

Sygn. akt: KIO 435/18

WYROK
z dnia 20 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2018 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01 - 040 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00 - 874 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, al. Warszawska 89, 10 - 083 Olsztyn

przy dziale wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozadowskiej, ul. Dworska 1, Wólka Kozadowska, 05 - 500 Piaseczno, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny oferty

wykonawcy Polaqua Sp. z o.o., w tym wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 p.z.p. w zakresie ceny oferty, a także wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. w zakresie przedłożonej niwelety co do przyjętej skrajni przejścia dla zwierząt o dużych rozmiarach ciała pod obiektem MS/PZDsz-22.8 oraz w zakresie przyjętej warstwy mrozoochronnej.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00 - 874 Warszawa, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01 - 040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa na rzecz przez Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01 - 040 Warszawa, kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów uiszczonego wpisu.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 20 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 435/18

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00 - 874 Warszawa (jednostka prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, al. Warszawska 89, 10 - 083 Olsztyn), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn – Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 1: odc. Szczuczyn – węzeł Ełk Południe; Zadanie nr 2: odc. węzeł Ełk Południe – węzeł Wysokie (wraz z wylotem w ciągu dk 16); Zadanie nr 3: odc. węzeł Wysokie – m. Raczki”, o numerze nadanym przez zamawiającego O/OL.D-3.2410.1.2016.I-4, podzielone na trzy zadania, zwane dalej jako „postępowanie”.

W dniu 15 kwietnia 2016 r. zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, które 20 kwietnia 2016 r. zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 077-135643.

Mając na uwadze powyższe, wobec wszczęcia postępowania w dniu 15 kwietnia 2016 r., do niniejszego postępowania znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. z 2015 poz. 2164 w brzmieniu obowiązującym do 27 lipca 2016 r. w zw. z art. 16 ust. 1 Ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), o treści: *„Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.”*

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) dalej jako „p.z.p.”

W dniu 5 marca 2018 r. odwołanie wobec czynności oraz zaniechań zamawiającego dokonanych w postępowaniu, w zakresie zadania nr 1 postępowania, wniósł wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01 - 040 Warszawa, dalej zwany jako „odwołujący”. W odwołaniu postawiono zamawiającemu zarzuty dotyczące naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PolAqua Sp. z o.o. w terminie

- umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PolAqua Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności;
 3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PolAqua Sp. z o.o. w sytuacji gdy nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania;
 4. ewentualnie, art 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PolAqua Sp. z o.o. do dalszych wyjaśnień treści oferty Wykonawcy w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Wobec powyższego wniesiono o uwzględnienia odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której przekazana zostanie pełna treść wyjaśnień złożonych przez Polaqua Sp. z o.o. oraz nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Uzasadniając swoje stanowisko co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący wskazał co następuje.

Zamawiający pismem z 23 lutego 2018 r. poinformował odwołującego o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o., odwołujący - stosownie do art. 96 ust. 3 p.z.p. - uzyskał w związku z tym możliwość wglądu do protokołu postępowania, w tym dokumentów stanowiących załączniki do protokołu powstałych w wyniku korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z tym wykonawcą i z możliwości tej skorzystał, tj. bez zbędnej zwłoki, w dniu 23 lutego 2018 r., wystąpił do zamawiającego o udostępnienie mu oferty złożonej przez Polaqua Sp. z o.o. oraz korespondencji prowadzonej z wykonawcami po złożeniu oferty.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący otrzymał 27 lutego 2018 r. fragmentaryczną część wnioskowanych dokumentów z jednoczesną informacją, iż pozostała część

dokumentów nie może być udostępniona na obecnym etapie, z uwagi na to, iż zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a wgląd do tych dokumentów będzie możliwy dopiero z dniem 05 marca 2018 r.

Z udostępnionych odwołującemu w dniu 27 lutego 2018 r. informacji wynikało, że zamawiający dwukrotnie, tj. 11 grudnia 2017 r. oraz 8 lutego 2018 r. kierował do wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., na które otrzymywał odpowiedzi odpowiednio 12 stycznia 2018 r. oraz 15 lutego 2018 r. O ile treść pierwszego z wezwań datowanego na dzień 11 grudnia 2017 r. została odwołującemu udostępniona, o tyle treść kolejnego wezwania z 8 lutego 2018 r. w przeważającej części została utajniona. Same odpowiedzi wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. nie zostały udostępnione odwołującemu, nawet w zakresie odnoszącym się do zasadności rzekomego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę fakt, iż sam zamawiający w ramach pisma z dnia 20 lutego 2018 r. skierowanego do wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. wskazał na brak waloru tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które wykonawca ten zastrzegł w ramach przedkładanych przez siebie wyjaśnień oraz brak udostępnienia odwołującemu jakichkolwiek danych odnoszących się do poczynionego przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. zastrzeżenia, odwołujący w tym miejscu podkreśla, że aby możliwym było skuteczne objęcie określonych informacji klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” koniecznym jest równoległe ziszczenie się dwóch okoliczności, tj. (i) wykazanie przez wykonawcę, stosownie do brzmienia art. 8 ust. 3 p.z.p., iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz (ii) faktyczny ich walor jako informacji poufnych w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. W niniejszej sprawie - bazując na informacjach udostępnionych przez zamawiającego - żadna z ww. przesłanek nie ziściła się w odniesieniu do informacji zastrzeganych przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o., a co za tym idzie powinny one zostać niezwłocznie odtajnione, tj.:

a) wykonawca nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

Z pisma zamawiającego z dnia 20 lutego 2018 r. wynika, że wykonawca Polaqua Sp. z o.o. nie wykazał zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, posługując się w ramach uzasadnienia ogólnikowymi twierdzeniami, nie zindywidualizowanymi dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Ogólność uzasadnienia, którym posłużył się wykonawca potwierdza z kolei zdaniem odwołującego, iż jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było utrudnienie konkurencyjnym wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie weryfikacji oświadczeń składanych przez wykonawcę. Wykonawca nie odnosił się do *meritum* dokonywanego zastrzeżenia, tj. nie wskazując szczegółowo przyczyny zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i nawet ich nie konkretyzując, a także nie

przedkładając dowodów potwierdzających zastosowanie odpowiednich środków w celu zachowania w poufności danych informacji potwierdził więc, iż dokonane zastrzeżenie było automatyczne i oderwane od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy.

b) zastrzegane informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa;

Skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę w toku ubiegania się o zamówienie publiczne danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania - jest uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Stosownie do tego przepisu przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą;
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001r., sygn. akt: ICKN 1159/00).

Nie ulega wątpliwości, że zastrzeżone w wyjaśnieniach dla zamawiającego informacje, w ocenie odwołującego, nie mają charakteru technicznego, technologicznego, czy organizacyjnego przedsiębiorstwa, a przede wszystkim wartości gospodarczej - co potwierdził sam zamawiający w ramach pisma z dnia 20 lutego 2018 r.

Odnosnie samej wartości gospodarczej przekazywanych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić (zob. wyrok KIO z dnia 11 lipca 2013r., sygn. akt: KIO 1529/13). Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). W przekonaniu Izby, doniosłym jest również to, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (zob. wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14).

W nawiązaniu do powyższego zacytowanego stanowiska odwołujący wskazał, że utajnionymi wyjaśnieniami objęte są informacje kluczowe z punktu widzenia tego jednego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładem mogą tu być odpowiedzi wykonawcy na pytania np.: nr 3, 4, 6, 8, 9 czy 10 z wezwania z dnia 11 grudnia 2018 r. - są to pytania m. in., o rodzaj przyjętych przez wykonawcę w ofercie materiałów, rodzaj przyjętych rozwiązań technicznych, długości, ilości, czy szerokości konkretnych elementów drogi.

Odpowiedź na pytania, jakie przykładowo założono parametry drogi głównej w tym konkretnym zadaniu, czy jaka będzie konstrukcja wzmocnienia podłoża i umocnienia skarp albo też jakie założono parametry obiektów inżynierskich, zdaniem odwołującego, nie zawiera elementów *know - how* wykonawcy możliwych do wykorzystania przez konkurencję w innych postępowaniach - rozwiązania te są dopasowywane do wymogów konkretnego SIWZ i warunków zastanych na terenie budowy, a co za tym idzie z faktu przyjęcia w tym postępowaniu określonego rozwiązania projektowego, czy technicznego nie można jeszcze wywodzić, że w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przyjmie dokładnie takie samo rozwiązanie.

Co więcej, w ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją - na co wskazywał również zamawiający w piśmie z dnia 20 lutego 2018 r. - gdzie w odpowiedziach na pytania wykonawca potwierdzać miał czy założył rozwiązania zgodne z dokumentacją postępowania (SIWZ), a skoro tak, to trudno mówić by uszczegółowienie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego informacji o dostosowaniu się do wymogów SIWZ miało stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy Polaqua Sp. z o.o.

W dalszej kolejności uzasadniania zarzutu odwołujący podkreślił, że biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności oraz jednoznaczne stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 20 lutego 2018 r., w którym podkreślił on, że (i) Polaqua Sp. z o.o. nie określiła jakie konkretnie informacje z przedstawianych wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; (ii) nie wskazany został jakikolwiek negatywny wpływ odtajnienia tych informacji; a także (iii) nie sprecyzowano i nie przedłożono dowodów co do podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do zachowania przedmiotowych informacji w poufności, za działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uznać należy podejmowanie przez zamawiającego czynności zmierzających do odtajnienia wskazanych informacji w terminach faktycznie uniemożliwiających realną weryfikację przez konkurencję informacji przedkładanych przez tego wykonawcę. Zatem według odwołującego kwalifikacja dokonanej przez Polaqua Sp. z o.o. zastrzeżenia jako niezasadnego i nie mieszczącego się w ustawowych granicach jest w okolicznościach niniejszej sprawy oczywista i bezsporna, co do której wątpliwości nie miał sam zamawiający,

który podjął jednak działania, które *de facto* chronią wykonawcę dokonującego tego niezasadnego zastrzeżenia.

Następnie odwołujący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wyrażała swoją dezaprobatę wobec działań wykonawców niezasadnie utajniających fragmenty składanych przez siebie ofert czy wyjaśnień i zacytował fragment wyroku Izby z 11 sierpnia 2014 r. sygn. akt: KIO 1535/14. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie odwołującego, działania zamawiającego zmiierzają do faktycznej ochrony interesów tego z wykonawców, który stosuje ustawowa możliwość utajnienia niektórych informacji jedynie na potrzeby gry konkurencyjnej. Wobec oczywistej bezzasadności kwalifikacji informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa (co wprost wynika ze stanowiska zamawiającego z pisma z dnia 20 lutego 2018 r.), zamawiający miał możliwość podjęcia stosownych działań zmiierzających do odtajnienia rzeczonych informacji jeszcze w toku postępowania, tak aby w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, każdy z zainteresowanych dysponował kompletem informacji umożliwiającym mu faktyczną weryfikację prawidłowości dokonanego przez zamawiającego wyboru, w przewidzianym ustawowo 10-dniowym terminie. Czynności zmiierzające do odtajnienia zamawiający mógł podjąć znacznie szybciej, biorąc pod uwagę zwłaszcza okoliczność, że pierwsze z wyjaśnień otrzymał już 12 stycznia 2018 r. Tymczasem decyzja o odtajnieniu dokumentów została przekazana wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. dopiero dnia 20 lutego 2018 r. (na 3 dni przed wyborem oferty najkorzystniejszej), co biorąc pod uwagę zagwarantowane temu wykonawcy terminy na wniesienie ewentualnego odwołania, oznaczało, iż udostępnienie kompletu dokumentów innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu nastąpić mogło dopiero w dniu upływu terminu na zaskarżenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. 5 marca 2018 r. (taki też termin w korespondencji z odwołującym określił zamawiający). Według odwołującego oznacza to, że konkurencyjni wykonawcy, w tym odwołujący, otrzymują realnie kilka godzin na weryfikację informacji technicznych determinujących prawidłowość oferty złożonej przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. Co warte podkreślenia, w ocenie odwołującego, informacje te przedstawiane tak w formie pisemnej jak i graficznej wymagają dogłębnej analizy na wielu płaszczyznach, gdyż oddziaływać mogą tak na aspekt zgodności oferty z treścią SIWZ, jak i na aspekt realności zaoferowanej ceny.

Mając na uwadze powyższe, a także uwzględniając skalę wymogów i informacji skwantyfikowanych w ramach PFU oraz poziom skomplikowania inwestycji będącej przedmiotem niniejszego postępowania, terminy dokonywania przez zamawiającego poszczególnych czynności dotyczących odtajnienia i wyboru oferty najkorzystniejszej *de facto* uniemożliwiły odwołującemu efektywne skorzystanie z zagwarantowanych mu ustawowo środków ochrony prawnej. Działanie takie uznać należy za wprost godzące w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust.

1 p.z.p. W związku z tym, opisywane działania zamawiającego nie zasługują na aprobatę i powinny być eliminowane z obrotu, na co kilkakrotnie zwracała również uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Następnie odwołujący powołał się na treść wyroku Izby z 17 maja 2013 r. o sygn. akt: KIO 983/13 i z 15 grudnia 2014 r. o sygn. akt KIO: 2537/14.

Ponadto odwołujący podniósł, że wykazywane naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 p.z.p., w okolicznościach niniejszej sprawy mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 p.z.p. i samo w sobie determinuje konieczność uwzględnienia przedmiotowego odwołania. Podkreślenia bowiem wymaga, iż w sytuacji, w której odwołujący miałby ustawowo zagwarantowany mu czas 10 dni na realną weryfikację wyjaśnień składanych przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. zyskałby możliwość skonkretyzowania i uzasadnienia poszczególnych, dostrzeżonych uchybień w ofercie tego wykonawcy i przedstawienia ich w ramach odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Jak zostało zasygnalizowane powyżej, szczegółowa weryfikacja wyjaśnień złożonych przez Polaqua Sp. z o.o. pozwoliłaby tak na skonkretyzowanie i uzasadnienie zarzutów dotyczących niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ (pytania kierowane do wykonawcy wprost nakierunkowane były bowiem na skonfrontowanie ze ściśle określonymi postanowieniami PFU) jak i na skonkretyzowanie zarzutu dotyczącego podejrzenia zaistnienia w ofercie wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. rażąco niskiej ceny (odpowiedzi na pytania odnoszące się do optymalizacji niwelety czy rodzaju i ilości użytych materiałów pozwoliłyby bowiem odwołującemu na przedstawienie szczegółowych kalkulacji dotyczących najistotniejszych elementów kosztotwórczych przy uwzględnieniu konkretnych rozwiązań zastosowanych przez Polaqua Sp. z o.o.). W aspekcie wpływu udzielanych odpowiedzi na uzasadnienie zarzutów dotyczących realności zaoferowanej ceny podkreślenia wymaga, że pytania skierowane przez zamawiającego w ramach wezwania do wyjaśnienia treści oferty wprost przekładają się na prawidłowość dokonanych kalkulacji, stąd też jedynie dysponowanie pełnymi informacjami w zakresie odpowiedzi udzielonych przez Polaqua Sp. z o.o. pozwoliłoby na szczegółowe wyspecyfikowanie wszelkich wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. W tym aspekcie odwołujący wskazał w szczególności, że:

- odpowiedzi udzielone na pytanie nr 3 z wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytania nr 1 i 2 z wezwania z 8 lutego 2018 r. przekładają się na kalkulację związaną z właściwym określeniem warunków gruntowych, a następnie skalkulowanie robót ziemnych, wzmocnienia podłoża, a także przyjęcie odpowiednich rozwiązań dla dolnych warstw konstrukcji, które to przy złożoności warunków gruntowych zawartych w dokumentacji geologiczno - inżynierskiej (wiążącej zgodnie z PFU pkt 1.2. „Aktualne uwarunkowania przedmiotu zamówienia”), mają tym samym kluczowy

- wpływ na cenę ofertową;
- odpowiedzi udzielone na pytanie nr 4 z wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytania 1 i 2 z wezwania z 8 lutego 2018 r., z uwagi na fakt, iż dotyczą ewentualnych zmian projektowych, przekładają się na zgodność kalkulacji oferty z wymaganiami PFU zawartymi w punktach: 1.1.2. „Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu”, 1.1.3 „Projektowane parametry” oraz pkt 2. „Wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Dane w tym zakresie pozwoliłyby więc na przedłożenie szczegółowych kalkulacji podważających realność wyceny zaoferowanej przez Wykonawcę co do tych elementów;
 - odpowiedzi udzielone na pytanie nr 6 z wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytanie nr 3 z wezwania z 8 lutego 2018 r. przekładają się na zgodność kalkulacji oferty z warunkami gruntowymi, a następnie skalkulowanie przyjęcia odpowiednich rozwiązań dla dolnych warstw konstrukcji (w tym warstwy mrozoochronnej), które to przy złożoności warunków gruntowych zawartych w dokumentacji geologiczno - inżynierskiej mają niebagatelny wpływ na cenę ofertową;
 - odpowiedzi udzielone na pytanie nr 8 z wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytania 4, 5, 6 z wezwania z dnia 8 lutego 2018 r. przekładają się na kalkulację związaną z właściwym określeniem warunków gruntowych, a następnie skalkulowanie kosztów wzmocnienia podłoża, a także przyjęcie odpowiednich rozwiązań dla dolnych warstw konstrukcji, które to przy złożoności warunków gruntowych zawartych w dokumentacji geologiczno - inżynierskiej (wiążącej zgodnie z PFU pkt 1.2. „Aktualne uwarunkowania przedmiotu zamówienia”), mają kluczowy wpływ na cenę ofertową;
 - odpowiedzi udzielone na pytania nr 9 i 10 z wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytanie nr 7 z wezwania z 8 lutego 2018 r. przekładają się na kalkulację związaną z właściwym określeniem sposobu pokonania przeszkody, długością oraz szerokością obiektu, które to elementy stanowią istotną część składową ceny ofertowej, a które w przekonaniu odwołującego, wobec tak ukształtowanej ceny całkowitej w ofercie Polaqua Sp. z o.o., zostały niewątpliwie niedoszacowane.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że w okolicznościach niniejszej sprawy, w przypadku uznania zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p., możliwym byłoby uznanie pozostałych zarzutów za przedwczesne, możliwe do sformułowania dopiero przy ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonywanym z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, zgodnie z którą na moment dokonywania tego wyboru wszelkie informacje niemające waloru tajemnicy przedsiębiorstwa byłyby udostępnione zainteresowanym. Tym samym ponowny wybór oferty najkorzystniejszej oznaczałby otwarcie drogi do stawiania wszelkich zarzutów względem oferty złożonej przez Polaqua

Sp. z o.o. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący zacytował fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 24 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 242/17, KIO 258/17.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności, odwołujący podniósł jak niżej.

Odwołujący przypomniał, że samo pojęcie "rażąco niskiej ceny" nie zostało ustawowo zdefiniowane. Zaś w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy jednak uznać, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie konkretnego zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Innymi słowy rażąco niska cena prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron stosunku zobowiązaniowego i generuje ryzyko niemożliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego (np. wyrok KIO z 1 kwietnia 2011 r. o sygn. akt: KIO 586/11.)

Odwołujący podkreślił również, że weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności. Mechanizmy te wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycję art. 90 ust. 1 - ust. 3 p.z.p.. Przepis art. 90 p.z.p. ma zatem zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny (tak J. P., Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2015).

Następnie odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę fakt braku jednoznacznego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, a także fakt konieczności dążenia do zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych, procedura weryfikacji prawidłowości i rzetelności kalkulacji ofertowej wdrożona musi być w każdym przypadku gdy pojawiają się wątpliwości czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. Zgodnie z art. 90 ust. 1 p.z.p. - w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 r. (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232) - wątpliwości takie pojawiają się zwłaszcza wtedy gdy zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i w takiej sytuacji uprawnienie do skorzystania z procedury wyjaśniającej przekształca się w obowiązek obciążający zamawiającego. Każdorazowo punktem wyjścia do oceny czy cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej jest więc szacunkowa wartość zamówienia określona przez zamawiającego, a także ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. Pomimo wskazania przez ustawodawcę pewnego pułapu procentowego uprawniającego zaistnienie rażąco niskiej ceny, należy jednak z całą stanowczością podkreślić, że każdy z przypadków musi podlegać indywidualnej ocenie. Prawdopodobnym jest bowiem zaistnienie chociażby sytuacji, w której cena danej oferty nie będzie odbiegać od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert przez fakt zniżenia tej średniej przez jedną ofertę cechującą się rażąco niską ceną. Pomimo to, należy wziąć pod uwagę, że to ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku. (tak KIO w wyroku z 29 lipca 2011 r. sygn. akt: KIO/UZP 1517/11).

W dalszej części uzasadnienia zarzutu odwołujący wskazał, że przekładając powyższe twierdzenia na stan faktyczny niniejszej sprawy zdaniem odwołującego zaistniały w nim okoliczności, które generować powinny wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Polaqua Sp. z o.o. i obligować zamawiającego do wszczęcia procedury jej wyjaśnienia, o czym świadczą następujące okoliczności.

Po pierwsze odwołujący podniósł, że należy zwrócić uwagę, że cena oferty Polaqua Sp. z o.o. znacznie odbiega od cen zaoferowanych i podtrzymanych w ramach przedłużenia terminu związania ofertą przez pozostałych wykonawców. Jedyną ofertą o cenie zbliżonej do tej zaoferowanej przez Polaqua Sp. z o.o. była oferta złożona przez Konsorcjum Metrostav, które jednak nie zdecydowało się na przedłużenie terminu związania ofertą, co świadczyć może o braku opłacalności podtrzymywania ceny na tak określonym poziomie wobec zmiennych warunków na rynku budowlanym. Pozostałe oferty złożone w postępowaniu

opiewały natomiast na kwoty znacznie wyższe - przewyższając cenę zaoferowaną przez Polaqua Sp. z o.o. o ponad 100 milionów złotych. Także zakładany przez zamawiającego budżet określony na poziomie 589 545 882,63 zł netto (725 141 435,64 zł brutto) przekraczał znacznie cenę oferowaną przez Polaqua Sp. z o.o. zakładając kwoty ponad 150 milionów złotych wyższe.

Zestawienie ofert złożonych w postępowaniu i ich wzajemne relacje przedstawiały się w sposób następujący:

Nazwa oferenta	Cena PLN netto	Cena PLN brutto	Relacja do najniższej oferty (%)	Relacja do średniej ceny ofert (%)	Relacja do budżetu zama - wiającego (%)	Sytuacja w postępowaniu
Polaqua Sp. z o.o.	434.349.186,38	534.249.499,25	100,00%	81,89%	73,7%	Oferta przedłużona
Konsorcjum Metrostav	437.716.362,73	538.391.126,16	100,78%	82,53%	74,2%	Brak przedłużenia terminu związania ofertą
Budimex S.A.	546.752.596,00	672.505.693,08	125,88%	103,09%	92,7%	Oferta przedłużona
Konsorcjum Impresa	562.578.000,00	691.970.940,00	129,52%	106,07%	95,4%	Brak przedłużenia terminu związania ofertą
Konsorcjum Porr	568.707.334,68	699.510.021,66	130,93%	107,22%	96,5%	Oferta przedłużona
Konsorcjum Strabag	632.223.568,00	777.634.988,64	145,56%	119,20%	107,2%	Brak przedłużenia terminu związania ofertą

Z analizy powyższych danych, zdaniem odwołującego, wynika wyraźnie, że pierwsze dwie oferty zostały znacznie zaniżone i nie odzwierciedlają tendencji rynkowych, będących najbardziej miarodajnym wskaźnikiem porównawczym - sztucznie zaniżając tym samym średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert i powodując uniknięcie formalnego zaktualizowania się konieczności przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej

ceny. Już sama ta okoliczność, w połączeniu z faktem, iż cena zaoferowana przez Polaqua Sp. z o. o. pozostaje w relacji do budżetu zamawiającego na poziomie 73,7 % (a więc nieznacznie odbiega od pułapu, który sam ustawodawca uznaje za pułap generujący podejrzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej) determinuje, iż zamawiający powinien był wszcząć procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, opartą o art. 90 ust. 1 p.z.p.

Ponadto odwołujący podkreślił, iż w równoległe toczącym się przed zamawiającym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie nr 3 (postępowanie pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej Sól Szczuczyn - Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 3: odc. Węzeł Wysokie - m. Raczki”) oferta złożona przez wykonawcę Polaqua Sp. z o. o. została uznana przez zamawiającego za noszącą znamiona oferty z ceną rażąco niską, pomimo iż w okolicznościach tamtej sprawy relacja oferty złożonej przez Polaqua Sp. z o. o. do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert przedstawiała się bardziej rynkowo i wynosiła 87,74% (przy poziomie 81,89% w tym postępowaniu). Jedyną różnicą był nieznacznie inny pułap w relacji do budżetu zamawiającego, który formalnie zobligował zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które potwierdziło wystąpienie ceny nierealnej w ofercie wykonawcy Polaqua Sp. z o.o.

W ocenie odwołującego, należy w tym kontekście zwrócić uwagę, że w przypadku zadania nr 3, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Polaqua Sp. z o. o. zamawiający zidentyfikował następujące uchybienia w wycenie dokonanej przez tego wykonawcę:

- a) brak wyceny technologii wzmocnienia podłoża i umocnienia skarp;
- b) nierynkowa cena za wykonania podbudowy zasadniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie C90/3 gr. 30 cm pod drogą główną;
- c) nierynkowa cena za wykonania podbudowy pomocniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie C50/10 gr. 17 cm pod drogą główną;
- d) brak wyceny kosztów wykonania dolnych warstw konstrukcyjnych nawierzchni;
- e) nierynkowa cena za wykonanie górnych warstw konstrukcyjnych nawierzchni;
- f) brak wyceny kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności odwołujący wskazał dowody:

- 1) Zestawienie ofert złożonych w postępowaniu pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej Sól Szczuczyn - Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 3: odc. Węzeł Wysokie - m. Raczki”;
- 2) Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone w postępowaniu pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej Sól Szczuczyn - Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 3: odc. Węzeł Wysokie - m. Raczki”;

Powyższe, w ocenie odwołującego, ma o tyle istotne znaczenie, że oferty na oba zadania składane były przez wykonawców tego samego dnia, tj. 7 listopada 2017 r., a tym samym - biorąc pod uwagę analogiczne postanowienia PFU w każdym z postępowań - kalkulowane były w oparciu o takie same założenia i czynniki cenotwórcze. Innymi słowy, skoro zamawiający w przypadku zadania nr 3 - kalkulowanego przez tego wykonawcę w tym samym czasie i na analogicznych zasadach pozyskał wiedzę o znacznym zniżeniu bądź braku wyceny co do 6 istotnych składowych, winien był wiedzę tę wykorzystać w równoległym toczącym się postępowaniu na zadanie nr 1 i wdrożyć procedurę wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, zwłaszcza, że w przypadku zadania nr 3 wykonawca Polaqua Sp. z o. o. nie kwestionował, iż istotnie niedoszacowania w obszarach zidentyfikowanych przez zamawiającego wystąpiły. Co warto podkreślić, w opinii odwołującego, elementy, które stały się podstawą wyeliminowania oferty Polaqua Sp. z o. o. w ramach zadania nr 3 były elementami pytań ze strony zamawiającego także w ramach zadania nr 1, z tym że pytania te w przypadku zadania nr 1 nakierunkowane były na weryfikację zgodności parametrów technicznych z wymaganiami SIWZ i nie obligowały wykonawcy Polaqua Sp. z o. o. do określania ich cen. Niemniej, zdaniem odwołującego powyższe świadczy o tym, iż sam zamawiający dostrzega konieczność weryfikacji oferty Polaqua Sp. z o. o. co do elementów wyjaśnianych w ramach zadania nr 3 i wskazuje, iż zamawiający przenosi pozyskaną w ramach równoległego zadania wiedzę na grunt obecnie toczącego się postępowania. Zdaniem odwołującego weryfikacja ta powinna być jednak dalej idąca i dotyczyć również kwestii związanej z wyceną, skoro to ona stała się kwestią newralgiczną decydującą o wyeliminowaniu oferty wykonawcy Polaqua Sp. z o. o. z zadania nr 3.

W ocenie odwołującego równoległe toczące się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiąc istotny materiał porównawczy, stanowi więc kolejną okoliczność przemawiającą za koniecznością wdrożenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający jako gospodarz każdego z postępowań, wedle odwołującego, mając świadomość analogicznego charakteru każdego z nich, nie powinien ignorować faktów i decyzji ujawnionych w tymże równoległym postępowaniu, zwłaszcza, iż również Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach wskazuje na zasadność analizy okoliczności wykraczających poza konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ale niosących dane mogące oddziaływać również na bieżące postępowanie – np. w wyroku z 4 maja 2015 r. o sygn. akt: KIO 818/15.

Następnie odwołujący wskazał, że również z jego kalkulacji wynika, że przy uwzględnieniu kosztów głównych czynników kosztotwórczych, które nie podlegają optymalizacji, i przy założeniu zastosowania przez wykonawcę Polaqua Sp. z o. o. analogicznych rozwiązań jak w przypadku zadania nr 3, cena łączna zaoferowana przez tego wykonawcę na poziomie 534 249 499,25 zł brutto jest ceną nierealną i kompletnie oderwaną

od sytuacji rynkowej. Dalej odwołujący stwierdził, że asortymenty robót, które stały się podstawą wyeliminowania wykonawcy Polaqua Sp. z o. o. z zadania nr 3, stanowi istotną część składową również w przypadku tego postępowania - odwołujący wskazał w tym aspekcie, że koszt podbudowy z kruszywa łamanego 0/31,5 powinien wynosić w tym postępowaniu ok. 55 mln złotych, a wartość mas bitumicznych ok. 23 mln złotych. Są to więc, w ocenie odwołującego, istotne czynniki cenotwórcze, które powinny zostać zweryfikowane w ofercie wykonawcy Polaqua Sp. z o. o.

Mając na uwadze powyższą argumentację według odwołującego uznać należy, iż w niniejszej sprawie występują takie okoliczności, które wzbudzają wątpliwości co do realności ceny zaoficerowanej przez Polaqua Sp. z o. o., które to wątpliwości powinny zostać wyjaśnione przed podjęciem decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i realizacji kontraktu o wartości kilkuset milionów złotych. Poza argumentami przedstawionymi niniejszym przez odwołującego i dodatkowo prezentowanymi podczas rozprawy za takim działaniem zamawiającego przemawiają względy celowościowe i dbałość o wydatkowanie środków publicznych, zwłaszcza iż wdrożona procedura miałaby jedynie oznaczać dogłębną weryfikację oferty Polaqua Sp. z o. o., nie zaś konieczność jej automatycznej eliminacji.

Naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. w sytuacji gdy nie odpowiada ona treści SIWZ, względnie naruszenie art 87 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polaqua Sp. z o. o. do dalszych wyjaśnień treści oferty odwołujący uzasadnił jak niżej.

Na wstępie niniejszego punktu odwołujący podkreślił, iż wobec działań zamawiającego, szeroko opisanych w ramach pkt I uzasadnienia, pozbawiony został możliwości szczegółowej analizy wyjaśnień wykonawcy Polaqua Sp. z o.o., w których jak się spodziewa, zaprezentowane zostały szczegóły co do rozwiązań zakładanych przez wykonawcę. W związku z tym, odwołujący zastrzega możliwość ewentualnego przedkładania dalej idących dowodów popierających podnoszone przez niego niniejszym zarzuty dotyczące niezgodności oferty Polaqua Sp. z o.o. z treścią SIWZ. Jednocześnie - wobec braku precyzyjnej wiedzy o poziomie szczegółowości wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. - z ostrożności podnosi również zarzut zasadności dodatkowego wezwania do wyjaśnienia treści oferty w poniżej wyszczególnionych punktach.

Odwołujący - podkreślając, że kieruje się swoim doświadczeniem na rynku budowlanym - stwierdził, iż dostrzega niezgodność oferty Polaqua Sp. z o.o. z treścią SIWZ w obszarach, które były przedmiotem pytań zamawiającego nr 3, 4 oraz 6 wyspecyfikowanych w ramach wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz w konsekwencji pytań dodatkowych, w ramach wezwania z 8 lutego 2018 r. dotyczących tych punktów. W ocenie odwołującego, gdyby bowiem wykonawca Polaqua Sp. z o.o. przyjął rozwiązania zgodne

z wiążącymi wytycznymi wyspecyfikowanymi w ramach PFU oraz innymi bezwzględnie obowiązującymi aktami prawa nie byłby w stanie zaoferować ceny na poziomie określonym w ofercie. Niezgodność oferty Polaqua Sp. z o.o. z treścią SIWZ potwierdzać może dodatkowo analiza złożonych przez niego oświadczeń i informacji graficznych. W ramach wskazanych obszarów odwołujący dostrzega następujące niezgodności oferty wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. z treścią SIWZ:

- a) wykonawca w ramach swojej oferty założył kształt niwelety niezgodny z wymaganiami wynikającymi z odpowiedzi na pytanie nr 192 (powyższe było przedmiotem pytań nr 3, 4 oraz 9 w ramach wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytania nr 1, 2 oraz 7 w ramach wezwania z 8 lutego 2018 r.).

W tym zakresie odwołujący podkreślił, iż zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie 192 w przypadku obiektów inżynierskich pełniących funkcje przejść dla zwierząt należy przyjąć ich parametry [„ (takie jak: skrajnia pionowa przejścia, skrajnia pozioma przejścia, współczynnik względnej ciasnoty, przejście nad/pod lokalizacja)"] zgodnie z PFU czyli 5,0 m wysokości. Zaś zgodnie z odpowiedzią nr 3 z pisma z dnia 12 stycznia 2018 r. wykonawca Polaqua Sp. z o.o. przedstawił rozwiązania różnicowe, z których wynika zmiana niwelety na odcinku od km około 20+990 km do km około 23+220, na którym znajdować ma się obiekt MS/PZDsz-22.8. Z analizy powyżej przedstawionych przez Polaqua Sp. z o.o. danych wynika niewystarczająca skrajnia przejścia dla zwierząt o dużych rozmiarach ciała. Według załączonej niwelety pod obiektem MS/PZDsz-22.8 skrajnia środowiskowa dla tego obiektu nie została zachowana - wynosi bowiem ok. 3,80 metra przy wymaganych 5,0 metrach.

Zatem, w ocenie odwołującego, rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. dotyczące niwelety oraz przejścia dla zwierząt MS/PZDsz-22.8 - co wynika z udzielonych przez niego odpowiedzi na pytania zamawiającego - jest niezgodne z ww. wymaganiami zamawiającego.

- b) wykonawca w ramach swojej oferty dokonał błędnych założeń odnoszących się do konstrukcji nawierzchni, niezgodnych z wymaganiami określonymi w pkt 2.1.1. PFU (powyższe było przedmiotem pytania nr 6 w ramach wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytania nr 3 w ramach wezwania z 8 lutego 2018 r.).

Według odwołującego, zgodnie z odpowiedzią wykonawcy Polaqua Sp. z o. o. z 15.02.2018 r. powierzchnia przyjętej warstwy mrozochronnej wynosi 316 255 m² , która jest około dwukrotnie zbyt mała dla niwelety założonej i przedstawionej w ramach wyjaśnień przez Polaqua Sp. z o.o. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, powyższe świadczy o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Jednocześnie, w ramach przedstawionych odpowiedzi, wykonawca Polaqua Sp. z o.o., wbrew konkretnie sformułowanym pytaniom zamawiającego nie udzielił odpowiedzi dotyczących grubości warstwy mrozochronnej i ilości materiału w tej

warstwie. Tym samym, w opinii odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalają na weryfikację prawidłowości oferty w tym zakresie, wbrew oczekiwaniom zamawiającego wyspecyfikowanym w ramach pytań. W konsekwencji, również w tym zakresie oferta Polaqua Sp. z o.o. powinna być oceniona jako niezgodna z treścią SIWZ, względnie aspekt ten powinien być przedmiotem dalszych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p.

c) wykonawca w ramach swojej oferty założył rozwiązania projektowe co do obiektu WD-1,0 wyszczególnionego w Tabeli 1.1. PFU w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w treści PFU, zwłaszcza w sposób stojący w sprzeczności z wymaganiami określonymi w odrębnych przepisach wiążących na podstawie w pkt 3.1.1. PFU (powyższe było przedmiotem pytania nr 9 i 10 w ramach wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytania nr 7 w ramach wezwania z 8 lutego 2018 r.).

W ocenie odwołującego, co do obiektu WD-1,0 wykonawca przyjął szerokość jak w koncepcji programowej, w której obiekt nie posiadał chodników rewizyjnych, a jedynie opaski, które zgodnie z Dz. U. 2000 nr 63, poz. 735 nie mogą być wykorzystywane na przejścia rewizyjne. Tym samym, według odwołującego, rozwiązanie proponowane przez Polaqua Sp. z o.o. zakłada zbyt małą szerokość tego obiektu w stosunku do wymagań PFU oraz norm przepisów prawa. Zatem rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę dotyczące tego elementu - co wynika z udzielonych przez niego odpowiedzi na pytania zamawiającego - jest niezgodne z ww. wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ.

Na zakończenie uzasadnienia zarzutu odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia i informacje przedkładane przez wykonawców w trybie wyjaśnienia treści oferty powinny być na tyle jednoznaczne aby możliwa była niepodważalna kwalifikacja założeń wykonawcy z imperatywnymi wymogami określonymi w treści SIWZ. W niniejszym przypadku powyższa zasada nie została zachowana, co w połączeniu z zarzutami określonymi w lit. a) – c) powyżej, determinuje, iż rzeczony zarzuty należy uznać za zasadne i uznać, iż oferta Polaqua Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ, względnie powinna podlegać dalszym wyjaśnieniom w celu wyeliminowania wątpliwości we wskazanych punktach wyspecyfikowanych.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uznaje zarzuty odwołania w części wskazanej w odpowiedzi na odwołanie, tj. w zakresie zarzutu nr 1, w pozostałej części, tj. w zakresie zarzutu nr 2, 3 i 4 zamawiający wnosi o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Na wstępie odpowiedzi na odwołanie zamawiający przypomniał, że do dnia 7 listopada 2017 r., spośród 19 wykonawców zaproszonych do składania ofert, swoje oferty złożyło 6 wykonawców, zaś kwota jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia

to 725 141 435,64 zł brutto. Następnie przedstawiono ceny poszczególnych ofert od najniższej do najwyższej wraz z procentową różnicą pomiędzy kwotą zamawiającego (co odpowiada również szacunkowej wartości zamówienia (bez wartości zamówień uzupełniających) powiększonej o wartość podatku VAT określonej przez zamawiającego z należytą starannością) a ceną ofert, w formie tabelarycznej.

W dalszej części pisma procesowego zamawiający wskazał, że w toku badania i oceny ofert, dokonał wstępnego badania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, celem ustalenia czy zachodzą przesłanki uzasadniające rozpoczęcie procedury badania ofert pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający podniósł, że mając na uwadze brzmienie art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w dniu wszczęcia niniejszego postępowania, tj. 15.04.2016 r., uznał, iż nie zachodzą przesłanki do wszczęcia procedury pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny w stosunku do żadnej z ofert - cena żadnej z ofert nie jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Jednakże, z uwagi na to, że cena dwóch ofert (oferta: Polaqua Sp. z o.o. oraz oferta: Konsorcjum firm w składzie Metrostav Polska S.A. i Metrostav a.s. jest niższa od wartości zamówienia o ponad 25%) zamawiający podjął decyzję o zwróceniu się do wykonawców, którzy złożyli powyższe oferty, o wyjaśnienie ich treści (na podstawie art 87 ust. 1 p.z.p.), w celu ustalenia czy badane oferty uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w tym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym (dalej: PFU) oraz Warunkami Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej: WWiORB) będącymi załącznikami do PFU:

- a) Polaqua Sp. z o.o. - zamawiający po analizie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (na wezwanie zamawiającego z 11 grudnia 2017 r. oraz 08 lutego 2018 r.) uznał, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz WWiORB będącymi załącznikami do PFU.
- b) Konsorcjum firm w składzie Metrostav Polska S.A. i Metrostav a.s. - wykonawca złożył wyjaśnienia, jednak na późniejszym etapie postępowania nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W konsekwencji tego został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., jego oferta, zgodnie z art. 24 ust. 4 p.z.p. została uznana za odrzuconą.

Następnie zamawiający przypomniał przebieg toku postępowania i wskazał, że co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający uwzględnił zarzut odwołującego – w dniu 5 marca 2018 r. zamawiający przekazał odwołującemu wyjaśnienia (pisma z dnia 12 stycznia 2018 r. oraz 15 lutego 2018 r.) złożone przez Polaqua Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwania zamawiającego

w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. z dnia 11 grudnia 2017 r. oraz 8 lutego 2018 r. oraz pełną treść pisma zamawiającego z 8 lutego 2018 r. z wezwaniem do złożenia wyjaśnień. Ponadto zamawiający wskazał, że wypełni żądanie odwołującego w zakresie uwzględnionego zarzutu i unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2018 r. oraz dokona ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W stosunku co do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności, zamawiający stwierdził, że zarzut jest bezzasadny, co uzasadnił jak następuje. „Jak sam odwołujący podkreśla, w I części uzasadnienia odwołania, „utajnionymi wyjaśnieniami objęte są informacje kluczowe z punktu widzenia tego jedyne, konkretne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” i tylko w przypadku zagwarantowania mu odpowiedniego czasu na „realną weryfikację wyjaśnień składanych przez Polaqua” pozwoliłoby odwołującemu na „skonkretyzowanie zarzutu dotyczącego podejrzenia zaistnienia w ofercie Polaqua rażąco niskiej ceny”.

W związku z powyższym oraz wobec faktu uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu, o którym mowa powyżej, i tym samym zobowiązania się do wypełnienia żądania, tj. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2018 r. i w konsekwencji dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym stanie rzeczy niniejszy zarzut jest przedwczesny i co więcej bezprzedmiotowy.

Niemniej, na wypadek nie podzielenia argumentacji zamawiającego w powyższym zakresie, zamawiający wskazuje, iż z przyczyn opisanych poniżej zarzut jest również bezzasadny: W ocenie zamawiającego zarzut ten należy uznać za chybiony, gdyż odwołujący oparł go na własnych domniemaniach oraz na porównaniach do odrębnego, równoległe prowadzonego, postępowania na zadanie nr 3 („Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn - Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 3: odc. węzeł Wysokie - m. Raczki”). Zdaniem zamawiającego analiza cen uzyskanych w innym postępowaniu, nie może stanowić podstawy do wysnuwania wniosków w niniejszym postępowaniu. Zestawienie wykonawców i rozkład cen, są w szczególności wynikiem uwarunkowań związanych z wykonaniem innego, odrębnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazuje, iż nawet cena oferty odwołującego w postępowaniu na zadanie nr , w znaczącej mierze - o 24,07 %, odbiega od wyceny zamawiającego, czyli zupełnie odmiennie została skosztorysowana niż w przedmiocie niniejszego zadania - zadania nr 1, gdzie odbiega od tej ceny o 7,26 %.”

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że odwołujący uzasadniając nierealność oferty Polaqua Sp. z o.o. podiera się w swoich wyliczeniach własnymi cenami i wylicza koszty dwóch wiodących asortymentów robót, stanowiących

14% całkowitej ceny oferty Polaqua Sp. z o.o., po czym stwierdza, iż są to „istotne czynniki cenotwórcze”, które powinny zostać zweryfikowane w ofercie wykonawcy Polaqua” (str.14 odwołania, ostatnie zdanie pkt 9). Zdaniem zamawiającego jest to niedostateczny dowód do podjęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Ponadto zamawiający podkreślił, że analiza cen ofert dokonana przez niego została przeprowadzona rzetelnie i nie wskazywała na rażące zaniżenie ceny oferty Polaqua Sp. z o.o. (dowód - Protokół z prac komisji przetargowej z przeprowadzonego badania wstępnego ofert). Zamawiający również zaznaczył, że na podobnym poziomie jak oferta wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. została skalkulowana oferta Konsorcjum firm w składzie Metrostav Polska S.A. i Metrostav a.s. Zatem dwie z sześciu złożonych ofert, zostały skalkulowane na tym samym poziomie cenowym, w tym cena jednej z czterech pozostałych ofert opiewa na kwotę przewyższającą kwotę zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. w sytuacji gdy nie odpowiada ona treści SIWZ przedstawiało się następująco: „Jak sam odwołujący podkreśla, w I części uzasadnienia odwołania, „utajnionymi wyjaśnieniami objęte są informacje kluczowe z punktu widzenia tego jedyne, konkretne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” i tylko w przypadku zagwarantowania mu odpowiedniego czasu na „realną weryfikację wyjaśnień składanych przez Polaqua” pozwoliłoby odwołującemu na „skonkretyzowanie zarzutu dotyczących niezgodności oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ”. W związku z powyższym oraz wobec faktu uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu, o którym mowa w pkt 1 powyżej, i tym samym zobowiązania się do wypełnienia żądania, tj. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2018 r. i w konsekwencji dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym stanie rzeczy niniejszy zarzut jest przedwczesny i co więcej bezprzedmiotowy. Niemniej, na wypadek nie podzielenia argumentacji zamawiającego w powyższym zakresie, zamawiający wskazuje, iż z przyczyn opisanych poniżej zarzut jest również bezzasadny. Odwołujący wskazuje, że „gdyby bowiem wykonawca Polaqua przyjął rozwiązania zgodne z wiążącymi wytycznymi wyspecyfikowanymi w ramach PFU oraz innymi bezwzględnie obowiązującymi aktami prawa nie byłby w stanie zaoferować ceny na poziomie określonym w ofercie”. Przede wszystkim w ocenie zamawiającego, odwołujący błędnie odnosi zgodność treści oferty Polaqua Sp. z o.o. z treścią SIWZ, do jej ceny. Taka analiza, bez poparcia w dokumentach dotyczących zastosowanych przez Polaqua Sp. z o.o. cen, nie pozwala na uzyskanie właściwych wniosków w tym zakresie. Wykonawca Polaqua Sp. z o.o. został wezwany do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. (pisma z dnia 11 grudnia 2017 r. oraz 08 lutego 2018 r.) w celu ustalenia stopnia gotowości do realizacji kontraktu i wyjaśnienia czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, w tym

w PFU oraz WWIORB będącymi załącznikami do PFU. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że niniejsza inwestycja będzie realizowana w systemie „Projektuj i Buduj”, a co za tym idzie wykonawcy nie są zobowiązani do wykonania szczegółowej i niezmiennej dokumentacji projektowej na etapie składania ofert. Zgodnie z zapisami SIWZ, Wykonawca będzie miał 8 miesięcy na opracowanie projektu budowlanego, a czas na opracowanie kompletnej dokumentacji aż do momentu uzyskania przez Wykonawcę decyzji ZRID, tj. łącznie około 13 miesięcy. Wykonawcy przy sporządzaniu ofert mogli więc ograniczyć się do wstępnej koncepcji wystarczającej do dokonania wyceny. Koncepcja taka do momentu zatwierdzenia projektu budowlanego i wykonawczego może być wielokrotnie zmieniana. Mając na uwadze powyższe, złożone przez Polaqua Sp. z o.o. wyjaśnienia w pismach z dnia 12 stycznia 2018 r. oraz 15 lutego 2018 r., jak również przedstawione poniżej wyjaśnienia zamawiającego potwierdzają, iż treść oferty Polaqua Sp. z o.o. odpowiada treści SIWZ, a zatem zarzut odwołującego nie potwierdził się:

– Obiekt MS/PZDsz-22.8:

Na odcinku gdzie zlokalizowano obiekt MS/PZDsz-22,8, Wykonawca Polaqua Sp. z o.o. założył obniżenie niwelety o około 2,0 m (załącznik do odpowiedzi na pytanie nr 3 - pismo wykonawcy z dnia 12 stycznia 2018 r.). Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 9 (pismo Polaqua Sp. z o.o. z dnia 12 stycznia 2018 r.) poinformował o dokonanej, w stosunku do rozwiązań przedstawionych w Koncepcji Programowej (dalej: „KP”), zmianie konstrukcji obiektu: z monolitycznej skrzynkowej o znacznej wysokości konstrukcyjnej na konstrukcję belkowo-płytową, sprężoną, co umożliwi przyjęcie mniejszej wysokości konstrukcyjnej przęsła przy jednoczesnym zachowaniu wymaganej skrajni pod obiektem.”

Następnie zamawiający ponownie podkreślił, że przedmiotowa inwestycja będzie realizowana w systemie „Projektuj i Buduj”, a co za tym idzie wykonawcy nie są zobowiązani do wykonania szczegółowej i niezmiennej dokumentacji projektowej na etapie składania ofert. Zgodnie z zapisami SIWZ wykonawca będzie miał 8 miesięcy na opracowanie projektu budowlanego, w tym zaprojektowanie wszystkich niwelet dróg uwzględniających wszystkie warunki określone w PFU, przepisach prawa oraz wynikające z uzyskanych warunków, opinii, uzgodnień, do uzyskania których zobowiązany jest wykonawca - wykonawcy przy sporządzaniu ofert mogli więc ograniczyć się do wstępnej koncepcji wystarczającej do dokonania wyceny (oszacowania ilości robót w poszczególnych asortymentach), koncepcja taka do momentu zatwierdzenia projektu budowlanego i wykonawczego może być wielokrotnie zmieniana. Zatem, w ocenie zamawiającego, przytoczone powyżej argumenty potwierdzają, iż brak jest podstaw do uznania oferty Polaqua Sp. z o.o. za niezgodną z treścią SIWZ.

– Konstrukcja nawierzchni - warstwa mrozoochronna:

Zamawiający stwierdził: „odwołujący stawia zarzut o niedoszacowaniu ilości warstwy

mrozochronnej. Zarzut jest bezpodstawny. Nie dysponując pełną dokumentacją projektową, w tym niweletami wszystkich dróg (nie tylko drogi głównej, ale również wszystkich pozostałych dróg) stawianie zarzutu o niedoszacowaniu jest nieuprawnione. Zgodnie z tabelą Wzmocnienie podłoża, w piśmie z dnia 12 stycznia 2018 r. Polaqua Sp. z o.o. poinformował, że na długości 5,07 km drogi głównej planuje wykonać wymianę gruntu, a na długości 14,99 km - powierzchniową wymianę gruntu. W przypadku zastosowania do wymiany gruntów lub powierzchniowej wymiany gruntów - gruntów niewysadzinowych o $CBR \geq 10\%$ i dodatkowo uzyskując na powierzchni tej wymiany $E_2 \geq 80$ osiągnie się grupę nośności G1, dla której warstwa mrozochronna - zgodnie z 2.1.1 PFU - nie jest wymagana. W związku z powyższym w ocenie zamawiającego pozwoliło to wykonawcy na przyjęcie do oferty, wskazanej w wyjaśnieniu z dnia 15 lutego 2018 r. (odpowiedź nr 3) właściwej ilości warstwy mrozochronnej. Jednocześnie należy podkreślić, że przyjęta w ofercie Polaqua Sp. z o.o. powierzchnia ($316\ 255\ m^2$) jest porównywalna z ilościami wynikającymi z Koncepcji Programowej. Przyniesione powyżej argumenty potwierdzają, iż brak jest podstaw do uznania oferty Polaqua Sp. z o.o. za niezgodną z treścią SIWZ."

– Obiekt WD-1,0:

Zamawiający wskazał: „Brak jest podstaw do stawiania tezy, że określona w odpowiedziach wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. szerokość obiektu WD-1,0 jest nieprawidłowa i nie zawiera przestrzeni niezbędnej do budowy chodnika rewizyjnego. W ramach udzielonych odpowiedzi (odpowiedź nr 9 i 10 - pismo z dnia 12 stycznia 2018 r. oraz odpowiedź nr 7 - pismo z dnia 15 lutego 2018 r.) Polaqua Sp. z o.o. poinformowała, że dla obiektu WD-1,0 założyła długość obiektu 55,42 m i szerokość 23,20 m - dokładnie takie wymiary jakie podał Zamawiający w tabeli 1.1 PFU. Należy wziąć pod uwagę, że Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 16 lutego 2005 r. w sprawie sposobu numeracji i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom (Dz. U. 2005 r. Nr 67, poz. 582), definiuje szerokość całkowitą obiektu w przypadku obiektów o dwóch ciągach w jednym poziomie jako sumę szerokości przęseł bez szczeliny dylatacyjnej. Zgodnie z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie nr 242 (Pakiet 1 - pismo z dnia 25 sierpnia 2017 r.): Pytanie 242 - Czy parametry obiektów podane w tabeli 1.1 takie jak długość całkowita i szerokość całkowita były określane zgodnie z Dz.U. Nr 67 poz. 582 z dnia 16 lutego 2005 roku. Odpowiedź - Parametry obiektów podane w tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 takie jak długość całkowita i szerokość całkowita były określane zgodnie z Dz. U. Nr 67 poz. 582 z dnia 16 lutego 2005 roku z „Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 16 lutego 2005 r. w sprawie sposobu numeracji i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom". Mając na uwadze powyższe, wymagane

jest, aby obiekt z chodnikiem rewizyjnym miał szerokość $2 \times 11,6\text{m} = 23,2\text{m}$ (tak jak w tabeli 1.1 PFU i udzielonych odpowiedziach Polaqua Sp. z o.o.). Natomiast w koncepcji programowej, która nie jest wiążąca w zakresie szerokości obiektów mostowych, szerokość obiektu WD-1,0 wynosi $2 \times 10,7\text{m} = 21,4\text{m}$."

Następnie zamawiający w tym zakresie przedstawił graficzne możliwe rozwiązanie obiektu WD-1,0 z chodnikiem rewizyjnym i o szerokości zgodnej z wyjaśnieniami firmy Polaqua Sp. z o.o. Dalej zamawiający wskazał, że należy pamiętać, że podane w tabeli 1.1 PFU parametry takie jak długość całkowita i szerokość całkowita przęseł nie są parametrami ostatecznymi. Zgodnie z treścią PFU: „Zmiany parametrów podanych w Tabeli nr 1.1, tj. długości całkowitej do $\pm 25\%$ oraz szerokości całkowitej przęseł do $\pm 10\%$ zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Zmiany wykraczające poza powyższe będą rozpatrywane zgodnie z Warunkami Kontraktu". Zatem przytoczone powyżej argumenty potwierdzają, iż brak jest podstaw do uznania oferty Polaqua Sp. z o.o. za niezgodną z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. do dalszych wyjaśnień treści oferty wykonawcy w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania, zamawiający stwierdził, że „zarzut jest bezzasadny, z uwagi na uznanie przez zamawiającego za bezzasadny zarzut, o którym mowa w pkt 3 powyżej. Uzasadnienie zamawiającego zawarte w pkt 3 powyżej potwierdza fakt, że oferta Polaqua Sp. z o.o. uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz WWIORB będącymi załącznikami do PFU i tym samym odpowiada treści SIWZ. Zatem wezwania Wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. do dalszych wyjaśnień treści oferty jest w ocenie Zamawiającego nieuzasadnione."

W toku postępowania odwoławczego do udziału w sprawie, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w sprawie, po stronie zamawiającego, wykonawcę Polaqua Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozadowskiej, ul. Dworska 1, Wólka Kozadowska, 05 – 500 Piaseczno, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej jako "przystępujący"). Przystępujący uszczegółowił swoje stanowisko w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu.

Tak określone, na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p., zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem *a contrario* musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte. Izba jest zatem

związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (*vide* wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15, Sąd Okręgowy w Gdańsku z 25 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt XII Ga 92/12).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami siwz, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu norm p.z.p. interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, zaś odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy p.z.p. Oferta odwołującego uzyskała 82,53 pkt i w związku z czym została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu. Oferta wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, odwołujący, który złożył prawidłową i rzetelnie wycenioną ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez spółkę Budimex S.A. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 p.z.p. do wniesienia niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Zarzut oznaczony nr 1 w *petitum* odwołania dotyczący naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia wyjaśnień złożonych przez przystępującego w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej, został przez zamawiającego uwzględniony. Zatem skoro w tym zakresie spór pomiędzy stronami przestał istnieć, a przy tym została dokonana czynność – jedyna, której dokonanie Izba mogłaby nakazać w wyroku, orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

Ponadto Izba stwierdziła, że wobec oświadczenia złożonego na rozprawie, przez pełnomocnika odwołującego, w przedmiocie uwzględnienia argumentacji zamawiającego, zawartej w odpowiedzi na odwołanie co do zarzutu dotyczącego niezgodności z dokumentacją postępowania rozwiązania przystępującego dot. obiektu WD - 1,0 (tabela 1.1. PFU), wynikającego z udzielonych przez przystępującego odpowiedzi na wezwanie (pytanie nr 9 i 10 w ramach wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytanie nr 7 w ramach wezwania z 8 lutego 2018 r.), orzeczenie w tej kwestii również stało się bezprzedmiotowe.

W ocenie składu orzekającego na aprobatę nie zasługują twierdzenia zamawiającego co do uznania pozostałych zarzutów odwołania za przedwczesne, wobec oświadczenia zamawiającego o wypełnieniu żądania - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2018 r. i w konsekwencji dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej – wiążącego się z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutu nr 1 odwołania. Izba stwierdziła, że w stanie na dzień orzekania zamawiający nie wykonał czynności na których opierał swoje twierdzenia, zatem nie ma podstaw do uznania „za bezprzedmiotowe rozstrzygnięcie co do pozostałych zarzutów”, jak wskazywał zamawiający.

W zakresie pozostałych zarzutów, oznaczonych nr 2, 3 i 4 w *petitum* odwołania, Izba w oparciu o uzasadnienie odwołania oraz replikę zamawiającego, doprecyzowaną w toku rozprawy, uznała że zarzuty odwołania sprowadzają problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

1. zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji gdy, w ocenie odwołującego, zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności;
2. zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji gdy, zdaniem odwołującego, nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - ewentualnie zaniechania wezwania przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień treści oferty - w zakresie informacji wynikających z udzielonych przez przystępującego odpowiedzi na pytania zamawiającego, w stosunku co do:
 - a) założonego przez przystępującego kształtu niwelety, w korelacji z wymaganiami wynikającymi z odpowiedzi na pytanie 192 - co było przedmiotem pytań nr 3, 4 oraz 9 w ramach wezwania zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty skierowanego do przystępującego 11 grudnia 2017 r. oraz pytania nr 1, 2 oraz 7 w ramach wezwania z 8 lutego 2018 r. – z analizy przedstawionych przez przystępującego danych, w ocenie odwołującego, wynika niewystarczająca skrajnia przejścia dla zwierząt o dużych rozmiarach ciała, według załączonej przez przystępującego niwelety, pod obiektem MS/PZDsz-22.8, skrajnia środowiskowa dla tego obiektu nie została zachowana - wynosi bowiem ok. 3,80 m przy wymaganych 5,0 m;
 - b) założeń przystępującego odnoszących się do konstrukcji nawierzchni, w korelacji z wymaganiami określonymi w pkt 2.1.1. PFU - co było przedmiotem pytania nr 6 w ramach wezwania zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty skierowanego do przystępującego z 11 grudnia 2017 r. oraz pytania nr 3 w ramach wezwania z 8 lutego 2018 r. – według odwołującego zgodnie

z odpowiedzią przystępującego z 15 lutego 2018 r. powierzchnia przyjętej warstwy mrozoochronnej wynosi 316 255 m², która to jest około dwukrotnie zbyt mała dla niwelety założonej i przedstawionej w ramach wyjaśnień przez przystępującego, zaś w konsekwencji, zdaniem odwołującego, powyższe świadczy o niezgodności oferty z treścią SIWZ, jednocześnie, w ramach przedstawionych odpowiedzi przystępujący, wbrew konkretnie sformułowanym pytaniom zamawiającego nie udzielił odpowiedzi dotyczących grubości warstwy mrozoochronnej i ilości materiału w tej warstwie.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: *"Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia"*.

Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego, w tym korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a przystępującym, oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 90 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności;
- 2) art 87 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. do dalszych wyjaśnień treści oferty wykonawcy w zakresie przedłożonej niwelety co do przyjętej skrajni przejścia dla zwierząt o dużych rozmiarach ciała pod obiektem MS/PZDsz-22.8 oraz w zakresie przyjętej warstwy mrozoochronnej.

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które może mieć lub ma istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie okoliczności faktycznych ujętych w zarzutach odwołania wyżej wskazanych, a zawartych w punktach 2 i częściowo 3 oraz 4 odwołania. Twierdzenia w zakresie tych okoliczności podnoszone przez zamawiającego i przystępującego w sprawie Izba uznała za gołosłowne, zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony i nie mogące uchylić obiektywnej bezprawności odpowiednich, zakwestionowanych przez odwołującego czynności i zaniechań zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Polaqua Sp. z o.o., w tym wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 p.z.p. w zakresie ceny oferty, a także wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. w zakresie przedłożonej niwelety co do przyjętej skrajni przejścia dla zwierząt o dużych rozmiarach ciała pod obiektem MS/PZDsz-22.8 oraz w zakresie przyjętej warstwy mrozoochronnej.

U podstaw wydanego orzeczenia, co do żądań podniesionych w odwołaniu w zakresie nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty, legło wykazanie przez odwołującego, że stan rzeczy ustalony w postępowaniu wypełnia hipotezę art. 90 ust. 1 p.z.p. tj. w ocenie Izby zamawiający winien wdrożyć procedurę weryfikacji prawidłowości kalkulacji ceny oferty, zgodnie z ww. normą, gdyż cena zaoferowana przez przystępującego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Nie było spornym między stronami, że cena oferty przystępującego w wysokości 534 249 499, 25 zł, w relacji do budżetu zamawiającego 725 141 435, 64 zł - rozumianego jako środki przeznaczone na realizację umowy, powiększone o należny podatek od towarów i usług, odpowiadające wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia zamówień uzupełniających - wynosi 73,7%, zatem jest niższa o ok. 26,3% od budżetu zamawiającego. Warto zaznaczyć, że zgodnie z twierdzeniami zamawiającego (*vide* str. 4 odpowiedzi na odwołanie), ta procentowa różnica była również powodem wezwania przystępującego przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty - w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. - w zakresie czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w dokumentacji postępowania.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że skład orzekający podziela argumentację odwołującego, że ustawa p.z.p. nie zawiera definicji legalnej rażąco niskiej ceny, bowiem nie budzi wątpliwości fakt, że przepisy p.z.p. ani wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny i dlatego w każdym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu potrzeba, należy tę kwestię badać *ad casum* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, z 25 sierpnia 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1072/15). Tym niemniej jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, pomimo, że przepisy ustawy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny,

punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 88/09 celnie wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Zatem skoro samo pojęcie rażąco niskiej ceny każdorazowo wymaga w indywidualnej, ustalonej sytuacji konkretyzacji, zaś ustawa p.z.p. nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny, każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji, wartość zamówienia oraz uwarunkowania danego rynku należy rozpatrywać indywidualnie (por. postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Skład orzekający w niniejszej sprawie powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Mając na uwadze powyższy wywód należy stwierdzić, iż skoro określenie ceny oferty jako mogącej nosić znamiona rażąco niskiej dokonywane jest w szerokopojętych realiach danej sprawy to również weryfikacja czy zamawiający był zobligowany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny oferty, wskazanej w art. 90 p.z.p., w tym badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia wyjaśnienia ceny oferty tj. „cena oferty wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”, jest dokonywana w okolicznościach faktycznych danego, konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu realiów danego rynku.

W tym miejscu należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego, który skupił się na procentowej różnicy wartości zamówienia i oferty przystępującego, czy też ofert innych wykonawców, że wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, zgodnie z hipotezą art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zostały zawężone przez Ustawodawcę wyłącznie do ceny niższej o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Ustawodawca posłużył się zwrotem „w szczególności” co do ww. procentowej różnicy - świadczy to o katalogu otwartym i istotnym, w badaniu czy zachodzą okoliczności uzasadniające rozpoczęcie procedury wyjaśnienia ceny wskazanej w ofercie, jest układ okoliczności faktycznych w danym postępowaniu, gdyż Ustawodawca w sposób

otwarty ustanowił katalog zdarzeń, które mogą skutkować wątpliwościami w zakresie rzetelności kalkulacji ceny oferty. Zatem aby poprawnie zastosować normę art. 90 ust. 1 p.z.p. zamawiający musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie pod kątem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, a nie jedynie ograniczyć się do analizy czy wymienione przez Ustawodawcę przykładowe przesłanki znajdują w sprawie zastosowanie. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba, w toku orzekania, porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć w ten wzorzec konieczność ustalenia, czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy powziąłby takie wątpliwości czy też nie. Dokonując tej analizy, na kanwie okoliczności niniejszej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że u zamawiającego takie wątpliwości powinny były powstać.

W ocenie składu orzekającego gdyby zamawiający prawidłowo zastosował art. 90 ust. 1 p.z.p. i dokonał subsumpcji stanu faktycznego do jego dyspozycji, a nie wyłącznie do katalogu przykładowych sytuacji wymienionych przez Ustawodawcę, to wówczas musiałyby po jego stronie powstać uzasadnione wątpliwości co do tego czy cena zaoferowana przez przystępującego nie jest rażąco niska, w tym budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co skutkowałoby zapoczątkowaniem procedury określonej w art. 90 p.z.p. Tym niemniej Izba stwierdziła, że zamawiający wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty przez przystępującego posiadał i ujawnił je poprzez wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. Jednakże wobec braku, po powzięciu rzeczonych wątpliwości, działań przewidzianych w takim przypadku przez ustawę p.z.p., zaniechanie zamawiającego należy ocenić jako naruszenie art. 90 ust. 1 p.z.p.

Ponadto skład orzekający w pełni podziela stanowisko i argumentację odwołującego co do okoliczności, które dodatkowo jednoznacznie wskazują na wypełnienie w ustalonym stanie rzeczy hipotezy art. 90 ust. 1 p.z.p.:

- z zestawienia sześciu cen ofert złożonych w postępowaniu i ich wzajemnych procentowych relacji wynika wyraźnie, że oferta przystępującego o najniższej cenie w postępowaniu, w kwocie 534 249 499,25 zł brutto oraz druga w kolejności z najniższą ceną oferta konsorcjum Metrostav Polska S.A. i Metrostav a.s. w kwocie 538 391 126, 16 zł brutto, są znacznie niższe od czterech kolejnych ofert (od ok. 135 000 000,00 zł do ok. 220 000 000,00 zł) i mogą świadczyć o zaniżeniu średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, powodując uniknięcie formalnego (relacja 30%) zaktualizowania się konieczności przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdyż z zestawienia ofert wynika, że pierwsze dwie

oferty mogą nie odzwierciedlać tendencji rynkowych, będących miarodajnym wskaźnikiem porównawczym, co jest szczególnie widoczne przy uwzględnieniu okoliczności, który z wykonawców dokonał przedłużenia terminu związania z ofertą - są to:

1. Polaqua Sp. z o.o. z ceną w kwocie 534 249 499,25 zł;
2. Budimex S.A. z ceną w kwocie 672 505 693,08 zł;
3. Konsorcjum Porr S.A., Porr Bau GmbH, Unibep S.A. z ceną w kwocie 699 510 021,66 zł;

Zatem uwzględnienie powyższych okoliczności, a dodatkowo również fakt, że cena zaoferowana przez Polaqua Sp. z o. o. pozostaje w relacji do budżetu zamawiającego na poziomie 73,7 % (a więc nieznacznie odbiega od pułapu, który Ustawodawca uznaje za pułap generujący podejrzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej) determinuje okoliczność, iż zamawiający powinien był wszcząć procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, opartą o art. 90 ust. 1 p.z.p.,

- w postępowaniu, w zadaniu nr 3 („Projekt i budowa drogi ekspresowej Sól Szczuczyn - Budzisko (gr. państwa) - zadanie nr 3: odc. Węzeł Wysokie - m. Raczki”) oferta złożona przez przystępującego została uznana za noszącą znamiona oferty z ceną rażąco niską. W okolicznościach sprawy zadania nr 3 relacja oferty złożonej przez przystępującego do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert wynosiła 87,74% (przy poziomie 81,89% w tym postępowaniu – zadanie nr 1), różnicą był nieznacznie inny pułap procentowej relacji ceny do budżetu zamawiającego, który formalnie zobligował zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które potwierdziło wystąpienie ceny nierynkowej w ofercie wykonawcy Polaqua Sp. z o.o.

Jest to szczególnie istotne na kanwie okoliczności w jakich przystępujący składał ofertę w rozpoznawanym odwołaniem zadaniu postępowania, bowiem oferty na oba zadania (nr 1 i nr 3) składane były przez wykonawców tego samego dnia, tj. 7 listopada 2017 r., a tym samym - biorąc pod uwagę analogiczne postanowienia PFU w każdym z zadań - kalkulowane były w oparciu o tożsame założenia i czynniki cenotwórcze, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Zatem wobec uznania przez zamawiającego w przypadku zadania nr 3 ceny jako rażąco niskiej - kalkulowanej przez przystępującego w tym samym czasie i na analogicznych zasadach – zamawiający pozyskał wiedzę, która wskazuje na zaistnienie wątpliwości co do kalkulacji ceny przystępującego w zadaniu nr 1, w szczególności wątpliwości prawidłowej kalkulacji powinny budzić składniki cenowe, które sam zamawiający zidentyfikował jako wskazujące na istnienie rażąco niskiej ceny, tj:

1. brak wyceny technologii wzmocnienia podłoża i umocnienia skarp;
2. nierynkowa cena za wykonania podbudowy zasadniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie C90/3 gr. 30 cm pod drogą główną;
3. nierynkowa cena za wykonania podbudowy pomocniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie C50/10 gr. 17 cm pod drogą główną;
4. brak wyceny kosztów wykonania dolnych warstw konstrukcyjnych nawierzchni;
5. nierynkowa cena za wykonanie górnych warstw konstrukcyjnych nawierzchni;
6. brak wyceny kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej.

Dodatkowo okoliczności te, będące podstawą odrzucenia oferty Polaqua Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 p.z.p., w ramach zadania nr 3, były elementami pytań ze strony zamawiającego także w ramach zadania nr 1, z tym że pytania te, zadane w trybie art. 87 p.z.p. nakierunkowane były na weryfikację zgodności parametrów technicznych z wymaganiami SIWZ, nie zaś zgodnie z art. 90 p.z.p. co do sposobu kalkulacji ceny oferty. Co jednoznacznie świadczy, że zamawiający przeniósł pozyskaną w ramach zadania nr 3 wiedzę co do elementów, które budzą wątpliwość w zakresie prawidłowej kalkulacji ceny z zadania nr 3 do zadania nr 1, jednakże zamawiający naruszył art. 90 p.z.p., gdyż pomimo uzasadnionych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, kiedy cena przystępującego wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający nie skorzystał z ustawowo przewidzianego trybu do ich wyjaśnienia (wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.).

- odwołujący udowodnił, że istnieją wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej przystępującego również przez pryzmat istotnego czynnika kosztotwórczego – kosztu podbudowy z kruszywa łamanego (będącego również jednym z czynników z powodu którego cena przystępującego została uznana za nierynkową w zadaniu nr 3 jw.), zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Przedłożony przez odwołującego dowód w postaci kalkulacji wskazuje, że niedoszacowanie oferty przystępującego w tym zakresie może wynosić ok. 8 500 000,00 zł netto, przy czym zamawiający i przystępujący poprzestali jedynie na negacji przedłożonej kalkulacji co do wykazywanej tezy.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności, jest uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący skutecznie

wykazał, że zamawiający poprzez zaniechanie wezwania w trybie art. 90 p.z.p. naruszył tą normę, zaś zamawiający i przystępujący nie wykazali okoliczności przeciwnej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. w sytuacji, gdy nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, że na obecnym etapie postępowania odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył dyspozycję tej normy, zatem zarzut ten został przez Izbę oddalony. Jednakże wyniki postępowania dowodowego wskazują, że zamawiający przedwcześnie zakończył procedurę wyjaśniania treści oferty przystępującego, którą rozpoczął w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. Zatem w stanie ustalonym w sprawie nie można obecnie zastosować art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., gdyż jego dyspozycja wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta nie odpowiada treści SIWZ, tym niemniej Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień treści oferty, z powodu przedwczesnej i wadliwej oceny wyjaśnień przystępującego jako kompletnych, a tym samym przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej.

W rozpoznawanej sprawie bezspornym było, że zamawiający zainicjował procedurę określoną w art. 87 ust. 1 p.z.p. w stosunku do treści oferty przystępującego. Przystępujący był dwukrotnie wzywany do złożenia wyjaśnień – 11 grudnia 2017 r. i 8 lutego 2018 r. i dwukrotnie wyjaśnił treść złożonej oferty – 12 stycznia 2018 r. i 15 lutego 2018 r. Powołana poniżej treść dokumentacji postępowania, a także treść udzielonych wyjaśnień również nie była sporna.

Odwołujący podniósł, że założony przez przystępującego kształt niwelety jest niezgodny z wymaganiami wynikającymi z odpowiedzi na pytanie nr 192, będącą wyjaśnieniem treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 2 p.z.p. z 4 października 2017 r., tj. w przypadku obiektów inżynierskich pełniących funkcje przejść dla zwierząt należy przyjąć ich parametry „(takie jak: skrajnia pionowa przejścia, skrajnia pozioma przejścia, współczynnik względnej ciasnoty, przejście nad/pod lokalizacja)” zgodnie z PFU czyli 5,0 m wysokości. Odwołujący wskazał ponadto, że powyższe było przedmiotem pytań nr 3, 4 oraz 9 w ramach wezwania zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty skierowanego do przystępującego 11 grudnia 2017 r. oraz pytania nr 1, 2 oraz 7 w ramach wezwania z 8 lutego 2018 r.

Izba stwierdziła, że w toku wyjaśnień treści oferty przystępujący udzielając odpowiedzi nr 3 z wyjaśnień z 12 stycznia 2018 r. przedstawił rozwiązania różnicowe, z których m.in. wynika zmiana niwelety w stosunku do koncepcji programowej, na kilometrażu drogi ekspresowej od km około 20+990 km do km około 23+220 (na którym

znajdować ma się obiekt MS/PZDsz-22.8.). Przystępujący w załączniku nr 1 do wyjaśnień przedstawił zamawiającemu ww. rozwiązania różnicowe niwelety w stosunku do koncepcji programowej, w formie graficznej.

Odwołujący podniósł, że z analizy przedstawionych przez przystępującego danych wynika niewystarczająca skrajnia przejścia dla zwierząt o dużych rozmiarach ciała. Według załączonej niwelety pod obiektem MS/PZDsz-22.8 skrajnia środowiskowa dla tego obiektu nie została zachowana - wynosi bowiem ok. 3,80 metra przy wymaganych 5,0 metrach.

Na okoliczność podnoszonych twierdzeń odwołujący przedstawił dowody w postaci dwóch szczegółowych opracowań graficznych, a także opracowania na podstawie literatury branżowej „Mosty betonowe” – opracowanie to zostało przez Izbę pominięte jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia, bez związku z tezą, na którą zostało powołane i bez związku z przedmiotem rozpoznania postępowania odwoławczego.

Na podstawie ww. opracowań graficznych odwołujący wskazywał, że przyjęta przez przystępującego skrajnia przejścia dla zwierząt o dużych rozmiarach ciała wg. przedstawionej przez przystępującego niwelety w korelacji z jego wyjaśnieniami treści oferty nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego (5,0 m), co nie spotkało się z reakcją zamawiającego i przystępującego, którzy ograniczyli się do kwestionowania tezy, na które odwołujący przedłożył ww. opracowania graficzne. Przystępujący twierdził przy tym, że dowody te nie pozwalają na miarodajną ocenę zgodności dokumentacją postępowania, jednakże nie kwestionował, iż dowody te istotnie poddają w wątpliwość konieczność uzupełnienia złożonych wyjaśnień. Warto również zwrócić uwagę, że przystępujący nie wykorzystał postępowania odwoławczego do tego, aby takie wyjaśnienia poczynić.

Powyższa bierność zamawiającego i przystępującego skutkowałą koniecznością przyjęcia, w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania, że wyjaśnienia przystępującego są istotnie niekompletne i nie mogą być podstawą do kategorycznego przesądzenia czy niweleta dołączona przez niego do wyjaśnień z 12 stycznia 2018 r., w korelacji z udzielonymi odpowiedziami na pytania zamawiającego, co do skrajni środowiskowej dla obiektu MS/PZDsz-22.8, potwierdza zachowanie wymagań określonych w dokumentacji postępowania. Nie mógł tu odnieść skutku dowód przedstawiony przez przystępującego (załącznik nr 1 do stanowiska przystępującego), z uwagi na bardzo skromną ilość informacji jaką ten dowód zawiera w porównaniu do dowodu przedstawionego przez odwołującego. Ponadto odwołujący podniósł również, że dowód ten zawiera merytoryczne nieścisłości – długość 120 m zawarta w dowodzie nie jest zgodna z odpowiedzią przystępującego na pytanie nr 10 z jego wyjaśnień z 12 stycznia 2018 r. gdzie przystępujący oświadczył, że obiekt MS/PZDsz-22.8 został zoptymalizowany – jego długość całkowita została skrócona z 126,35 m do 101,20 m, co ma bezpośredni wpływ na wadliwość wskazanej tam 5,0 m skrajni – lecz dodatkowo, w ocenie Izby, generalna

niekompletność dowodu nie pozwoliła na przypisanie mu konkretnych skutków, a także mając na względzie brak jakiegokolwiek powiązania go z wymaganiami zamawiającego oraz okolicznościami postępowania, dowód ten nie jest przydatny do ustalenia żadnej z okoliczności na które został przedstawiony, sam przystępujący nie potrafił takiego powiązania wykazać ograniczając się jedynie do blankietowego kwestionowania dowodów przedłożonych przez odwołującego, bez wyjaśnienia żadnej z okoliczności, które okazały się sporne. Zamawiający podjął co prawda próbę merytorycznej oceny przedłożonych opracowań graficznych odwołującego, lecz nie zajął co do jego zawartości stanowczego stanowiska, wnosząc jedynie o jego pominięcie. Powyższe stanowisko potwierdza, w ocenie Izby fakt, że okoliczności podniesione przez odwołującego są okolicznościami nowymi, nie badanymi szczegółowo przez zamawiającego, a w związku z tym wymagają dalszego wyjaśnienia.

Ponadto nie mogły odnieść skutku twierdzenia przystępującego, że przyjęta sporna skrajnia jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, gdyż odpowiada decyzji Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Olsztynie z 15 października 2015 r., znak WOOŚ.4200.2.2014.JC.86 załącznik nr 1 poz.16, gdyż jak oświadczyły strony na rozprawie decyzja ta jest obecnie zmieniana, a więc niespornie nie pozwala na kategorię ocenę stanu postępowania w jej obecnej treści.

W części potwierdził się również zarzut dotyczący błędnych założeń przystępującego co do konstrukcji nawierzchni, niezgodnych z wymaganiami określonymi w pkt 2.1.1. PFU, co było przedmiotem pytania nr 6 w ramach wezwania z 11 grudnia 2017 r. oraz pytania nr 3 w ramach wezwania z 8 lutego 2018 r.

Izba stwierdziła, że w toku wyjaśnień treści oferty zgodnie z odpowiedzią nr 3 przystępującego z wyjaśnień z 15 lutego 2018 r. powierzchnia przyjętej warstwy mrozoochronnej wynosi 316 255 m².

Odwołujący podniósł, że jest ona około dwukrotnie zbyt mała dla niwelety założonej i przedstawionej w ramach wyjaśnień przez przystępującego, zaś w konsekwencji, zdaniem odwołującego, powyższe świadczy o niezgodności oferty z treścią SIWZ, jednocześnie w ocenie odwołującego w ramach przedstawionych odpowiedzi przystępujący, wbrew konkretnie sformułowanym pytaniom zamawiającego nie udzielił odpowiedzi dotyczących grubości warstwy mrozoochronnej i ilości materiału w tej warstwie.

Na wstępie należy wskazać, że zamawiający pytaniem nr 3 z wezwania z 8 lutego 2018 r. wezwał przystępującego do wyjaśnienia co do ilości materiału przyjętego na warstwę mrozoochronną, nie wynika z tego pytania wprost prośba o informację co do grubości spornej warstwy. Ponadto Izba za prawidłowe uznaje stwierdzenie odwołującego, że na obecnym etapie „wyjaśnienia wykonawcy nie pozwalają na weryfikację prawidłowości oferty w tym zakresie”, a w konsekwencji aspekt ten powinien być przedmiotem dalszych wyjaśnień

w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. W szczególności jest to wynikiem przeprowadzonego postępowania dowodowego, gdyż odwołujący skutecznie wykazał, że istnieją uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości przyjętej przez przystępującego ilości warstwy mroзоochronnej.

Odwołujący przedstawił dowody – kalkulację co do warstwy mroзоochronnej wraz z materiałami źródłowymi - potwierdzające, że przyjęta przez przystępującego warstwa mroзоochronna może być o znacząco zbyt małej powierzchni. Dowody te nie spotkały się z reakcją zamawiającego i przystępującego, którzy wskazywali, że są to dowody niemiarodajne, zatem nie są przydatne dla wykazania tez, na które zostały przedłożone. Zamawiający twierdził przy tym, że przyjęte w kalkulacji wielkości mogą być wadliwe, jednakże nie przedstawił żadnych dowodów, a nawet twierdzeń opartych na dokumentacji, pozostawiając swoje stwierdzenia całkowicie gołosłownymi. Należy również zaznaczyć, że ani zamawiający ani przystępujący nie kwestionowali, że kalkulacja odwołującego wraz z materiałami źródłowymi, w sposób istotny poddają w wątpliwość konieczność uzupełnienia złożonych przez przystępującego wyjaśnień co do warstwy mroзоochronnej.

Izba stwierdziła również, że zamawiający i przystępujący ograniczyli się do negacji dowodów odwołującego, bez podjęcia nawet próby wykorzystania postępowania odwoławczego do tego, aby potwierdzić, że przyjęta w wyjaśnieniach ilość warstwy mroзоochronnej, wynoszącej 316 255 m², jest wielkością prawidłową. Zatem skoro ani zamawiający ani przystępujący takiego wyjaśnienia nie byli w stanie w toku postępowania odwoławczego zaoferować, nie przesądza to jeszcze o pełnej merytorycznej zasadności podnoszonych przez odwołującego wątpliwości, ale jednoznacznie wskazuje na fakt konieczności dokonania dalszych wyjaśnień i umożliwienia zamawiającemu dokonania kompletnej oceny zgodności oferty z dokumentacją postępowania, która nie może być dokonana bez uprzedniego umożliwienia przystępującemu merytorycznego odniesienia się do wskazanych wątpliwości, czego nie uczynił on w toku postępowania. Bierność zamawiającego i przystępującego w tym zakresie skutkowałą koniecznością przyjęcia, w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania, że wyjaśnienia przystępującego są istotnie niepełne, a sama procedura wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. została zakończona przez zamawiającego na etapie, na którym zgodność oferty z SIWZ nie mogła zostać jeszcze w sposób pełny oceniona.

Ponadto należy krótko odnieść się do twierdzeń zamawiającego, że inwestycja będzie realizowana w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, zatem wykonawcy mogli ograniczyć się do koncepcji, które następnie mogą być modyfikowane, gdyż umknęło uwadze zamawiającego, że to on sam był inicjatorem postępowania wyjaśniającego treść oferty przystępującego w oparciu o art. 87 ust. 1 p.z.p. - wezwanie zamawiającego z 11.12.17 r. i 8.02.18 r. - z powodu jak wskazał zamawiający „weryfikacji (..) czy oferta uwzględnia

wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, w tym PFU oraz WWiORB, będącymi załącznikami do PFU.”, zatem co najmniej budzi wątpliwość i nie zasługuje na aprobatę powoływanie się na obecnym etapie postępowania na fakt, że dokumentacja wykonawców będzie modyfikowana, a z drugiej strony szczegółowe wyjaśnienie treści oferty - łącznie zamawiający zadał ponad 30 pytań w oparciu o art. 87 ust. 1 p.z.p., co do oferty przystępującego. Izba stwierdziła, że twierdzenia takie w ustalonym stanie rzeczy nie mogą w sposób skuteczny uchylić zaistniałego naruszenia prawa - w postaci jak szczegółowo wskazano w powyższej części uzasadnienia - naruszenia art. 87 ust. 1 p.z.p.

W konsekwencji powyższych wywodów Izba stanęła na stanowisku, iż nie można dokonać subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego. Jednakże w ustalonym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył dyspozycję art. 87 ust. 1 p.z.p., który przeradza się w obowiązek zamawiającego w przypadku niejasności co do treści oferty, tym bardziej, że sam zamawiający zapoczątkował proces wyjaśnienia treści oferty przystępującego, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał czynności oceny ofert przed jego kompletnym, zgodnym z przywołanymi unormowaniami zakończeniem.

U podstaw rozstrzygnięcia legła również linia orzecznicza, którą podziela skład orzekający w niniejszej sprawie, iż czynność odrzucenia oferty wykonawcy jest czynnością ostateczną i zastosowanie instytucji uregulowanej w art. 89 ust.1 pkt 2 p.z.p. winno nastąpić dopiero po wyczerpaniu wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w celu ustalenia faktu co do zgodności oferty z treścią dokumentacji postępowania (por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku, sygn. akt. II Ca 803/10 z 24 listopada 2010 r.).

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, który należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a p.z.p., a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę (*vide* postanowienie Sądu Najwyższego z 12 lutego 2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13). Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., gdyż wadliwe czynności i zaniechania zamawiającego miały bezpośredni wpływ na przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Rozstrzygnięcie w zakresie kosztów postępowania, stosownie do jego wyniku, wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....