na przyjętych przez siebie założeniach co do zakresu prac, wolumenu oraz cen, jednocześnie nie wykazując, że są to jedyne prawidłowe, możliwe do przyjęcia założenia. Jak słusznie zauważył Przystępujący, w przypadku przedmiotowego zamówienia, które obejmuje zaprojektowanie i budowę drogi ekspresowej, głównym czynnikiem determinującym cenę jest przyjęta koncepcja projektowa oraz wypracowane relacje handlowe z dostawcami materiałów i podwykonawcami. Istotnym jest, że przyjęte przez poszczególnych wykonawców koncepcje projektowe nie były możliwe do porównania, podobnie jak przyjęta wartość robót z betonów konstrukcyjnych oraz robót bitumicznych. Na podstawie złożonych wraz z ofertami Wykazów płatności możliwe jest wyodrębnienie wyłącznie następujących elementów zryczałtowanych: wymagania ogólne (max. 6% względem całości kontraktu), dokumenty wykonawcy (max. 5% względem całości kontraktu) oraz roboty. Siłą rzeczy nie jest zatem możliwe arytmetyczne porównanie zaoferowanych w postępowaniu cen w zakresie innych niż wyżej wskazane elementów składowych ceny w ofertach wykonawców. Samo zaś zestawienie wartości przyjętych przez Przystępującego z wartościami wskazanymi przez Odwołującego 2 jest w ocenie Izby o tyle niemiarodajne, że uwzględnia tylko subiektywny, jednostronny punkt widzenia Odwołującego 2, zależny od koncepcji projektowej przez niego przyjętej i opracowany na potrzeby konkretnego postępowania odwoławczego (po zapoznaniu się przez Odwołującego z wyceną dokonaną przez Przystępującego). Izba zgodziła się z Przystępującym, iż uzasadnienie odwołania opiera się na pewnych

hipotetycznych założeniach przyjętych przez Odwołującego 2, ale bez oceny wszystkich okoliczności sprawy i z pominięciem szerszego kontekstu sytuacji faktycznej.

Ponadto Izba wskazuje, iż nawet uwzględniając wyniki przeprowadzonej przez Odwołującego 2 analizy należy stwierdzić, że nie daje ona podstaw do stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska. Gdyby na potrzeby obliczenia średniej arytmetycznej cen ofert wziąć pod uwagę wyłącznie wartość robót wskazaną w wyjaśnieniach przez Przystępującego oraz maksymalną wartość robót wskazaną w treści odwołania (Odwołujący 2 przyjął bowiem dwa warianty – własną, „optymalną” wartość robót oraz minimalną wartość robót wynikających z katalogów Sekocenbud), to wartości przyjęte przez Przystępującego i tak nie odbiegają o 30% od tak ustalonej średniej. Obrazuje to jednoznacznie tabela zawarta w punkcie 24 pisma procesowego Przystępującego. Danych wskazanych w tej tabeli Odwołujący 2 nie kwestionował. Tym samym nie sposób uznać ceny dwóch ww. elementów składowych, jak i ceny całkowitej oferty Przystępującego za rażąco niskie, skoro po pierwsze przyjęte ceny korelują z wartością szacunkową zamówienia, jak i przyjętymi przez Zamawiającego na podstawie koncepcji programowej założeniami w zakresie robót z betonów konstrukcyjnych i robót bitumicznych, a po drugie nie odbiegają istotnie (tj. o co najmniej 30%) od maksymalnych wskazanych w treści odwołania wartości. Jakichkolwiek innych okoliczności niż sama wartość robót z betonów konstrukcyjnych oraz robót bitumicznych, które mogłyby budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w odwołaniu nie podniesiono. Trudno w takiej sytuacji stwierdzić, aby Odwołujący poważał możliwość realizacji zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego.

W odniesieniu do robót bitumicznych (poza wskazaną już powyżej argumentacją), Izba stwierdziła, iż zaprezentowana w odwołaniu metodyka wyliczenia kosztów, jakie zdaniem Odwołującego 2 wiążą się z robotami bitumicznymi, stanowi wyłącznie obraz koncepcji przyjętej przez wnoszącego odwołanie. W ocenie Izby Odwołujący 2 nie dowiódł, że prezentowane przez niego założenia są jedynymi możliwymi do przyjęcia minimalnymi i prawidłowymi założeniami. W szczególności Odwołujący 2 nie odparł stanowiska Zamawiającego i Przystępującego co do zawyżenia przyjętej w odwołaniu na potrzeby wyliczeń powierzchni nawierzchni bitumicznych, w tym nieprawidłowego uwzględnienia konieczności wykonania wszystkich nawierzchni KR6 w tej samej technologii (Odwołujący 2 na rozprawie przyznał, że dokonał w tym zakresie pewnego uproszczenia). Odwołujący 2 nie odniósł się też do twierdzeń Przystępującego, iż na przyjętą ilość masy bitumicznej wpływa szereg czynników wynikających z założeń projektowych, jak projekty węzłów, przeprowadzenie tras, komunikacja terenów przyległych, niwelety, czy też przyjęcie przez Przystępującego na odcinkach tunelowych nawierzchni betonowej, a nie bitumicznej, jak i do

twierdzeń Zamawiającego, że roboty bitumiczne na ciągu głównym kończą się wcześniej (na końcu tej drogi istnieje już droga ekspresowa). Ponadto Odwołujący 2 w swoim wywodzie pominął, iż wycena dokonana przez Przystępującego wpisywała się w przyjęty przez Zamawiającego na podstawie Sekocenbud zakres kosztów tego rodzaju robót. Jednocześnie w odwołaniu nie uwzględniono pełnej treści wyjaśnień Przystępującego - jak zauważył Przystępujący w piśmie procesowym, w odpowiedzi na pytanie nr 13 opisał on sposób produkcji i dostawy MMA, załączając także ofertę na najem wytwórni mas bitumicznych (załącznik nr 4 do wyjaśnień), a w odpowiedzi na pytanie nr 22 odniósł się do kwestii zakupu kruszyw, załączając oferty lokalnych dostawców (załącznik nr 6 i 7 do wyjaśnień). Okoliczności tych Odwołujący 2 w ogóle nie wziął pod uwagę prezentując założenia do wyceny robót bitumicznych, a przynajmniej nie wynika to z treści odwołania. Z kolei na rozprawie Odwołujący 2 *de facto* w ogóle nie odniósł się do argumentacji Przystępującego dotyczącej wyceny robót bitumicznych oraz robót z betonów konstrukcyjnych zawartej na str. 11-14 pisma procesowego.

W zakresie robót z betonów konstrukcyjnych, Izba stwierdziła, iż Odwołujący 2 nie odparł stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, iż zakresem pytania nr 30 objęto wyłącznie koszty związane z wykonaniem robót z betonów konstrukcyjnych, bez uwzględnienia stali zbrojeniowej. Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, w treści wezwania „*pytał o roboty betonowe, czyli beton większy niż B10 [poprzednia nomenklatura – przyp. Izby], a założenia Przystępującego były zgodne z wyceną Zamawiającego.*” Okoliczność, iż Przystępujący rozróżniał roboty betoniarskie od zbrojarskich wynika z odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 14 (wyjaśnienia z dnia 22 lipca 2022 r.). Sam Odwołujący 2 w treści odwołania (str. 7) dokonał rozróżnienia na betony konstrukcyjne oraz stal zbrojeniową. Jednocześnie jednak Odwołujący 2 nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie, jeżeli Zamawiający pytał o „wartość robót z betonów konstrukcyjnych” to należało uwzględnić w tym także wartość prac zbrojarskich i stal zbrojeniową. Tym samym przedstawione w treści odwołania analizy obarczone są błędem co do zakresu robót, jaki został przez Przystępującego uwzględniony w kwocie 141 018 411,75 zł wskazanej w odpowiedzi na pytanie nr 30. Gdyby wartość tę powiększyć o koszty robót zbrojeniowych, to nie odbiegałaby ona od założeń prezentowanych przez Odwołującego 2. Odwołujący 2 pominął także okoliczność, iż wycena dokonana przez Przystępującego korelowała z kosztami przyjętymi przez Zamawiającego na podstawie katalogów Sekocenbud, jak i nie zakwestionował wyników analizy cen prac bitumicznych zobrazowanej szczegółowo w zestawieniu zawartym na str. 9-11 pisma Zamawiającego z dnia 21 listopada 2022 r.

W świetle powyższego, analiza treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego pod kątem argumentacji przedstawionej w odwołaniu, z uwzględnieniem

stanowisk procesowych Stron i Uczestnika oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, doprowadziła Izbę do przekonania, iż brak jest podstaw do podważenia prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego, a tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przedstawione przez Odwołującego 2 dowody były o tyle niemiarodajne, że referowały one do założeń przyjętych w odwołaniu, które to założenia zostały w postępowaniu odwoławczym podważone. Dodać przy tym należy, iż szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 537 ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego przez pryzmat argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej w odwołaniu. Tymczasem dokonana przez Odwołującego 2 analiza stanu faktycznego sprawy była wybiórcza i jednostronna.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2947/22 podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2947/22 orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze wszystko powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....