

Sygn. akt: KIO 3283/23

WYROK

z dnia 20 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Poprawa
Członkowie:	Katarzyna Prowadzisz Małgorzata Rakowska
Protokolant:	Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 listopada 2023 roku odwołania wniesionego w dniu 3 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy oraz NAVIGA-STAL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielczowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3283/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy oraz NAVIGA-STAL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielczowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie zamówienia publicznego: „Ochrona przeciwpowodziowa i osiągnięcie korzystnego bilansu wodnego w rejonie Odry Środkowej – cofka stopnia wodnego Malczyce”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 040-115713 w dniu 24 lutego 2023 roku. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2022 roku, Dz.U.2022.1710 t.j.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Zamawiający nie korzysta z procedury odwróconej uregulowanej w art. 139 ust. 1 ustawy.

W dniu 3 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO- WOD” Sp. z o.o. oraz NAVIGASTAL Sp. z o.o. (zwanego dalej „Odwołującym”) na czynności oraz zaniechanie Zamawiającego w toku postępowania i polegające na wyborze oferty PORR S.A. oraz zaniechaniu odrzucenia oferty PORR S.A. (dalej także „PORR”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności:

- 1) **art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 Pzp i w związku z art. 233 ust.1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem wskazuje w szczególności do podzadania 7 określoną wartość kwotową co do robot budowlanych, podczas gdy nie jest możliwe wykonywanie robót budowlanych w ramach podzadania 7 w roku 2024, co potwierdzają także wyjaśnienia wykonawcy PORR, które zostały przez Zamawiającego ocenione w sposób nieprawidłowy, a zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy, które pozostają w sprzeczności z jego poprzednim stanowiskiem wyraźnie wskazującym na niemożliwość wykonania robót budowlanych w ramach podzadania 7 w 2024 roku.
- 2) **art. 226 ust. 1 pkt 7) w związku z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 233 ust.1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo, że złożone przez PORR wyjaśnienia potwierdzają,

iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca PORR wskazuje, iż dokumenty które przedstawił w toku postępowania odwoławczego, a które stały się przyczyną odrzucenia konkurencji są częścią postępowania odwoławczego i nie należy ich stosować do PORR, co prowadzi do wniosku, iż przedstawienie nieprawdy w tych dokumentach jest dozwolone na etapie postępowania odwoławczego w celu wyeliminowania innych wykonawców; co stanowi czyn sprzeczny z dobrymi obyczajami i zagraża oraz stanowi naruszenie interesów innych wykonawców,

3) art. 239 ust. 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wybór oferty PORR, jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz jest ofertą złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co łącznie narusza art. 16 ust.1 ustawy Pzp, bowiem w tych samych okolicznościach, w stosunku do tego samego stanu faktycznego, w tym samym postępowaniu Zamawiający w sposób diametralnie różny traktuje wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty PORR jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty PORR jako niezgodnej z warunkami zamówienia/złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
- 3) dokonanie badania oferty Odwołującego i wybór oferty Odwołującego

Odwołujący wniósł także o zaliczenie w poczet niniejszego postępowania odwoławczego całej dokumentacji z postępowania odwoławczego o sygnaturze KIO 2493/23, 2494/23 (sygnatura łączna), przy czym dla potrzeb przedmiotowego postępowania istotne jest postępowanie odwoławcze o sygnaturze KIO 2494/23.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która obecnie została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na niemożliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, bowiem Zamawiający nie dokonał weryfikacji oferty PORR w sposób prawidłowy, przede wszystkim w sposób zgodny z postanowieniami swojej własnej SWZ oraz przepisami ustawy Pzp.

Działanie Zamawiającego stanowi wyraz nierównego traktowania wykonawców, w szczególności w kontekście stanu faktycznego w niniejszym postępowaniu. Odwołujący może ponieść szkodę poprzez niemożliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia i zawarcia umowy, co nie miałyby miejsca, gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę PORR, a w konsekwencji także ją odrzucił.

W dniu 24 października 2023 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty PORR, pomimo, iż oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co potwierdzają wyjaśnienia udzielone przez PORR w dniu 18 października 2023 roku.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 19 kwietnia 2023 roku w niniejszym postępowaniu złożono 5 ofert.

Zamawiający pierwotnie dokonał wyboru oferty Budimex S.A., który to wybór PORR zakwestionował odwołaniem z dnia 23 sierpnia 2023 roku. W odwołaniu PORR żądał odrzucenia oferty Budimex oraz Sinohydro wskazując, iż oferty te zostały sporządzone niezgodnie z warunkami zamówienia oraz zawierają błąd w obliczeniu ceny.

W postępowaniu odwoławczym wywołanym wniesieniem odwołania przez PORR Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 8 września 2023 roku Wyrok o łącznej sygnaturze KIO 2493/23 oraz 2494/23, w którym nakazała odrzucenie ofert Budimex oraz Sinohydro.

W przedmiotowym Wyroku Izba wskazała iż:

„Odwołujący w odwołaniu wskazywał i wykazywał niemożliwość realizacji robót budowlanych w pierwszych dwóch latach realizacji zamierzenia inwestycyjnego w zakresie zadania 2. W ocenie Izby powyższe, w kontekście postanowień PFU oraz pozostałych dokumentów, a także stanowiska Zamawiającego z rozprawy wcześniej już przytoczonego uzasadnia twierdzenie, że w pierwszych dwóch latach realizacji inwestycji nie jest możliwe wykonywanie robót budowlanych w ramach zadania 2 (a z całą pewnością takich robót nie da się wykonywać w roku 2023 na co wskazał sam Zamawiający). Niemożliwość realizacji robót budowlanych w ramach zadania 2 w latach 2023 i 2024 wynika z określonej sekwencji prac w ramach tego zamierzenia inwestycyjnego wynikających z formuły w jakiej ono jest prowadzone. Wykonanie w pierwszym etapie dokumentacji projektowej, opracowanie koncepcji, wybór koncepcji przez Zamawiającego, dokonanie uzgodnień z Zamawiającym oraz uzyskanie decyzji administracyjnych potwierdza, że przedmiot zamówienia opisany PFU nie ujmuje w tej fazie wykonania robót budowlanych”.

(...)

„Mając na uwadze powyższe, czyli dokonane jednoznacznie stwierdzenie, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia dla zadania 2, a zawartego w PFU oraz SWZ i Istotnych postanowieniach umowy, w pierwszych dwóch latach realizacji zamierzenia inwestycyjnego nie jest możliwa realizacja robót budowlanych Izba stwierdziła, że podanie w Szczegółowym formularzu ofertowym – załącznik 3a do SWZ dla podzadań w zadaniu 2, przez wykonawcę Budimex oraz przez wykonawcę Sinohydro kwot w pozycjach Wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem zgody na użytkowanie, dowodzi niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Podanie kwot w ww. pozycjach każdego podzadania w zadaniu 2, dla lat 2023 i 2024 stanowi w ocenie Izby emanację oświadczenia co do przyjętego przez ww. wykonawców sposobu realizacji zamówienia”.

W powyżej wskazanym wyroku Izba przesądziła także, iż w ramach opisu przedmiotu zamówienia dla zadania 2, a zawartego w PFU, SWZ i istotnych postanowieniach umowy, w pierwszych dwóch latach realizacji zamierzenia inwestycyjnego nie jest możliwa realizacja robót budowlanych, a podanie w załączniku 3a dla podzadania 7 w zadaniu 2 kwoty w pozycji –„Wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem zgody na użytkowanie” dowodzi niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Zdaniem Izby, skoro podano kwoty w pozycjach dla podzadań w zadaniu 2 w latach 2023 i 2024 w zakresie robót budowlanych, to jest oświadczenie wykonawcy, co do przyjętego sposobu realizacji zamówienia. A ten sposób realizacji jest niezgodny z PFU, SWZ i istotnymi postanowieniami umowy.

Bezsprzecznie zatem przyjęcie określonych kwot w pozycjach dotyczących robót budowlanych dla podzadań w zadaniu 2 w latach 2023 i 2024 dowodzi niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

W tym miejscu należy wskazać, że dokładnie taką samą niezgodność oferty z warunkami zamówienia zawiera oferta PORR, bowiem w zakresie zadania 2 dla podzadania 7 podano wartości kwotowe w roku 2024 dla robót budowlanych. Wykonawcy Budimex i Sinohydro w zakresie zadania 2, w załączniku 3a podali natomiast wartości kwotowe dla robót budowlanych dla roku 2023 i 2024.

Oferty Budimex i Sinohydro zostały odrzucone, jako niezgodne z warunkami zamówienia z uwagi na założenie realizacji robót budowlanych a tym samym przyjęcie określonych wartości kwotowych dla podzadania 7 zadania 2 w 2023 i 2024 roku.

Również PORR założył realizację robót budowlanych w podzadaniu 7 zadania 2 w roku 2024 co znalazło odzwierciedlenie w przyjęciu określonych wartości kwotowych w tym

okresie. Tym samym PORR popełnił dokładnie ten sam błąd w swojej ofercie, co Budimex i Sinohydro, co świadczy o niezgodności oferty PORR z warunkami zamówienia.

PORR w swoim odwołaniu, w wyniku którego odrzucone zostały oferty Budimex i Sinohydro wskazał, iż nie jest możliwe prowadzenie robót dla podzadania 7 w 2024 roku (ze względu na możliwość rozpoczęcia dopiero po 24.12.2024 r.).

Cytując odwołanie PORR należy wskazać cyt.: „W przypadku Podzadania nr 7 należy bowiem sporządzić wszelką dokumentację niezbędną do uzyskania decyzji o pozwoleniu na realizację inwestycji na podstawie przepisów ustawy z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych i przepisów powiązanych (pkt 1.4.1 PFU).”

PORR przedstawił w swoim odwołaniu tabelę obrazującą minimalne okresy i terminy potrzebne do wykonania dokumentacji projektowej oraz uzyskania decyzji administracyjnych w odniesieniu do Podzadania nr 7.

Co należy wyraźnie podkreślić PORR wielokrotnie podnosił w swoim odwołaniu, że jest to tabela obrazująca minimalne okresy i terminy, a zatem są to najkrótsze z możliwych okresy dla wykonania dokumentacji projektowej.

W ślad za odwołaniem PORR Odwołujący przywołał tabelę minimalnych okresów/terminów do wykonania dokumentacji projektowej oraz uzyskania decyzji administracyjnych dla podzadania nr 7:

Tabela. Podzadanie nr 7. Modernizacja i przebudowa wału przeciwpowodziowego lewobrzeżnego w km od 13+625 - do mostu kolejowego w Brzegu Dolnym (Głoska-Brzeg Dolny)

Lp.	Nazwa czynności	Liczba dni	Okres
1.	wykonanie niezbędnych badań i pomiarów geodezyjnych i geotechnicznych	20	01.08.23 - 28.08.23
2.	Opracowanie map do celów projektowych	20	29.08.23 - 25.09.23
3.	Wykonanie niezbędnych inwentaryzacji przyrodniczych	90	26.09.23 - 29.01.24
4.	Wykonanie Karty Informacyjnej Przedsięwzięcia oraz Raportu OOS (jeżeli będzie wymagany)	90	30.01.24 - 03.06.24
5.	Wykonanie koncepcji przebudowywanych wałów	40	30.01.24 - 25.03.24
6.	Wykonanie operatu wodnoprawnego	40	30.01.24 - 25.03.24
7.	Wykonanie projektu Budowlanego i Projektu Technicznego wraz z uzyskaniem wszelkich wymaganych przepisami prawa decyzji administracyjnych oraz pełnym zakresem wykonania wszelkich dokumentacji i opracowań, uzgodnień niezbędnych do ich uzyskania	196	26.03.24 - 24.12.24
8.	Wykonanie projektu Budowlanego i Projektu Technicznego	60	26.03.24 - 17.06.24
9.	Decyzja zwalniająca z zakazów określonych w art. 176 ust.1 pkt 1-5 Prawa wodnego	10	18.06.24 - 01.07.24
10.	Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach	42	02.07.24 - 28.08.24
11.	Decyzja o pozwoleniu wodnoprawnym	42	29.08.24 - 25.10.24
12.	Decyzja o pozwoleniu na realizację inwestycji (PNRI)	42	28.10.24 - 24.12.24

Jak zatem z powyższego wynika PORR wskazuje, że etap uzyskania decyzji administracyjnych dla podzadania 7 kończy się z końcem 2024 roku, a dokładnie 24 grudnia 2024 roku. Przy czym jak zostało to wskazane są to terminy minimalne. Nawet jednak, jeśli przyjąć owe terminy minimalne to i tak z powyższego zestawienia wynika, że wykonanie podzadania nr 7 w ramach zadania 2 w 2024 roku nie będzie w ogóle możliwe. Skoro etap uzyskiwania decyzji administracyjnych zakończy się z końcem 2024 roku nie będzie w żaden sposób możliwe wykonanie robót budowlanych w 2024 roku.

Twierdzenia PORR w tym zakresie potwierdziła KIO w przywołanym powyżej wyroku wskazując wprost, iż w świetle zapisów SWZ, PFU oraz istotnych postanowień Umowy nie będzie możliwe wykonanie robót budowlanych w zakresie podzadań dla zadania 2 również w roku 2024. Powyższe przesądza o niezgodności oferty PORR z dokumentami zamówienia. Zatem, skoro ten sam błąd (niezgodność z warunkami zamówienia) co Budimex i Sinohydro popełnił PORR, to jego ofertę należy odrzucić. Jest to szczególnie istotne w kontekście własnych oświadczeń PORR w odwołaniu jak i na rozprawie.

Podkreślić należy, biorąc pod uwagę wskazane powyżej tabele, że dla podzadania 7 Budimex w 2024 roku przewidział kwotę 7 851 950,26 złotych, podczas gdy PORR przewidział kwotę 9 901 956, 49 złotych, a zatem około 2 mln wyższą.

Jak oświadczył PORR w odwołaniu, a następnie na rozprawie (w sprawie 2494/23) w 2024 roku nie będzie możliwe w ogóle wykonanie robót budowlanych dla podzadania 7. Wobec powyższego przyjęcie kwoty 9 901 956,49 złotych w 2024 roku w ofercie PORR stanowi o niezgodności treści oferty PORR z dokumentami zamówienia.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że w jego ofercie nie ma niezgodności z warunkami zamówienia. Odwołujący zastosował się do warunków zamówienia, w tym PFU, co potwierdza złożony przez niego wraz z ofertą załącznik 3a.

Odwołujący wyliczył okres tworzenia dokumentacji projektowej oraz uzyskiwania decyzji administracyjnych dla podzadania 7 w sposób zgodny z warunkami zamówienia, przyjmując w 2024 roku dla wykonania robót budowlanych i nadzoru autorskiego wartość „0”.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że skoro ten sam błąd (niezgodność z warunkami zamówienia), co Budimex i Sinohydro popełnił PORR, to jego ofertę należy odrzucić.

Zaniechanie odrzucenia oferty PORR przez Zamawiającego jest przejawem nierównego traktowania wykonawców. Nie może być bowiem tak, że oferty Budimex i Sinohydro zostały odrzucone z powodu niezgodności ich ofert z warunkami zamówienia, a Zamawiający mimo takiego samego błędu w ofercie PORR ignoruje ten błąd, co powoduje, że Zamawiający nierówno traktuje wykonawców.

Nie składając prawem dopuszczalnych środków zaskarżenia, Zamawiający de facto podzielił stanowisko Izby oraz uznał za zasadne twierdzenia PORR co do braku możliwości realizacji robót budowlanych w zakresie podzadania 7 w roku 2024, a tym samym winien zastosować te kryteria dokonując oceny ofert. Tym bardziej zatem Zamawiający powinien być konsekwentny i odrzucić ofertę PORR, która zawiera dokładnie tą samą niezgodność z warunkami zamówienia, co oferty Budimex i Sinohydro.

W przedmiotowym stanie faktycznym istotne jest także to, że Zamawiający wezwał wykonawcę PORR do wyjaśnień pismem z dnia 13 października 2023 roku w zakresie wyjaśnienia treści oferty, a w szczególności załącznika 3a.

W piśmie z dnia 13 października 2023 roku Zamawiający zwrócił się do PORR z pytaniem cyt.: „czy możliwe będzie w ramach Podzadania nr 7 Modernizacja i przebudowa wału przeciwpowodziowego lewobrzeżnego w km 13 + 625 do mostu kolejowego w Brzegu Dolnym (Głóska – Brzeg Dolny) wykonanie w roku 2024 r. robót budowlanych o wartości

wskazanej

w treści oferty PORR S.A. – Szczegółowego formularza ofertowego – załącznika nr 3a do SWZ, tj. o wartości 642 444,81 zł?”

W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający popełnił błąd w wezwaniu, bowiem kwota robót budowlanych dla podzadania 7 w ofercie PORR na rok 2024 wynosi 9 259 511,68, zaś kwota 642 444.81 złotych to wartość nadzoru autorskiego w 2024 roku. Obie te kwoty łącznie dają wartość 9 901 956, 49 złotych. Tym samym Zamawiający zadając pytanie (a być może również dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej) pozostawał prawdopodobnie w błędnym przeświadczeniu co do wartości prac jakie PORR zaplanował na rok 2024 w ramach realizacji podzadania 7.

Analizując wyjaśnienia PORR wskazać należy:

„3. Natomiast Zamawiający za pomocą wezwania z dnia 13 października 2023r. podjął próbę weryfikacji prawidłowości oferty Wykonawcy poprzez odniesienie do dokumentów przedłożonych w toku postępowania odwoławczego. W związku z tym należy wskazać, że wszelkie dokumenty przedkładane w trakcie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą służą jedynie wyjaśnieniu sporu. W tym przypadku niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego skonstruowania oferty przez Budimex S.A. oraz SINOHYDRO, w szczególności założenia przez tych Wykonawców wykonania w 2023r. robót budowlanych w ramach Zadania nr 2, a więc z pominięciem jego formuły realizacyjnej „projektuj i wybuduj”

PORR ignoruje zupełnie swoje oświadczenia składane na rozprawie oraz w odwołaniu. Próbuje wykazać, że wszystkie dokumenty służą jedynie "wyjaśnieniu sporu" oraz niezgodnego z wymaganiami zamawiającego skonstruowania oferty przez Budimex i Sinohydro.

Skoro dokumenty służące "wyjaśnieniu sporu" zawierały informacje/argumenty, które pozwoliły na odrzucenie ofert konkurencji, to te same informacje czy argumenty należy odnieść do oferty PORR. Nie są to bowiem tylko dokumenty sporządzone na potrzeby postępowania odwoławczego, jak próbuje wskazywać PORR, ale dokumenty, przez pryzmat których należy oceniać wszystkie oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu, w tym również ofertę PORR jak i ofertę Odwołującego.

Poza tym pytanie Zamawiającego dotyczyło jak najbardziej dokumentu złożonego w postępowaniu, a zatem załącznika 3a do oferty, jednakże w powiązaniu z oświadczeniami i dokumentami przedłożonymi na rozprawie.

„4. Natomiast dokumenty przedkładane w toku postępowania odwoławczego nie stanowią dokumentów potwierdzających spełnienie podmiotowych lub przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 28.12.2020r.; sygn. akt: KIO 3280/20), a tym bardziej nie mogą być traktowane jako część oferty Wykonawcy. Przyjęcie odmiennego założenia stanowiłoby naruszenie podstawowej zasady niezmienności treści oferty”.

Polemizując z tą treścią wyjaśnień należy wskazać, że odrzucenie oferty wykonawcy PORR powinno być dokonane w oparciu o treść oferty, a zatem załącznik nr 3a, bowiem to ten załącznik został wypełniony niezgodnie z warunkami zamówienia. Wskazać należy ponownie, iż w roku 2024 dla podzadania 7 PORR przewidział rozliczenie robót na poziomie około 9 mln złotych, podczas, gdy jak sam twierdził i co potwierdziła KIO w ww. wyroku cyt.: „Niemożliwość realizacji robót budowlanych w ramach zadania 2 w latach 2023 i 2024 wynika z określonej sekwencji prac w ramach tego zamierzenia inwestycyjnego wynikających z formuły w jakiej ono jest prowadzone. Wykonanie w pierwszym etapie dokumentacji projektowej, opracowanie koncepcji, wybór koncepcji przez zamawiającego, dokonanie uzgodnień z Zamawiającym oraz uzyskanie decyzji administracyjnych potwierdza, że przedmiot zamówienia opisany PFU nie ujmuje w tej fazie wykonania robót budowlanych.”

„5. Jednakże w celu potwierdzenia prawidłowości założeń przyjętych w Załączniku nr 3a „Szczegółowy formularz ofertowy” w odniesieniu do limitu robót budowlanych podlegających wykonaniu w 2024r. w ramach Podzadania nr 7, Wykonawca przekazuje w załączeniu harmonogram ofertowy, który stanowił podstawę kalkulacji kwot podanych w ww. Załączniku nr 3a.

6. Okresy wykonywania poszczególnych zadań przyjęte w ww. harmonogramie ofertowym Wykonawcy pokrywają się z okresami wskazanymi w kolumnie 3 Tabeli (Liczba dni) zwartej w odwołaniu Wykonawcy i przytoczonej w wezwaniu z dnia 13 października 2023r. Natomiast terminy kalendarzowe wykonania poszczególnych etapów procesu projektowego są różne z uwagi na ich odniesienie w odwołaniu z dnia 23 sierpnia 2023r. do terminu wniesienia środka ochrony prawnej i jednego z wariantów procesu realizacji inwestycji w formule „projektuj i wybuduj”.

7. Nie oznacza to zatem, że w dacie składania oferty Wykonawca zadeklarował wykonanie prac projektowych w datach kalendarzowych wskazanych w Tabeli zamieszczonej w odwołaniu z dnia 23 sierpnia 2023r.”

Kolejne wyjaśnienia wykonawcy PORR w odniesieniu do harmonogramu są niespójne z jego argumentacją i przedstawionymi dowodami, a wręcz zawierają twierdzenia nieprawdziwe.

Należy zauważyć, że w swoim odwołaniu i sporządzonym na jego potrzeby harmonogramie PORR założył, że prace projektowe/uzyskiwanie decyzji rozpocznie się w sierpniu, co przełoży się na rozpoczęcie robót budowlanych z datą od 25.12.2024 roku. Obecnie, na potrzeby złożonych wyjaśnień wskazuje, iż planował rozpoczęcie prac projektowych już w czerwcu

2023 r. Biorąc pod uwagę fakt, iż termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu wyznaczono na 19.04.2023 r. a okres związania ofertą wynosił 90 dni przyjęcie takiego założenia jest nieuprawnione w świetle reguł doświadczenia życiowego.

Ponadto obecnie PORR w złożonym harmonogramie przewiduje realizację całego szeregu prac w równoległych okresach, co ma jakoby udowodnić że "Okresy wykonywania poszczególnych zadań przyjęte w ww. harmonogramie ofertowym Wykonawcy pokrywają się z okresami wskazanymi w kolumnie 3 Tabeli (Liczba dni)" Jest to twierdzenie sprzeczne z poglądem prezentowanym na potrzeby odwołania, kiedy to PORR wprost wskazywał, iż realizacja niektórych prac odbywać się może wyłącznie po zakończeniu etapu poprzedzającego, a teraz są, wg złożonego na potrzeby wyjaśnień harmonogramu, prowadzone równolegle.

Przedłożony obecnie na potrzeby wyjaśnień harmonogram zawiera również twierdzenia wprost sprzeczne z treścią wyjaśnień do których został dołączony.

Pomimo twierdzenia PORR iż "Okresy wykonywania poszczególnych zadań przyjęte w ww. harmonogramie ofertowym Wykonawcy pokrywają się z okresami wskazanymi w kolumnie 3 Tabeli (Liczba dni)" w odwołaniu z dnia 23.08.2023 w pkt.VI.6 w tabeli obrazującej minimalne okresy i terminy potrzebne do wykonania dokumentacji projektowej oraz uzyskania decyzji administracyjnych w odniesieniu do Podzadania nr 7, w tabeli lp. 7 „Wykonanie projektu budowlanego i Projektu Technicznego" PORR wskazuje na okres 196 dni natomiast w wyjaśnieniach z dnia 18.10.2023 w załączonym harmonogramie w tabeli lp. 10 „Wykonanie projektu budowlanego i Projektu Technicznego" PORR wskazuje na okres 178 dni.

Tym samym PORR a to zakładając jakoby wcześniejsze rozpoczęcie prac projektowych (czerwiec zamiast wskazanego w odwołaniu sierpnia), a to nakładając realizację poszczególnych robót na siebie (przewidując ich równoległą realizację), a to wprost mijając się z prawdą (co do rzeczywistej liczby dni niezbędnych do projektowania) w iście kuglarski

sposób "wygospodarował" dodatkowe trzy miesiące umożliwiające rozpoczęcie robót budowlanych już we wrześniu 2024 a nie w grudniu 2024 jak wskazywał w odwołaniu.

Wskazać należy, że harmonogram ten (choć określony mianem "ofertowego") został sporządzony w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego i stanowi niejako próbę „ratowania oferty PORR” poprzez wskazanie rzekomo krótszych terminów realizacji.

Jest to tym bardziej bulwersujące, że w odwołaniu i w harmonogramie do odwołania na poparcie stanowiska o konieczności odrzucenia ofert wykonawców Budimex i Sinohydro PORR wskazywał, iż wykazał jedynie terminy minimalne jakie założyć winien wykonawca sporządzając ofertę.

Należy także wskazać, że harmonogram rzeczowo – finansowy nie jest dokumentem wiążącym na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a Wykonawcy nie byli zobowiązani do złożenia harmonogramu na etapie składania ofert. Jedynym dokumentem

w oparciu o który należy oceniać zakres robót i terminy był dokument – załącznik nr 3a, gdyż to on stanowi treść oferty a wykonawcy uzupełniając go mieli dokonać realnego i zgodnego z wymogami zamawiającego zaplanowania prac w kontekście ich finansowania.

Takie też było jak dotąd stanowisko PORR, co znajduje odzwierciedlenie w protokole rozprawy cyt.: „Dodaje, że załącznik 3A pokazuje realne podejście do wykonania zadań określonych przedmiotem zamówienia.” (...) cała praca wykonawcy polegała na określeniu zadań i podzadań w zadaniu 2.”

A zatem jedynym dokumentem poprzez który należy oceniać ofertę wykonawcy w tym zakresie był załącznik 3a. Bez znaczenia są zatem dywagacje PORR na temat harmonogramów rzeczowo finansowych, czy w odwołaniu czy w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, skoro z załącznika 3a PORR wynika, że przewidział w 2024 roku finansowanie prac dla podzadania 7, mimo, że nie jest to możliwe (co podkreślał w odwołaniu i na rozprawie) oraz pomimo tego, że na tej samej podstawie żądał odrzucenia ofert konkurencji i na tej podstawie zostały one odrzucone.

Zatem, wyjaśnienia PORR złożone dnia 18.10.2023 roku ewidentnie potwierdzają niezgodność oferty PORR z warunkami zamówieniami, o czym będzie także mowa w dalszej części odwołania.

Dokonując dalszej oceny informacji zawartych w wyjaśnieniach PORR:

- „8. Natomiast przedkładany obecnie harmonogram ofertowy Wykonawcy oraz Tabela zwarta w odwołaniu z dnia 23 sierpnia 2023r. w sposób jednoznaczny obrazują, że Wykonawca konstruując ofertę uwzględnił (w przeciwieństwie do Budimex S.A. oraz SINOHYDRO) proces projektowania poprzedzający fazę robót budowlanych w ramach

Zadania nr 2. Oferta Wykonawcy jest zatem zgodna z wymaganiami Zamawiającego wyartykułowanymi w postanowieniach SWZ.”

Nie jest prawdą, że Budimex i Sinohydro nie uwzględnili procesu projektowania poprzedzającego fazę robót budowlanych w ramach zadania nr 2, bo po prostu nie da się tego nie uwzględnić.

Etap robót budowlanych musi być bowiem poprzedzony etapem projektowania w formule „zaprojektuj i buduj.”. Budimex i Sinohydro dopuścili się po prostu niezgodności ofert z warunkami zamówienia poprzez przyjęcie wartości kwotowych dla podzadań zadania 2, zarówno w 2023 roku jak i w 2024 roku, co powoduje niemożność ich rozliczenia.

Dokładnie taki sam błąd zrobił PORR, ale w odniesieniu do 2024 roku, dla podzadania 7 w zadaniu 2, a mimo tego Zamawiający przyjął jego niejasne wyjaśnienia i nie odrzucił jego oferty, mimo, że wyjaśnienia te potwierdzają niezgodność oferty PORR z warunkami zamówienia.

„9. Jednocześnie należy zauważyć, że możliwe i stosowane w praktyce są dwa podejścia do wykonywania prac projektowych w zależności od posiadanych przez danego wykonawcę zasobów: (i) kaskadowe (przedstawione w odwołaniu z dnia 23 sierpnia 2023r.), które zakłada liniowe (następujące po sobie) wykonywanie poszczególnych elementów procesu projektowego oraz (ii) równorzędne, które zakłada jednoczesne wykonywanie (nakładanie się na siebie) poszczególnych etapów fazy projektowej.

10. Wykonawca opracowując ofertę z dnia 19 kwietnia 2023r. założył, z uwagi na posiadanie własnego Biura Projektowego, częściowe nakładanie się na siebie poszczególnych etapów procesu projektowania. Powyższe założenie umożliwiło zadeklarowanie

w ofercie z dnia 19 kwietnia 2023r. wykonania przerobów w ramach Zadania nr 2 na poziomie ustalonym w Załączniku nr 3a „Szczegółowy formularz ofertowy”, w tym w 2024r. odniesieniu do Podzadania nr 7 „Modernizacja i przebudowa wału przeciwpowodziowego lewobrzeżnego w km od 13+625 – do mostu kolejowego w Brzegu Dolnym (Głoska-Brzeg Dolny)”.

Wykonawca PORR w swoich wyjaśnieniach wskazuje, że możliwe są dwa podejścia, co do wykonania prac projektowych; "kaskadowe" oraz "równorzędne" i wskazuje, że założył nakładanie się etapów procesu projektowania, co pozwoliło na przyjęcie rozliczenia etapu robót budowlanych dla podzadania 7 w 2024 roku. Jak wykazaliśmy wyżej, obecne

wyjaśnienia PORR są wprost sprzeczne z dotychczasowymi twierdzeniami prezentowanymi w toku przedmiotowego postępowania.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że sposób postępowania PORR, w tym w szczególności wyjaśnienia wraz ze stanowiskiem z rozprawy należy ocenić również poprzez pryzmat art. 5 Kodeksu cywilnego. Przepis ten stanowi bowiem, iż nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.

Obecne wyjaśnienia PORR są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i Odwołujący się neguje taką praktykę wykonawców na rynku zamówień publicznych. Wyraża także nadzieję, że Izba także przychyli się do takiego stanowiska. Nie może bowiem zaaprobować sytuacji, kiedy wykonawca eliminuje innych wykonawców na podstawie określonych argumentów/dowodów, a w odniesieniu do siebie uznaje te same okoliczności za nieistotne. Należy do tych samych błędów wykonawców podejść w sposób konsekwentny, gdyż w przeciwnym razie stanowić to będzie nierówne traktowanie wykonawców. Brak sprzeczności z zasadami współżycia społecznego powinien bowiem wyrażać się w tym, aby albo konsekwentnie odrzucić ofertę wykonawcy PORR, która zawiera dokładnie tak sam błąd, jak oferty Budimex i Sinohydro.

Jedynym możliwym przeciwnym wnioskiem jest fakt, że w postępowaniu odwoławczym PORR przedstawił nieprawdziwe informacje, co do minimalnych terminów dla prac projektowych, a teraz swoimi wyjaśnieniami, gdy okazało się, że jego ofertę należy ocenić

w ten sam sposób jak odrzuconą konkurencją, próbuje wskazywać, że obecne terminy są jednak możliwe do zachowania. Niezależnie od powyższego, nie może budzić wątpliwości iż w którymś momencie wykonawca PORR przedstawił nieprawdę, albo w swoim odwołaniu albo w swoich wyjaśnieniach. W opinii Odwołującego nie jest możliwe wykonanie robót budowlanych i tym samym rozliczenie tych robót w 2024 dla podzadania 7. Taką optykę Odwołujący konsekwentnie przyjął w swojej ofercie (załącznik nr 3a), powtarzał ją także na rozprawie oraz wskazuje w niniejszym odwołaniu. Stanowisko PORR natomiast zależy od tego, w którym momencie w tym postępowaniu się znajduje. Skoro chciał odrzucić konkurencje to przedstawiał określone dowody i argumenty na poparcie swoich żądań, a kiedy te dowody i argumenty wskazują na konieczność eliminacji również oferty PORR poprzestaje

na stwierdzeniu że była to strategia procesowa.

Takie działanie PORR nie zasługuje na to, by korzystać z ochrony. Nie można w taki sposób czynić ze swego prawa użytku, gdy jest ono sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

„12. Ponadto należy po raz kolejny wskazać, że ocena oferty Wykonawcy powinna odbywać się w oparciu o wymagania Zamawiającego znane w dacie składania ofert. Nie jest dopuszczalna ich modyfikacja po tym terminie, co podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza również w wyroku z dnia 8 września 2023r. (sygn. akt: KIO 2493/23; KIO 2494/23) wydanym w niniejszym postępowaniu.

13. Natomiast w wezwaniu z dnia 13 października 2023r. Zamawiający zrównuje treść odwołania Wykonawcy, w którym przedstawił dowody przedłożone w celu wykazania nieprawidłowości zawartych w ofertach innych Wykonawców z dokumentami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 3 Pzp. Równocześnie Zamawiający zdaje się traktować treść odwołania Wykonawcy z dnia 23 sierpnia 2023r. jako część oferty złożonej przez Wykonawcę dnia 19 kwietnia 2023r. Powyższe założenia Zamawiającego są błędne z uwagi na fakt, że żaden wykonawca nie jest zobowiązany do antycypowania w ofercie ryzyk wynikających z ponadstandardowej długości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Podkreślić należy, że kolejne punkty wyjaśnień PORR zmierzają dokładnie w tym kierunku, a zatem by nie oceniać jednak oferty PORR przez pryzmat ich własnych dokumentów złożonych na rozprawie, które w domyśle, albo zawierały treści nieprawdziwe i nie należy tej miary przykładać do oferty PORR, albo zawierają treści prawdziwe, ale do PORR nie należy ich stosować z niewiadomego powodu.

Odnosząc się jednakże merytorycznie należy wskazać, że ocena oferty PORR absolutnie może być dokonana w oparciu o dokumenty w dacie składania ofert, a mianowicie załącznika 3a , w którym PORR w odniesieniu do roku 2024 popełnił dokładnie ten sam błąd co Budimex i Sinohydro.

Skoro Izba potwierdziła na podstawie dokumentów złożonych przez PORR, a obrazujących minimalne terminy uzyskiwania decyzji, iż w odniesieniu do przedstawionych terminów wykonanie prac dla podzadania 7 w 2024 roku jest niemożliwe to jest ono obiektywnie także niemożliwe również dla PORR, bez względu na to jaką ilość harmonogramów jeszcze przedłoży.

Kolejna poruszona w pkt 13 kwestia zrównania odwołania i dowodów przedstawionych na rozprawie, jako rzekomo stanowiących treść oferty pokazuje właśnie ową retorykę PORR, który cyt.: „przedstawia dowody przedłożone w celu wykazania

nieprawidłowości zawarte
w ofertach innych wykonawców”, jednakże po wystosowaniu wezwania zamawiającego do wyjaśnień oferty PORR nagle te same nieprawidłowości odnalezione w ofercie PORR, nie dotyczą PORR, gdyż nagle są częścią odwołania, a nie częścią oferty.

Argument o tym, że wykonawca nie jest zobowiązany do założenia ryzyk wynikających z długości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także jest chybiony, gdyż po pierwsze w odwołaniu rozpatrywane są minimalne terminy dotyczące prac projektowych i to te terminy prac projektowych decydują o przesunięciu robót budowlanych dla podzadania 7.

Ponadto skoro otwarcie ofert miało miejsce w dniu 19.04.2023 roku to pewną niefrasobliwością wykonawcy przy takiej skali przedmiotu zamówienia i wartości jest przyjęcie założeń dla prostego przetargu budowlanego, a co dopiero tak skomplikowane zamówienie, co do wartości i skali, gdzie zamawiający nie stosuje procedury odwróconej.

Procedura odwrócona ma bowiem, co do zasady ma przyśpieszać postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Brak zatem procedury odwróconej, skala postępowania wymuszała na wykonawcy co najmniej przyjęcie około kilku miesięcy trwania samej procedury od momentu otwarcia ofert. Należało bowiem założyć także etap postępowania odwoławczego. Przy takiej skali przedmiotu zamówienia i braku procedury odwróconej należało założyć okres 4-5 miesięcy samego procedowania od otwarcia ofert. Przyjęcie okresu nieco ponad dwa miesiące (jak wynika z harmonogramu PORR , od momentu otwarcia ofert do rozpoczęcia prac projektowych) mogłoby być usprawiedliwione dla prostej procedury robót budowlanych.

Stąd, nie możemy mówić o jakiegokolwiek niestandardowej procedurze tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też niestandardowych założeniach. Po prostu PORR przyjął założenia, jak zresztą sam wskazał z raportu UZP, który uwzględniał średni czas trwania procedury dla robót budowlanych. Zupełnie pominął jednak aspekty indywidualizujące to postępowanie jak wartość przedmiotu zamówienia, brak procedury odwróconej i założenie postępowania odwoławczego, które przy takich zamówieniach po prostu jest normą.

I wreszcie należy także wskazać na to, co w swoim odwołaniu wskazywał PORR, co do wyjaśnień konkurencji. A mianowicie PORR wskazał, co do wyjaśnień Budimex i Sinohydro na następujące:

16. Co więcej BUDIMEX nie był w stanie wyjaśnić w sposób merytoryczny tych nieprawidłowości. Wyjaśnienia z dnia 22.05.2023r. ograniczają się bowiem do

polemiki

z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 15.05.2023 r. oraz przedstawienia własnej interpretacji postanowień SWZ.

5. Ponadto wyjaśnienia SINOHYDRO z dnia 6.06.2013r. są ogólnikowe oraz koncentrują się na polemice z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 15.05.2023r.

Tymczasem o ile wyjaśnienia Budimex i Sinohydro przedstawiały własny sposób rozumienia załącznika 3a, co jest absolutnie uprawnione i dozwolone prawnie to wyjaśnienia PORR nie tylko nie ograniczają się co do polemiki z treścią wezwania Zamawiającego, ale tak jak zostało wskazane powyżej swoją pokrętną logiką stanowią o ich sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący jako uczestnik rynku zamówień publicznych nie zgadza się z takim zachowaniem, jakie obecnie prezentuje PORR w swoich wyjaśnieniach. W swoich wyjaśnieniach PORR próbuje bowiem zbudować narrację, że można przedstawiać pewne informacje na etapie postępowania odwoławczego, jako element strategii procesowej w celu wyeliminowania konkurencji, a następnie twierdzić, że w stosunku do własnej oferty argumenty te nie obowiązują, bo są elementem postępowania odwoławczego.

Działanie PORR, a w szczególności działanie na etapie postępowania odwoławczego w związku z wyjaśnieniami z dnia 18.10.2023 roku złożonymi Zamawiającemu jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i zagraża oraz narusza interesy innych przedsiębiorców

w tym Odwołującego, a także innych uczestników rynku zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje ponadto, iż w wyniku oceny wyjaśnień PORR z dnia 18.10.2023 roku oferta PORR powinna być odrzucona albo z powodu czynu nieuczciwej konkurencji albo z powodu niezgodności treści oferty PORR z warunkami zamówienia.

W żadnym wypadku jednak oferta PORR nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż wyjaśnienia PORR potwierdzają albo czyn nieuczciwej konkurencji, albo niezgodność z warunkami zamówienia, a wyjaśnień tych nie sposób oderwać od procedury odwoławczej w przedmiotowym postępowaniu, która zakończyła się wydaniem wyroku odrzucającego oferty Budimex i Sinohydro.

Jeśli zatem tabele zawarte w odwołaniu i argumenty PORR wskazujące na minimalne terminy uzyskiwania decyzji administracyjnych nie są prawdziwe, co pośrednio wywodzi PORR ze swoich wyjaśnień z dnia 18.10.2023 roku, wskazując, iż jest to tylko element procedury odwoławczej i strategii procesowej to ofertę PORR należy odrzucić jako złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Przy czym czyn nieuczciwej konkurencji jaki dopuścił się PORR jest to czyn o którym mowa w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a mianowicie działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interesy innych przedsiębiorców.

Jeśli jednak to stanowisko PORR wynikające z treści odwołania i prezentowane w trakcie rozprawy jest uzasadnione, (nie jest możliwe wykonanie robót budowlanych dla podzadania 7 w 2024 roku z uwagi na etap prac projektowych i uzyskiwania decyzji) to ofertę PORR należy odrzucić jako niezgodną z warunkami zamówienia. Nie jest bowiem możliwe „przerobienie” robót budowlanych i ich rozliczenie w 2024 roku dla podzadania 7 w wysokości 9 901 956, 49 złotych, gdyż w 2024 roku będą trwały na tym zadaniu prace projektowe i uzyskiwanie decyzji, co w konsekwencji powoduje niezgodność z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania jako zasadnego.

W dniu 8 listopada 2023 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca POPP S.A. z siedzibą w Warszawie zwany dalej „wykonawcą PORR”, wnosząc o oddalenie odwołania. Pismem procesowym z 15 listopada 2023 roku wykonawca PORR wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie, tj. w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania wykonawca PORR wskazał, że:

- 17. W pierwszej kolejności Przystępujący wykaże, że odwołanie powinno zostać odrzucone w oparciu o art. 528 pkt 3 Pzp, tj. z uwagi na fakt, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.*
- 18. Jak wynika z brzmienia art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*
- 19. Pismem z dnia 15 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została ta złożona przez wykonawcę Budimex. Co istotne dla niniejszego wniosku Przystępującego – niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 253 ust. 1 Pzp).*

20. *Niezależnie od tego czy Zamawiający stosuje procedurę klasyczną (w której bada sytuację podmiotową wykonawców, następnie ocenia przesłanki odrzucenia oferty, po czym występuje do wykonawcy składającego ofertę najkorzystniejszą o złożenie podmiotowych środków dowodowych) czy też tzw. procedurę odwróconą (w której najpierw ocenia oferty pod kątem odrzucenia, po czym bada sytuację podmiotową w oparciu o podmiotowe środki dowodowe wykonawcy składającego ofertę najkorzystniejszą) jego obowiązkiem jest każdorazowo, przed dokonaniem wyboru oferty, ocena ofert pod kątem przesłanek odrzucenia.*
21. *Oznacza to, że już dnia 15 lipca 2023 r., informując o wyborze oferty Budimex oraz nie informując o odrzuceniu oferty PORR (jak wspomniano powyżej Zamawiający musi poinformować na etapie wyboru o odrzuconych ofertach) wyraził swoje stanowisko co do braku podstaw do odrzucenia oferty PORR. Zatem to właśnie od tego dnia (15 lipca 2023 r.) biegł termin na wniesienie odwołania, w którym należało zakwestionować stanowisko Zamawiającego, podważając zaniechanie odrzucenia oferty PORR. Odwołujący jednak tego nie uczynił.*
22. *Następnie Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej (pismem z dnia 28 lipca 2023 r.), po czym dokonał kolejnego wyboru, ponownie wybierając ofertę Budimex. Miało to miejsce dnia 14 sierpnia 2023 roku. To właśnie od tej decyzji odwołanie wniosła spółka PORR. Zamawiający unieważnił ten wybór dopiero na skutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2023 roku. Przyjmując, że unieważnienie przez Zamawiającego pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej (28 lipca 2023 r.) usuwa z obrotu pierwotną decyzję o wyborze, to właśnie druga decyzja o wyborze definitywnie otworzyła Odwołującemu termin na wniesienie odwołania (termin ten upływał 23 sierpnia 2023 roku). Odwołujący z tego uprawnienia nie skorzystał.*
23. *W tym miejscu Przystępujący wskazuje, że domagając się odrzucenia oferty w oparciu o rzekomą jej niezgodność z warunkami zamówienia mającą wynikać z treści załącznika nr 3a Odwołujący sam potwierdza, że Jego odwołanie w istocie jest spóźnione. Wskazuje On bowiem w sposób niebudzący wątpliwości, że doszukuje się podstawy do zastosowania sankcji w postaci odrzucenia oferty w treści oferty właśnie (wszak załącznik nr 3a jest jej częścią). Aby nie być posądzonym o nadinterpretację stanowiska Odwołującego Przystępujący przytacza fragmenty odwołania dowodzące, że, zdaniem Odwołującego, wadliwość oferty PORR wynika z treści oferty: (...).*
24. *Uwzględniając powyższe odwołanie powinno zostać odrzucone w oparciu o art. 528 pkt 3 Pzp.*

W dniu 16 listopada 2023 roku Zamawiający złożył Odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że: *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę zakupową i w związku z tym powinno być przeprowadzone szybko i sprawnie, bez zbędnej zwłoki. Z tego powodu zarzuty na czynności zamawiającego lub zaniechanie przez zamawiającego dokonania czynności w postępowaniu, powinny być podnoszone w pierwszym możliwym terminie.*

Zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert 14 sierpnia 2023 r. Informacja wskazywała na wybór oferty Budimex S.A. jako najkorzystniejszej. Wykonawca PORR S.A. został sklasyfikowany na drugiej pozycji z punktacją 96,26 pkt, natomiast Odwołujący został sklasyfikowany na czwartej pozycji z punktacją 87,67 pkt. Zamawiający poinformował w tym piśmie o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjnego „POM” sp. z o.o.

Wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex S.A. i Sinohydro Corporation Limited, zwanego dalej „Sinohydro”, zakwestionował PORR S.A. odwołaniem z 23.08.2023 r. W odwołaniu PORR żądał odrzucenia oferty Budimex S.A. oraz Sinohydro, wskazując, iż oferty te zostały m.in. sporządzone niezgodnie z warunkami zamówienia. W postępowaniu tym (toczącym się pod sygnaturami KIO 2493/23 i KIO 2494/23) Odwołujący występował w charakterze Przystępującego po stronie odwołującego. Wyrokiem z 8.09.2023 r. Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie ofert Budimex S.A. oraz Sinohydro.

Odwołujący nie kwestionował zaniechania odrzucenia oferty PORR S.A., mimo że 14 sierpnia 2023 r. miał wiedzę, że oferta PORR w toku badania i oceny ofert została uznana przez Zamawiającego za niepodlegającą odrzuceniu, została przez Zamawiającego oceniona (przyznano odpowiednią liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert). Termin na zakwestionowanie zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty PORR S.A. upłynął więc Odwołującemu w dniu 24 sierpnia 2023 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba oddaliła wnioski wykonawcy PORR oraz Zamawiającego o odrzucenie odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że Odwołujący wniósł odwołanie z zachowaniem terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt a) ustawy Pzp, tj. z zachowaniem 10 dniowego terminu od dnia przekazania informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia. Czynnością tą była informacja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 października 2023 roku. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu nie tylko o treść oferty wykonawcy PORR wynikającą z załącznika nr 3a składanego łącznie z ofertą, lecz o dodatkowe informacje, uzyskane w wyniku wszczęcia 13 października 2023 roku procedury wyjaśnienia treści oferty. Na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający skierował do wykonawcy PORR wezwanie do wyjaśnienia: *czy możliwe będzie w ramach Podzadania nr 7 Modernizacja i przebudowa wału przeciwpowodziowego lewobrzeżnego w km 13 + 625 do mostu kolejowego w Brzegu Dolnym (Głoska – Brzeg Dolny) wykonanie w roku 2024 r. robót budowlanych o wartości wskazanej w treści oferty PORR S.A. – Szczegółowego formularza ofertowego – załącznika nr 3a do SWZ, tj. o wartości 642 444,81 zł.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, wykonawca PORR pismem z 18 października 2023 roku złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że:

5. *jednakże w celu potwierdzenia prawidłowości założeń przyjętych w Załączniku nr 3a „Szczegółowy formularz ofertowy” w odniesieniu do limitu robót budowlanych podlegających wykonaniu w 2024r. w ramach Podzadania nr 7, Wykonawca przekazuje w załączeniu harmonogram ofertowy, który stanowił podstawę kalkulacji kwot podanych w ww. Załączniku nr 3a.*
6. *Okresy wykonywania poszczególnych zadań przyjęte w ww. harmonogramie ofertowym Wykonawcy pokrywają się z okresami wskazanymi w kolumnie 3 Tabeli (Liczba dni) zwartej w odwołaniu Wykonawcy i przytoczonej w wezwaniu z dnia 13 października 2023r. Natomiast terminy kalendarzowe wykonania poszczególnych etapów procesu projektowego są różne z uwagi na ich odniesienie w odwołaniu z dnia 23 sierpnia 2023r. do terminu wniesienia środka ochrony prawnej i jednego z wariantów procesu realizacji inwestycji w formule „projektuj i wybuduj”.*
7. *Nie oznacza to zatem, że w dacie składania oferty Wykonawca zadeklarował wykonanie prac projektowych w datach kalendarzowych wskazanych w Tabeli zamieszczonej w odwołaniu z dnia 23 sierpnia 2023r.*
8. *Natomiast przedkładany obecnie harmonogram ofertowy Wykonawcy oraz Tabela zwarta w odwołaniu z dnia 23 sierpnia 2023r. w sposób jednoznaczny obrazują, że Wykonawca konstruując ofertę uwzględnił (w przeciwieństwie do Budimex S.A. oraz SINOHYDRO)*

proces projektowania poprzedzający fazę robót budowlanych w ramach Zadania nr 2. Oferta Wykonawcy jest zatem zgodna z wymaganiami Zamawiającego wyartykułowanymi w postanowieniach SWZ.

- 9. Jednocześnie należy zauważyć, że możliwe i stosowane w praktyce są dwa podejścia do wykonywania prac projektowych w zależności od posiadanych przez danego wykonawcę zasobów: (i) kaskadowe (przedstawione w odwołaniu z dnia 23 sierpnia 2023r.), które zakłada liniowe (następujące po sobie) wykonywanie poszczególnych elementów procesu projektowego oraz (ii) równorzędne, które zakłada jednoczesne wykonywanie (nakładanie się na siebie) poszczególnych etapów fazy projektowej.*
- 10. Wykonawca opracowując ofertę z dnia 19 kwietnia 2023r. założył, z uwagi na posiadanie własnego Biura Projektowego, częściowe nakładanie się na siebie poszczególnych etapów procesu projektowania. Powyższe założenie umożliwiło zadeklarowanie w ofercie z dnia 19 kwietnia 2023r. wykonania przerobów w ramach Zadania nr 2 na poziomie ustalonym w Załączniku nr 3a „Szczegółowy formularz ofertowy”, w tym w 2024r. odniesieniu do Podzadania nr 7 „Modernizacja i przebudowa wału przeciwpowodziowego lewobrzeżnego w km od 13+625 – do mostu kolejowego w Brzegu Dolnym (Głoska-Brzeg Dolny)”.*
- 11. Wykonawca wskazuje, że w ofercie z dnia 19 kwietnia 2023r. założył wykonanie w 2024r. za kwotę w wysokości: 9 259 511,68 zł w ramach Podzadania nr 7 „Modernizacja i przebudowa wału przeciwpowodziowego lewobrzeżnego w km od 13+625 – do mostu kolejowego w Brzegu Dolnym (Głoska-Brzeg Dolny)” następujących kategorii robót budowlanych:*
 - Roboty ziemne związane z podwyższeniem korony wału na odcinku 8,73 km;*
 - Przesłona wodoszczelna na długości wału przeciwpowodziowego etap 1;*
 - Przebudowa przepustów i inne roboty towarzyszące.**Dodatkowo Wykonawca w 2024r. z tytułu pełnienia nadzoru autorskiego przyjął kwotę w wysokości: 642 444,81 zł. Natomiast wykonanie przeważającej części robót budowlanych w ramach ww. Podzadania nr 7 zaplanowano na 2025r. (z tytułu robót budowlanych: 26 172 292,99 zł i nadzoru autorskiego: 661 912,83 zł) i 2026r. (z tytułu robót budowlanych: 8 857 951,16 zł i nadzoru autorskiego: 642 444,81 zł).*

W tych okolicznościach, Izba uznała że czynność wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty, stanowiła nową czynność w postępowaniu, która następnie w wyniku udzielonych wyjaśnień stała się podstawą do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 24 października 2023 roku. W ten sposób Zamawiający otworzył odwołującemu możliwość wniesienia środka ochrony prawnej, na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 października 2023 roku. Gdyby Zamawiający nie wystąpił z wnioskiem o wyjaśnienie treści

oferty do wykonawcy PORR, tj. nie wykonał nowej czynności w postępowaniu, wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp byłby zasadny.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału

w postępowaniu odwoławczym, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

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

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 Pzp i w związku z art. 233 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem wskazuje w szczególności do podzadania 7 określoną wartość kwotową co do robot budowlanych, podczas gdy nie jest możliwe wykonywanie robót budowlanych w ramach podzadania 7 w roku 2024, co potwierdzają także wyjaśnienia wykonawcy PORR, które zostały przez Zamawiającego ocenione w sposób nieprawidłowy, a zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy, które pozostają w sprzeczności z jego poprzednim stanowiskiem wyraźnie

wskazującym na niemożliwość wykonania robót budowlanych w ramach podzadania 7 w 2024 roku, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Dodać należy, że odwołujący podczas rozprawy sprostował, iż nie chodzi o naruszenie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp lecz o naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że takich okoliczności Odwołujący nie wykazał w stosunku do oferty PORR.

Konstrukcja powyższego zarzutu nie opiera się na wykazaniu niezgodności treści oferty wykonawcy PORR z warunkami zamówienia, lecz na wyłącznym odniesieniu się do wcześniejszego odwołania wykonawcy PORR w sprawie o sygn. KIO 2494/23, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 2493/23 i KIO 2494/23, (który zapadł w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego),

zestawiając ustalenia w nim dokonane z treścią wyjaśnień oferty wykonawcy PORR z dnia 18 października 2023 roku.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że wyrok w sprawach o sygn. akt: KIO 2493/23 i 2494/23 nie odnosił się do oceny oferty złożonej przez wykonawcę PORR, lecz do oceny ofert złożonych przez wykonawców Budimex S.A. oraz Sinohydro. Oferty tych wykonawców zostały odrzucone nie na podstawie harmonogramu złożonego przez PORR, lecz na podstawie ich treści - załącznika nr 3a, z którego wynikało, że zadeklarowana możliwość wykonania robót budowlanych w roku 2023 i 2024 stanowi niezgodność z warunkami zamówienia (w szczególności w 2023 roku.) Zamawiający wymagał realizacji zamówienia (zadanie 2 podzadanie 7) w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a wykonawcy ci zaoferowali etap wykonania robót budowlanych jednocześnie z etapem projektowania w roku 2023 i 2024. Wyrok w powyższych sprawach zapadł w wyniku oceny rozpatrywanego wówczas stanu faktycznego (nie dotyczył oferty wykonawcy PORR) i nie może być odnoszony wprost do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto, nie można się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, że ww. wyroku Izba dokonała wykładni postanowień warunków zamówienia, przesądzając, że w ramach opisu przedmiotu zamówienia zawartego w PFU, SWZ i istotnych postanowień umowy dla zadanie 2 podzadania 7 w pierwszych dwóch latach nie jest możliwa realizacja robót budowlanych, a zatem, że podanie w załączniku nr 3a dla podzadania 7 w zadaniu 2 kwoty w pozycji „Wykonanie robót budowlanych wraz z uzyskaniem zgody na użytkowanie” dowodzi niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że powyższy wniosek postawiony jest na podstawie wybiórczych i wyrwanych z kontekstu fragmentów uzasadnienia wyroku, w oderwaniu do treści samego odwołania PORR oraz rzeczywistych motywów rozstrzygnięcia. Izba nie była uprawniona do dokonywania wykładni postanowień warunków zamówienia, jednakże w zakresie rozpoznania zarzutów podniesionych w ramach postępowań sprawach o sygn. akt: KIO 2493/23 i 2494/23, musiała się odnieść do treści warunków zamówienia. Izba w wyroku odnosiła się wyłącznie do oceny ofert Budimex S.A. i Sinohydro, które w zasadniczy sposób różniły się w sposobie wypełnienia załącznika nr 3a dla zadania 2 podzadania 7 od oferty wykonawcy PORR, który w roku 2023 wskazał wyłącznie na fazę projektową. Izba nie przesądziła więc o tym, że w każdym przypadku wskazanie wartości robót budowlanych w załączniku nr 3a w 2024 roku skutkować będzie uznaniem oferty za niezgodną z warunkami zamówienia.

Niezasadne jest również stwierdzenia zawarte w odwołaniu, że *PORR popełnił dokładnie ten sam błąd w swojej ofercie co Budimex i Sinohydro, co świadczy o niezgodności oferty PORR z warunkami zamówienia.* Wykonawca PORR uwzględnił fazę projektowania w roku 2023

i 2024 poprzedzającą wykonanie robót budowlanych, czego nie uczynili wykonawcy Budimex

i Sinohydro, a okoliczność, że w roku 2024 przewidział etap wykonania robót budowlanych nie świadczy o tym, że popełnił on ten sam błąd co wykonawcy Budimex i Sinohydro

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym ocena zgodności oferty wykonawcy PORR z warunkami zamówienia ma odbywać się w oparciu o jego twierdzenia i dowody przedkładane w toku innego postępowania odwoławczego, dotyczącego oceny innych ofert. Przywołana tam argumentacja odnosiła się do dowiedzenia niezgodności kwestionowanych ofert z warunkami zamówienia. Natomiast Zamawiający zobowiązany jest do oceny oferty na podstawie treści w niej zawartej, a nie na podstawie dokumentów dotyczących innych ofert, składanych w postępowaniu odwoławczym.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie narzucał szczegółowego sposobu realizacji zamówienia. Zatem poprawna i dopuszczalna była możliwość przyjęcia (w zakresie zgodnym z warunkami zamówienia) różnych założeń realizacji zamówienia, np. w zakresie terminu rozpoczęcia prac projektowych. Jak przyznał sam Odwołujący podczas rozprawy, obiektywnie, przy spełnieniu pewnych okoliczności, istniała możliwość wykonania robót budowlanych w roku 2024.

Odwołujący zarzucił również, że wyjaśnienia treści oferty złożone przez wykonawcę PORR 18 października 2023 roku potwierdzają brak możliwości wykonania robót budowlanych w roku 2024, ponieważ pozostają w sprzeczności ze stanowiskiem wykonawcy wyrażonym

w zestawieniu minimalnych okresów/terminów realizacji (harmonogram), przywołanym w odwołaniu o sygn. akt 2494/23.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że wykonawca PORR w wyjaśnieniach dotyczących załącznika nr 3a musiał powielić argumenty i założenia przyjęte w harmonogramie w postępowaniu odwoławczym, które dotyczyły ofert Budimex S.A. i Sinohydro. Po pierwsze harmonogram ten nie dotyczył sposobu realizacji zamówienia przyjętego przez wykonawcę PORR, ponieważ jak wyjaśnił podczas rozprawy, wykonawca przedstawił tam wzorcowy model wykonania prac projektowych. Po drugie wyjaśnienia dotyczyły konkretnych wątpliwości wskazanych przez Zamawiającego, a Wykonawcy pozostawiona została dowolność co do ich treści, przy uwzględnieniu jego sytuacji i przyjętych założeń, których ocena następuje na dzień składania ofert. Warto zwrócić uwagę, że wątpliwości Zamawiającego dotyczyły tego czy możliwe będzie wykonanie w roku 2024 robót budowlanych o określonej wartości, a nie tego, że takich robót wykonać się nie da.

Wykonawca PORR w wyjaśnieniach wskazał na wcześniejszy niż w harmonogramie termin rozpoczęcia prac projektowych (30 czerwca 2023 r.), możliwość skrócenia etapów prac projektowych z uwagi na posiadanie własnego biura projektowego i możliwość równorzędnego, jednoczesnego, nakładającego się na siebie wykonywania prac projektowych, a także wskazał zakres robót budowlanych, które zostaną wykonane w roku 2024.

Zdaniem Izby brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca PORR niezasadnie przyjął termin rozpoczęcia realizacji podzadania 7 na dzień 30 czerwca 2023 roku. Odwołujący poza odniesieniem do ww. harmonogramu z postępowania o sygn. akt: KIO 2494/23, nie przedstawił żadnej argumentacji w tym zakresie. W tym zakresie Izba nie uwzględniła dowodu (zestawienia własnego) złożonego przez Odwołującego, w postaci „Porównania odwołania i wyjaśnień PORR w zakresie harmonogramu”. Z porównania tego nie wynikają żadne istotne dla sprawy informacje.

Izba za zasadną uznała argumentację wykonawcy PORR podniesioną na rozprawie, że w związku z przyznaną dotacją na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, Zamawiający będzie starał się prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bez zbędnej zwłoki. Tym samym wykonawca będzie mógł przystąpić do realizacji zamówienia już 30 czerwca 2023 r. Izba za nieprzydatne dla sprawy uznała złożone przez Odwołującego jako dowód zestawienie: „Okresy trwania postępowań przetargowych, w których uczestniczyła firma PORR” na okoliczność czasu trwania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego u Zamawiającego. Złożony dowód nic nie wnosi do sprawy, nie jest znany sposób doboru wskazanych w nim postępowań, ani jaki jest ich związek z rozpatrywanym postępowaniem.

Odwołujący nie wykazał również, że przyjęty przez wykonawcę PORR sposób realizacji prac projektowych jest niezgodny z warunkami zamówienia. Jedynym argumentem Odwołującego jest odniesienie do ww. harmonogramu, w którym wskazany został okres 196 dni na wykonanie dokumentacji projektowej, a w wyjaśnieniach 178 dni, oraz inny niż wskazany w harmonogramie sposób ich wykonania.

Dodatkowo, Odwołujący w odwołaniu nie przedstawił argumentacji co do braku możliwości wykonania robót budowlanych wskazanych przez wykonawcę PORR w wyjaśnieniach treści oferty (pkt 11). Argumentację podniesioną na rozprawie Izba uznała za spóźnioną.

Podsumowując powyższe, zarzut Odwołującego sprowadza się wyłącznie do wykazania rozbieżności pomiędzy treścią odwołania o sygn. akt: KIO 2494/23,

argumentacji dotyczącej niezgodności treści innych ofert z warunkami zamówienia, i treścią wyjaśnień z dnia 18 października 2023 roku. Odwołujący nie wykazał, na czym polega niezgodność treści oferty wykonawcy PORR (wraz ze złożonymi wyjaśnieniami) z warunkami zamówienia. Nie wskazał, które elementy treści oferty i jej wyjaśnień pozostają w sprzeczności z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego oraz dlaczego. Taka konstrukcja zarzutu nie stanowi realizacji ciężącego na Odwołującym obowiązku udowodnienia jego zasadności, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw, z art., 16 Pzp i wz. z art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez wykazanie że treść oferty wykonawcy PORR jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Izba za niezasadny uznała również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) w związku z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 233 ust.1 (sprostowany jako 223 ust. 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR, pomimo, że złożone przez PORR wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca PORR wskazuje, iż dokumenty które przedstawił w toku postępowania odwoławczego, a które stały się przyczyną odrzucenia konkurencji są częścią postępowania odwoławczego i nie należy ich stosować do PORR, co prowadzi do wniosku, iż przedstawienie nieprawdy w tych dokumentach jest dozwolone na etapie postępowania odwoławczego w celu wyeliminowania innych wykonawców; co stanowi czyn sprzeczny z dobrymi obyczajami i zagraża oraz stanowi naruszenie interesów innych wykonawców.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W tym zakresie zauważenia wymaga, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oferta podlega odrzuceniu, jeśli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Izba wskazuje, że przepis ten odnosi się do etapu złożenia oferty, a nie czynności w postępowaniu, do których nawiązuje Odwołujący konstruując zarzut. Wypełnienie znamion czynu nieuczciwej konkurencji musi zachodzić w samej ofercie lub towarzyszyć jej złożeniu. Nie sposób zatem uznać, że wykonawca PORR, udzielając Zamawiającemu po ok. 6 miesiącach od terminu złożeniu ofert, wyjaśnień treści oferty, złożył ofertę

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Nieuprawnione jest bowiem ze strony Odwołującego rozszerzenie dyspozycji ww. przepisu i objęcie nią również innych czynności mających miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy w odniesieniu do niezgodności podnoszonych wobec innych ofert w postępowaniu odwoławczym. A zatem złożenia przez wykonawcę PORR wyjaśnień treści oferty, których treść nie pokrywa się ze złożonym w postępowaniu 2494/23 harmonogramem, nie może być uznane za złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem jako czynności wykonane później niż samo złożenie oferty, nie mogły mieć wpływu na jej treść.

Ponadto, za niezasadny należy uznać powyższy zarzut, zważywszy na to, że jest on budowany na odniesieniu do stanowiska prezentowanego w innym postępowaniu odwoławczym i do ofert innych wykonawców, które zostały uznane za niezgodne z treścią warunków zamówienia. Podkreślenia wymaga, co zostało wyjaśnione w ramach zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, że podstawą odrzucenia tych ofert była ich niezgodność z warunkami zamówienia, a nie jak błędnie podnosi Odwołujący, dokumenty przedstawione przez wykonawcę PORR (harmonogram) w toku postępowania odwoławczego.

Odwołujący zarzuca również wykonawcy PORR przedstawienie nieprawdy w złożonym w postępowaniu o sygn. akt KIO 2494/23 harmonogramie, w celu wyeliminowania innych wykonawców, co stanowi czyn sprzeczny z dobrymi obyczajami i zagraża oraz stanowi naruszenie interesów innych wykonawców.

Z argumentację Odwołującego trudno uznać za zasadną. Przede wszystkim z uwagi na to, że zarzut nie został poparty żadną argumentacją i dowodami. Ponadto w postępowaniu tym Odwołujący był uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie odwołującego PORR, a zatem prezentował te same argumenty jak odwołujący PORR, które obecnie kwalifikuje jako sprzeczne z dobrymi obyczajami i jako naruszające interesy innych wykonawców.

Izba nie podziela stanowiska, że jak twierdzi Odwołujący *nie może budzić wątpliwości iż w którymś momencie wykonawca PORR poświadczył nieprawdę, albo w swoim odwołaniu albo w swoich wyjaśnieniach*. Taki wniosek nie znajduje uzasadnienia z aktach sprawy.

Przede wszystkim, okoliczność, że w pewnych warunkach w roku 2024 można było wykonać roboty budowlane, została przyznana przez samego Odwołującego podczas rozprawy. Ponadto, Zamawiający nie narzucał określonego sposobu realizacji zamówienia, więc ten, który został przyjęty przez wykonawcę PORR nie mógł być niezgodny z warunkami zamówienia (czego Odwołujący nie wykazał). Poza tym, okoliczność, że wykonawca PORR przyjął inny sposób realizacji zamówienia niż Odwołujący nie dowodzi, że wykonawca ten w wyjaśnieniach treści oferty przedstawił nieprawdę.

Odwołujący nie wykazał braku możliwości realizacji zamówienia w terminach wskazanych w harmonogramie, jak również w treści wyjaśnień z 18 października 2023 roku. Nie odniósł się do rzeczywistej możliwości realizacji prac projektowych i robót budowlanych w okresach tam wskazanych, a skupił się jedynie na treści uzasadnienia wyroku z dnia 8 września 2023 r. Ponadto wykonawca PORR wykazał na rozprawie, że pomimo braku udzielenia mu przedmiotowego zamówienia, podjął już pewne działania konieczne do opracowania dokumentacji projektowej, w postaci wykonania inwentaryzacji przyrodniczej.

W odniesieniu do harmonogramu złożonego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2494/23 dodać należy, że jego funkcja dowodowa odnosiła się wyłącznie do konkretnych zarzutów podnoszonych w postępowaniu.

Wobec powyższego, w okolicznościach braku wykazania złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zarzut należało oddalić.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wybór oferty PORR, jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz jest ofertą złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co łącznie narusza art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w tych samych okolicznościach, w stosunku do tego samego stanu faktycznego, w tym samym postępowaniu Zamawiający w sposób diametralnie różny traktuje wykonawców.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Natomiast zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Przede wszystkim Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych kryteriów oceny ofert, niż te określone

w dokumentach zamówienia, ani że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Nie zostało również wykazane naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem sytuacja wykonawcy PORR była odmienna od sytuacji wykonawców Budimex S.A. i Sinihydro. Wykonawcy ci złożyli oferty nie uwzględniając wymaganej formuły „zaprojektuj i

wybuduj”

dla zadania 2 podzadania 7, w odróżnieniu od wykonawcy PORR, który zaoferował realizację ww. podzadania z zastosowaniem wymaganej formuły. Nie można zatem mówić o tożsamości stanów faktycznych wykonawcy PORR oraz wykonawców Budimex S.A. i Sinihydro.

W tych okolicznościach zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....