

Sygn. akt: KIO 2687/20

WYROK
z dnia 6 listopada 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irena Pawlik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Trakt Spółka Akcyjna z siedzibą w Górkach Szczukowskich oraz Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Budimex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Trakt Spółka Akcyjna z siedzibą w Górkach Szczukowskich oraz Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Trakt Spółka Akcyjna z siedzibą w Górkach Szczukowskich oraz Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach na rzecz zamawiającego Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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:.....

Sygn. akt: KIO 2687/20

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa obwodnicy Lipska w ciągu drogi krajowej nr 79” (nr ref. GDDKiA.O.WA.D-3.2410.33.2020) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 114-275646. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 19 października 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Trakt Spółka Akcyjna z siedzibą w Górkach Szczukowskich oraz Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach (dalej jako „Odwołujący” lub „Konsorcjum”) wniosli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność odrzucenia oferty Odwołującego dokonaną dnia 8 października 2020 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, że oferta złożona przez Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do skrajni, własności drewna i lokalizacji zjazdów na teren budowy; Zamawiający błędnie zinterpretował wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz nie zastosował przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp i nie poprawił oczywistej omyłki wykonawcy, który wyjaśnił, że drewno pochodzące z wycinki będzie własnością Zamawiającego na poprawne stwierdzenie, że będzie własnością wykonawcy;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; Odwołujący zarzucił niewłaściwą ocenę wyjaśnień Konsorcjum udzielonych na wezwanie Zamawiającego;
3. art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, że oferta Konsorcjum zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego obejmujących uiszczony wpis, wynagrodzenie pełnomocnika i uiszczoną opłatę skarbową oraz koszty dojazdu na rozprawę.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do kwestii dotyczącej skrajni, Odwołujący wskazał, iż odpowiadając na pytanie nr 25 przekazał wymaganą przez Zamawiającego tabelę z rozwiązaniami projektowymi przyjętymi w kalkulacji ceny oferty. Dowodzi tego załącznik nr 14 do wyjaśnień z dnia 14 września 2020 r. Odwołujący potwierdził w nim, że w wycenie uwzględnił zapisy PFU. Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał, że „ww. dane są zgodne z załączonym przez Zamawiającego Programem- Funkcjonalno-Użytkowym” - tym samym potwierdził, że zapisy punktów 1.1.3.1 oraz 2.1.16.2.1. PFU zostały uwzględnione przy kalkulacji ceny oferty, czyli wysokość skrajni jest równa 4,9 m. Odwołujący wyjaśnił, że nie przygotowywał do celów wyceny własnych rysunków koncepcyjnych i w żadnym miejscu odpowiedzi tak nie twierdził. Natomiast w załączniku nr 15 do wyjaśnień jedynie skopiował rysunki poglądowe przygotowane przez Zamawiającego, które wziął pod uwagę przy kalkulacji. Zamawiający powinien zdawać sobie sprawę, że są to jego rysunki, a nie własne opracowania wykonawcy.

Załączone przez Odwołującego rysunki pochodzące od Zamawiającego specjalnie zostały przez Odwołującego w załączniku nr 15 „rozmyte”, aby uniemożliwić odczytanie znajdujących się na nich wymiarów, które wprowadzały wykonawców w błąd, pokazując skrajnię 4,5 m. Skoro rysunki znajdujące się w załączniku nr 15 zostały rozmyte, to odczytanie z nich wymiarów było niemożliwe. Zatem Zamawiający błędnie założył, że Odwołujący przyjął skrajnię w wysokości 4,5 m. Zdając sobie sprawę z wymogów określonych w PFU, Odwołujący zakładał wykonanie skrajni według wymiarów wymaganych przez Zamawiającego. Nadinterpretacją odpowiedzi na pytanie nr 25 było bezpodstawne twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący założył w ofercie wykonanie obiektu niespełniającego jego wymagań.

W odniesieniu do kwestii dotyczącej drewna z wycinki, Odwołujący zgodził się, że doszło do zmiany postanowień SIWZ i usunięcia fragmentu mówiącego, że drewno jest własnością Zamawiającego, niemniej w jego ocenie Zamawiający wyciągnął z wyjaśnień Odwołującego nieprawidłowe wnioski. Wskazał, iż gdyby zmiana polegała na tym, że drewno miałoby być własnością Zamawiającego, to wówczas skutkiem zmiany byłaby utrata przychodu wykonawcy z tytułu sprzedaży drewna. Zmiana polegająca na tym, że drewno będzie własnością wykonawcy, nie powoduje po jego stronie wzrostu kosztów, przeciwnie - je zmniejsza, gdyż będą one pokryte ceną sprzedaży drewna, która trafi na konto wykonawcy. Odwołujący wyjaśnił, iż koszty ścięcia drzew i ich przewiezienia na miejsce składu były uwzględnione w ofercie, wykonawca ponosi je bowiem niezależnie od tego, czy on, czy zamawiający będzie właścicielem tego drewna. W pierwotnej wersji SIWZ przychód ze sprzedaży drewna miał należeć do Zamawiającego jako jego właściciela, a po zmianie SIWZ - do wykonawcy. Zmiana SIWZ była więc korzystna dla wykonawców. Pomyłka polegająca na podaniu w treści wyjaśnień pierwotnego postanowienia SIWZ, że drewno będzie własnością Zamawiającego, zamiast - z uwagi na zmianę SIWZ - własnością wykonawcy, nie może być potraktowana jako niezgodność z SIWZ, gdyż zmiana SIWZ nastąpiła na korzyść wykonawców. Pomyłka polegająca na podaniu pierwotnego postanowienia SIWZ jest więc nieistotna także, jeśli się weźmie pod uwagę wartość oferty. W związku z powyższym oferta wykonawcy jest zgodna z SIWZ, ponieważ obejmuje wszystkie czynności i koszty wymagane dokumentami przetargowymi. Jeśli uznać, że wyjaśnienia Konsorcjum w odpowiedzi na pytania Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny powinny być potraktowane na równi z ofertą, to zdaniem Odwołującego mamy do czynienia z oczywistą omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

W odniesieniu do kwestii lokalizacji wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych, zdaniem Odwołującego Zamawiający niesłusznie powołał się na punkt 1.2.3.3. PFU, ponieważ tekst przytoczony w piśmie Zamawiającego o odrzuceniu oferty Konsorcjum dotyczy lokalizacji zaplecza budowy (baz, warsztatów, magazynów, składowisk, placów postojowych, maszyn budowlanych), a nie dróg dojazdowych. W związku z tym argument Zamawiającego jest niezasadny, a lokalizacja dróg dojazdowych jest zgodna z PFU. Odwołujący wskazał, iż pkt 1 pkt a PFU zobowiązuje wykonawców do oszczędnego korzystania z terenu, minimalnego jego przekształcenia oraz uporządkowania po zakończeniu prac. Zaplanowane przez Odwołującego rozmieszczenie dróg dojazdowych zostało sporządzone zgodnie z tym wymaganiem. Odwołujący wskazał, iż wjazd w km ok. 0+900 na plac budowy będzie następował bezpośrednio z drogi krajowej nr 79, czyli wjazd nie będzie się znajdował na żadnym terenie leśnym, tylko na drodze krajowej. Nowa obwodnica została bowiem wytyczona przez Zamawiającego w taki sposób, że styka się w punkcie ok. km 0+900 z dotychczasową drogą krajową nr 79 i nowa obwodnica nachodzi na istniejący ślad drogi krajowej. Odwołujący wskazał, iż w miejscu nowej obwodnicy znajduje się teraz prywatny las, ale jest on przeznaczony do wycinki pod projektowaną obwodnicę. Podkreślił, że chociaż na odcinku około km 0+350 do km 2+500, w którym znajduje się wjazd km 0+900, projektowana obwodnica po jej wykonaniu będzie graniczyć z lasem, to jednak taki przebieg obwodnicy wskazał Zamawiający w swojej koncepcji, a nie wykonawca. Wjazd na teren budowy obwodnicy Odwołujący zlokalizował tak, żeby wjeżdżać na niego wprost z drogi krajowej, a nie jakimiś innymi drogami. Odwołujący przedstawił fragment rysunku nr 2 z Koncepcji Programowej.

Odnosząc się do wjazdu w km ok. 2+400 nowo budowanej obwodnicy, Odwołujący wyjaśnił, że teren tego wjazdu to właśnie szlak nowo projektowanego łącznika obwodnicy z istniejącą drogą krajową nr 79. Również w tym przypadku wjazd będzie z drogi krajowej nr 79 na teren budowy. Zgodnie z PFU pkt. 1.1.3.2. w miejscu km 2+392 nowej obwodnicy ma być zlokalizowane jej skrzyżowanie w formie ronda z drogą gminną nr 190331 oraz z nowym łącznikiem do dotychczasowej drogi krajowej nr 79 (odcinek drogi krajowej stanowi ul. Sosnową). Podając lokalizację wjazdu w km ok. 2+400 Odwołujący miał na myśli to skrzyżowanie (rondo), którego środek stanowi punkt 2+392 oraz ów łącznik między tym rondem a dotychczasową drogą krajową. W istocie to nie Odwołujący, lecz Zamawiający wybrał lokalizację tego zjazdu, gdyż nakazał budowę łącznika w konkretnym kilometrze projektowanej obwodnicy. Skoro nowo budowana droga (łącznik) ma prowadzić do drogi krajowej nr 79, to wprost oczywiste jest, że dojazdem na teren budowy tego łącznika będzie droga krajowa. Odwołujący przedstawił fragment rysunku nr 2 z Koncepcji Programowej

Odnosząc się do wjazdu w km ok. 4+200, Odwołujący wyjaśnił, że dojazd będzie zlokalizowany najkrótszą możliwą drogą i będzie obsługiwał budowę mostu na rzece Krępiance. Zamawiający zarzuca nam, że droga dojazdowa jest zlokalizowana w odległości mniejszej niż 300 m od rzeki, ale żeby wybudować most na tej rzece, trzeba dojechać w bezpośrednie jej sąsiedztwo. Z logicznych względów budowa mostu przez rzekę wymaga zbudowania go w odległości mniejszej niż 300 metrów od rzeki. Z kolei dojazdem do mostu będzie droga, której częścią będzie most. Żadne inne wjazdy na teren budowy tej drogi i mostu nie będą zrobione. Odwołujący przedstawił fragment rysunku nr 2 z Koncepcji Programowej. Podsumowując argumentację dotyczącą wjazdów wskazał, iż zaproponowana przez Konsorcjum lokalizacja wjazdów jest zgodna z dokumentami przetargowymi, a wskazane wyżej wjazdy wręcz narzucają się z logiczną koniecznością i są z tych samych względów najtańsze w wykonaniu. Nie mogą w jakikolwiek sposób zagrażać środowisku, skoro mają przebiegać w śladzie nowo projektowanych i wykonywanych dróg.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Odwołujący nie zgodził się z argumentem Zamawiającego, że w ofercie zostały pominięte elementy zamówienia mające wpływ na wysokość ceny. Taka sytuacja nie miała miejsca, gdyż zaferowana przez niego cena zawiera wszystkie elementy robót zawarte w dokumentach przetargowych. Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, że złożone as wyjaśnienia „są bardzo ogólnikowe, nie zawierają wystarczających dowodów ani wyliczeń i w żaden sposób nie wyjaśniają powyższych przez Zamawiającego wątpliwości” zaznaczył, że to Zamawiający skonstruował pytania, na które wykonawca miał odpowiedzieć. Nie zgodził się, aby szczegółowe i poparte wyliczeniami wyjaśnienia dotyczące wszystkich 79 pytań Zamawiającego (w tym niektóre z podpunktami) uznać ogólnikowymi. Odwołujący wskazał, że zawarł w wyjaśnieniach także dodatkowe informacje ponad te, o które szczegółowo pytał Zamawiający.

Odnosnie pytania nr 5 Odwołujący wskazał, iż punkt 2.2.2 PFU, na który powołał się w wyjaśnieniach, jednoznacznie określa ilości dokumentów, jakie ma sporządzić wykonawca. Zdaniem Odwołującego przepisywanie do

wyjaśnień treści punktu 2.2.2 PFU nie było konieczne. Ponadto podanie tego argumentu w kontekście rażąco niskiej ceny nie ma żadnych podstaw, ponieważ wydrukowanie jednego lub kilku egzemplarzy dokumentów jest marginalnie niskim kosztem w stosunku do wartości oferty w niniejszym postępowaniu.

Jeżeli chodzi o pytanie nr 2 dotyczące zapewnienia ciągłości dostaw kruszyw, to odpowiedź Odwołującego była wyczerpująca. Zamawiający w pytaniu chciał uzyskać potwierdzenie, że Odwołujący będzie miał zapewnioną ciągłość dostaw kruszyw i że uwzględnił to w ofercie i w wyjaśnieniach takie zapewnienie uzyskał. Zamawiający nie żądał przedstawienia dokumentów to potwierdzających. Oczywiście jest, że takie materiały jak kruszywa są podstawowym elementem przy budowie dróg i każdy wykonawca ma podpisane bieżące umowy z kopalniami w zależności od zapotrzebowania. Po zawarciu umowy o wykonanie zamówienia Odwołujący wskazał, iż podpisze stosowną umowę po zaakceptowaniu rodzaju kruszywa przez laboratorium GDDKiA. Wreszcie, kwestia zapewnienia ciągłości dostaw nie ma związku z kosztami przyjętymi do złożenia oferty, gdyż jest to zagadnienie zdolności technicznych i organizacyjnych wykonawcy do realizacji zamówienia w terminie, a nie wysokości ceny.

Pytanie Nr 17 zadane przez Zamawiającego było ogólne i udzielenie bardziej szczegółowej odpowiedzi wiązałoby się z przepisaniem wszystkich wymogów zawartych w Tomie III SIWZ. Dlatego odpowiedź Odwołującego była krótka i rzeczowa, potwierdzająca uwzględnianie wszystkich tych zapisów. Szczegółowe wyjaśnienia zostały zawarte w odpowiedziach na pozostałe pytania, które dotyczyły poszczególnych elementów zawartych w Tomie III SIWZ. Jeżeli Zamawiający chciał wyjaśnić inne elementy zawarte w Tomie III SIWZ, to mógł o to poprosić.

W odpowiedzi na pytanie Nr 57 dotyczące wykonania inwentaryzacji, wbrew temu, co zarzucił Zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty, Odwołujący odniósł się do wszystkich elementów wskazanych w pytaniu. Sposób wykonania inwentaryzacji, jak również teren, na którym należy ją wykonać, tak jak Odwołujący napisał w odpowiedzi, zawarty jest w punkcie 1.2.3.2. ppkt. 12 PFU: „wykonaniem inwentaryzacji fotograficznej i opisowej obiektów budowlanych na terenach przyległych oraz dokonaniem w udziale przedstawicieli Inżyniera, Wykonawcy, gestorów i zarządców, inwentaryzacji dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy jak i w jego otoczeniu, których stan może ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych”. Odwołujący wskazał, iż inwentaryzację stanu technicznego przeprowadza się każdorazowo w taki sposób, jak Zamawiający to określił, a w odpowiedzi na ww. pytanie Odwołujący potwierdził, że ujął to w ofercie.

Jeżeli chodzi o odpowiedź na pytanie 67 dotyczące pokrycia kosztów wynajmu/dzierżawy nieruchomości wykorzystywanych do wykonania badań podłoża, Odwołujący nie zgodził się z tezą Zamawiającego, że nie odpowiedział, w jaki sposób pokryje powyższe koszty. W załączniku nr 9 do wyjaśnień Odwołujący pokazał rozbić kosztów wykonania dokumentacji projektowej, które ma pokryć podwykonawca, a które on. Z tego załącznika wynika, że Odwołujący uwzględnił koszty w wysokości 60.584,33 zł netto na pokrycie pozostałych kosztów związanych z wykonaniem dokumentacji geotechnicznej.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w dniu 16 września 2020 r. w artykule „Co się stało z cenami na budowę dróg” zamieszczonym na portalu Rynek Infrastruktury, Dyrektor GDDKiA poinformował o zamiarze odrzucenia ofert poniżej 70 % kosztorysu inwestorskiego, podając jako jeden z przykładów budowę obwodnicy Lipska. Jednocześnie w swojej wypowiedzi pokazuje on różne sposoby wycen kosztorysów inwestorskich, informując na przykładzie obwodnicy Wąchocka, że mogą być one mocno zawyżone w stosunku do cen rynkowych, ponieważ są sporządzane według cen z Sekocenbudu bez podstawy, jaką są projekty wykonawcze. Zdaniem Odwołującego obiektywna ocena jego wyjaśnień nie potwierdzi stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie udzielił prawidłowych wyjaśnień w celu przekonania Zamawiającego, że oferowana cena nie jest rażąco niska.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż oferowana cena obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia. Błędne było wysnucie przez Zamawiającego, na podstawie nieprawidłowej interpretacji udzielonych przez Konsorcjum odpowiedzi, że zaoferowana cena nie obejmuje wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, iż skrajnia obiektów uwzględniona jest prawidłowo i wliczona w poz. Roboty w Wykazie Płatności złożonym wraz z ofertą. Koszt wjazdów/wyjazdów na plac budowy również został przyjęty prawidłowo i wliczony w cenę poz. Wymagania Ogólne Wykazu Płatności, natomiast utylizacja lub inne zagospodarowanie drewna zostały również uwzględnione w poz. Roboty. W związku z powyższym powoływany przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie mógł być zastosowany.

Zamawiający w dniu 3 listopada 2020 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, niższą aż o 43,90% od wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, a w konsekwencji zawiera błąd w obliczeniu ceny, co dodatkowo wpływa na fakt, że zaoferowana w ofercie cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną rażąco niską. Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Podkreślił także, że art. 90 ust. 1a nakłada na Zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia. W przedmiotowej sprawie cena oferty zaproponowana przez Odwołującego jest niższa aż o 43,90% od wartości szacunkowej zamówienia, co już na pierwszy rzut oka wskazuje, że Zamawiający nie mógł nie mieć wątpliwości odnośnie tej ceny i zobowiązany był wszcząć procedurę jej wyjaśnienia. W kontekście ciężaru wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska oraz konieczności złożenia konkretnych, wyczerpujących wyjaśnień, Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby, w tym wyroki z dnia 6 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1242/20, z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1311/20, z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20, z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1362/19. Zdaniem Zamawiającego złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia są lakoniczne, bardzo ogólnikowe i nie zawierają żadnych dowodów na obalenie domniemania złożenia przez Odwołującego oferty zawierającej cenę rażąco niską. Wobec powyższego, Zamawiający mógł dokonać tylko jednej czynności, tj. czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Na potwierdzenie prawidłowości działania Zamawiający przywołał wyroki Izby z dnia 28 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1029/20, z dnia 22 maja 2020 r., sygn. akt KIO 410/20 z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2332/19, z dnia 17 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 992/19.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w punkcie 1 i 3 odwołania, tj. naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, iż z treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w procedurze wyjaśniania treści oferty wyraźnie wynika, że nie przewidział on, a co za tym i nie wycenił wszystkich

elementów robót koniecznych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, tj. (i) przyjął skrajnię pionową obiektu WD-5 oraz WD-7 niezgodną z SIWZ; (ii) zaplanował lokalizację wjazdu na teren budowy w km 0+900 niezgodnie z warunkami określonym w SIWZ oraz (iii) niezgodnie z SIWZ przyjął, że drewno pochodzące z wycinki jest własnością Zamawiającego. Tym samym oferta Odwołującego jednocześnie jest niezgodną z treścią SIWZ, zawiera błąd w obliczeniu ceny i w konsekwencji zaproponowana przez Odwołującego w ofercie cena jest ceną rażąco niską. Z treści wyjaśnień Odwołującego jasno wynika, że oferta nie zawiera wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie wskazane w odrzuceniu fragmenty oferty Odwołującego są niezgodne z treścią SIWZ, jest to niezgodność, której nie da się usunąć i tylko na tej podstawie Zamawiający nie tylko był uprawniony, ale i zobowiązany do jej odrzucenia. Zamawiający wskazał, iż przeprowadził procedurę wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż mało uzasadnione wątpliwości, nie tylko w zakresie zaoferowanej ceny (rażąco niska cena jako samodzielna przesłanka odrzucenia oferty), ale również co do zgodności oferty z treścią SIWZ. Przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdziły przedmiotowe wątpliwości wobec czego Zamawiający ofertę odrzucił, także jako ofertę niezgodną z treścią SIWZ. Zamawiający powołał się na wyroki Izby z dnia 9 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1438/19, z dnia 20 marca 2018 r., sygn. akt KIO 423/18, z dnia 25 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 246/19 Wskazał ponadto, iż dokonał należytej oceny oferty Odwołującego i uznał, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Dodatkowo, co jednakże stanowiło subsydiarną podstawę odrzucenia, w związku z tą niezgodnością oferta zawierała błąd w ustaleniu ceny. Zdaniem Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że nieuwzględnienie w ofercie wszystkich wymagań SIWZ skutkuje m.in. błędem w obliczeniu ceny, gdyż do jej wyliczenia wykonawca (Odwołujący) przyjmuje niewłaściwe dane, a co za tym idzie sposób jej wyliczenia jest niezgodny z wymaganiami określonymi w SIWZ (Zamawiający powołał się na wyroki Izby z dnia 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 460/16, z dnia 27 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1050/19). Zdaniem Zamawiającego treść odwołania stanowi jedynie polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego, podczas gdy Odwołujący powinien był udowodnić, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty niezgodnie z ustawą Pzp.

W kontekście skrajni Zamawiający zauważył, że Odwołujący twierdzi, że uwzględnił w Cenie Oferty zapisy pkt. 1.1.3.1 oraz 2.1.16.2.1 PFU, czyli wysokość skrajni pionowej równą 4,9m. Natomiast jednocześnie podkreśla, iż „(...) w załączniku nr 15 do naszych wyjaśnień z dnia 14.09.2020 r. jedynie skopiowaliśmy rysunki poglądowe przygotowane przez Zamawiającego, które wzięliśmy pod uwagę przy naszej kalkulacji.” Zamawiający wskazał, że Odwołujący dopiero w odwołaniu przedstawił jaką przyjął wysokość skrajni (4,9m). Takiej Informacji w wyjaśnieniach z dnia 14.09.2020, będących podstawą czynności Zamawiającego, nie było. W takim razie należy uznać je za spóźnione i nie mogą one w ogóle być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości działań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Dalej Zamawiający wskazał, iż w wyjaśnianych w odpowiedzi na pytanie nr 25 Odwołujący poinformował, iż „W załączniku nr 15 przedstawiamy rysunki koncepcyjne, zgodne z PFU, przyjęte do wyceny.” Załącznik nr 15 zawiera rysunki sporządzone na potrzeby Koncepcji Programowej, które zostały udostępnione przez Zamawiającego jako część Informacyjna, niewiążąca. Zgodnie z pkt 1.2 PFU Koncepcja Programowa jest wiążąca w zakresie m.in. układu powiązań drogowych i parametrów technicznych dróg, z wyjątkami wyszczególnionymi w PFU. Odwołujący wyraźnie stwierdza, iż rysunki stanowiące załącznik nr 15 były podstawą wyceny oferty a skrajnia pionowa na tych rysunkach wynosi 4,5m dla WD-5 oraz WD-7. Natomiast zgodnie z pkt. 1.1.3.1 PFU skrajnia pionowa powinna wynosić 4,9m, przy założeniu budowy dróg klasy Z i L nad drogą krajową. W przypadku założenia budowy dróg klasy Z i L pod drogą krajową nr 79 obowiązuje pkt. 2.1.16.2.1 ppkt c). W związku z powyższym Odwołujący dla obiektu WD-5 powinien przyjąć skrajnię pionową równą 4,9m - zatem Odwołujący powinien zwiększyć skrajnię pionową 0 0,4m względem załącznika nr 15, bądź przyjąć skrajnię pionową równą 4,8m - czyli zwiększyć skrajnię pionową 0 0,3m względem załącznika nr 15. Natomiast dla obiektu WD-7 powinien przyjąć skrajnię pionową równą 4,9m - zatem Odwołujący powinien zwiększyć skrajnię pionową 0 0,4m względem załącznika nr 15, bądź przyjąć skrajnię pionową równą 4,7m czyli zwiększyć skrajnię pionową 0 0,2m względem załącznika nr 15. Wobec powyższego zdaniem Zamawiającego treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ - pkt 1.1.3.1 oraz 2.1.16, 2.1 PFU. Tym samym Odwołujący nie wycenił w swojej ofercie kosztów z tym związanych, co skutkuje błędem w obliczeniu ceny oferty.

Odnosząc się do wyjaśnień Odwołującego na pytanie nr 60 z części C (drewno z wycinki) Zamawiający podkreślił, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego oraz który złożył ofertę jest zobowiązany znać wymagania zawarte w SIWZ, niezależnie czy zmiana SIWZ była korzystna finansowo dla wykonawcy czy nie. W związku z powyższym treść oferty, w tym wyjaśnienia są niezgodne z treścią SIWZ, a cena ofertowa nie zawiera wszystkich elementów SIWZ. Ponadto, jak Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wyjaśnienia Odwołującego są bardzo ogólnikowe, nie zawierają wystarczających dowodów ani wyliczeń i w żaden sposób nie wyjaśniły powziętych przez Zamawiającego wątpliwości. W szczególności nie pozwoliły na określenie czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na wysokość zaoferowanej ceny ofertowej. Wykonawca, w przypadku niektórych pytań nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia wskazanych w Wykazie Płatności cen za poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia, jak również w zakresie przyjętych założeń projektowych i technologicznych oraz sposobu uwzględnienia w ofercie postanowień SIWZ. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie kalkulacji ceny oferty. Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie dały Zamawiającemu możliwości zweryfikowania poprawności dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji ceny. Wyjaśnienie winno być wyczerpujące, konkretne, przekonujące ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, oraz potwierdzone dowodami. Z wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musi jednoznacznie wynikać możliwość zaoferowania takiej ceny, m. in. poprzez złożenie szczegółowych kalkulacji i wyliczeń. Tego Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał.

W odniesieniu do pytania nr 53 z części C Zamawiający wskazał, iż pytanie dotyczyło wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych, a nie lokalizacji dróg dojazdowych. Placem budowy jest również zaplecze budowy. Przedłożone wyjaśnienie Odwołującego było ogólnikowe i nie zawierało żadnych konkretnych lub dowodów. Bardziej szczegółowe wyjaśnienia Odwołujący przedstawił dopiero w odwołaniu z dnia 19 grudnia 2020 r., ale w takim razie należy uznać je za spóźnione. Tym samym nie mogą one w ogóle być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości działań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie.

Odnosnie pytania nr 5 z części B Zamawiający zauważył, że Odwołujący w odpowiedzi odwołał się tylko do pkt. 2.2.2 PFU oraz Specyfikacji na projektowanie, natomiast pytanie dotyczyło podania konkretnych ilości dokumentów wraz z ich ilościami. Według Odwołującego przepisanie pkt. 2.2.2 PFU nie było konieczne. Brak udzielenia odpowiedzi nie obalił wątpliwości Zamawiającego, czy Odwołujący uwzględnił konieczność sporządzenia co najmniej 2 kompletnych wniosków o ZRID - zgodnie z wymaganiami pkt. 1.2 PFU.

W nawiązaniu do pytania nr 2 z części C Zamawiający wskazał, iż faktycznie w pytaniu prosił o potwierdzenie ciągłości dostaw kruszyw, natomiast w części ogólnej wezwania Zamawiający zaznaczył, iż „Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaofertowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelakich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej. Do wyjaśnień w powyższym zakresie Odwołujący nie przedłożył dowodów uprawdopodobniających odpowiedź wykonawcy, np. poprzez przekazanie dotychczasowych umów, referencji, zapytań ofertowych, uzyskanych ofert od dostawców i podwykonawców, w tym z kopalni kruszyw. Tym samym należy uznać, że Odwołujący nie wykazał, aby jego oferta w tym zakresie była zgodna z SIWZ, a co za tym idzie, że cena oferty nie jest rażąco niska i nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Oдноśnie pytania nr 17 z części C Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia Odwołującego na ww. pytanie było ogólnikowe i nie zawierało żadnych konkretnych. Ponadto Odwołujący odniósł się wyłącznie do pkt 1.1.1 PFU, natomiast pytanie dotyczyło całego Tomu III, który składa się z PFU wraz z załącznikami.

W nawiązaniu do pytania nr 57 z części C. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienie Odwołującego było ogólnikowe i nie zawierało żadnych konkretnych lub dowodów. Bardziej szczegółowe wyjaśnienia Odwołujący przedstawił dopiero w odwołaniu, ale w takim razie należy uznać je za spóźnione. Tym samym nie mogą one w ogóle być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości działań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie.

Oдноśnie pytania nr 67 z części C Zamawiający zauważył, że wyjaśnienia Odwołującego nie odnoszą się do części pytania - w jaki sposób. W odwołaniu Odwołujący powołuje się na załącznik nr 9, który został przedłożony w wyjaśnieniach - gdzie zostały uwzględnione koszty na pokrycie pozostałych kosztów związanych z wykonaniem dokumentacji geotechnicznej. W odpowiedzi na ww. pytanie w wyjaśnieniach z 14 września 2020 r. Odwołujący nie powołał się na załączniki potwierdzające uwzględnienie ww. kosztów. Przedłożone wyjaśnienia były ogólnikowe i nie zawierały żadnych konkretnych lub dowodów. Bardziej szczegółowe wyjaśnienia Odwołujący przedstawił dopiero w odwołaniu, ale w takim razie należy uznać je za spóźnione. Tym samym nie mogą one w ogóle być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości działań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie.

Ponadto odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że w żadnym przypadku nie można uznać, iż wskazanie przez Odwołującego, wbrew jasnej i wyraźnej treści SIWZ w tym zakresie w wyjaśnieniach dotyczących treści jego oferty, że „drewno Pochodzące z wycinki drzew wykonanej przez Wykonawcę jest własnością Zamawiającego” stanowi oczywistą omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niepowodującą istotnej zmiany treści oferty. Zamawiający zauważył, iż wyjaśnienia Odwołującego w przedmiotowym zakresie nie mogą budzić wątpliwości, że oferta w tym zakresie jest sprzeczna z treścią SIWZ, gdyż Odwołujący wyraźnie stwierdza, że „drewno pochodzące z wycinki drzew wykonanej przez Wykonawcę jest własnością Zamawiającego”. Takie sformułowanie jest wprost sprzeczne z treścią SIWZ - WWIORB D-01.02.01a v02 pkt 4.1 - która stanowi, że drewno pochodzące z wycink drzew wykonanej przez Wykonawcę jest własnością Wykonawcy. Tym samym Odwołujący nie wycenił w swojej ofercie kosztów z tym związanych, co skutkuje błędem w obliczeniu ceny oferty. Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazał, za wyrokiem Izby z dnia 12 lutego 2020r., sygn. akt KIO 196/20, że aby mówić o omyłce w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy ustalić, czy Zamawiający mógł samodzielnie stwierdzić, jaka była rzeczywista wola wykonawcy, aby móc następnie doprowadzić do zgodności oświadczenia złożonego w ofercie z zamiarem, jaki od początku towarzyszył złożeniu oferty. Zasady logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego wskazują, że Zamawiający nie mógłby (nawet gdyby przedmiotowe stwierdzenie znalazło się w treści oferty, samodzielnie zmienić stwierdzenia A na stwierdzenie B. Zdaniem Zamawiającego tego rodzaju omyłka nie mogła zostać poprawiona, gdyż nie dałoby się tej czynności wykonać bez przeprowadzenia negocjacji z: Odwołującym, co, kolei prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W powyższym kontekście Zamawiający wskazał na wyroki Izby z dnia 25 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 652/19, z dnia 22 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1644/17, z dnia 15 września 2017 r., sygn. akt KIO 1808/17, z dnia 31 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1411/17, z dnia 22 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1083/17 oraz z dnia 11 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1248/18.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”) i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika po stronie Zamawiającego.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta została odrzucona w postępowaniu, wykazał interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, wezwania wystosowanego do Odwołującego w dniu 29 sierpnia 2020 r. oraz udzielonych w odpowiedzi przez Odwołującego wyjaśnień z dnia 14 września 2020 r., zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 października 2020 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 3 listopada 2020 roku. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowód ze złożonego na rozprawie przez Przystępującego wydruku zdjęcia satelitarnego, natomiast przedstawiony przez Przystępującego rysunek obiektu – przekrój podłużny - uwzględniający wymagane w PFU wymiary skrajni, jako stanowiący jedynie oświadczenie własne Przystępującego, Izba uznała za uzupełnienie stanowiska procesowego Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, której treść – w tym ta przywoływana przez Strony – nie była sporna, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest projekt i budowa obwodnicy Lipska w ciągu drogi krajowej nr 79. Szczegółowy przedmiot zamówienia opisany został w Tomach II – IV SIWZ (tj. Tom II – Warunki Kontraktu, Tom III – PFU wraz z załącznikami, Tom IV – Wykaz płatności).

Zgodnie z pkt 15.1 Tomu I SIWZ - IDW cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SIWZ - Tom IV. Zgodnie z pkt 15.8 IDW cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.

W pkt 1.1.3.1 PFU wśród parametrów drogi krajowej wskazano skrajnie pionową 4,9m. Zgodnie z pkt 2.1.16.2.1 lit. c) minimalne skrajnie pionowe: i) dla drogi krajowej i jej łącznic skrajnia powinna mieć min. 4.90m; ii) dla pozostałych dróg skrajnie należy zwiększyć o 20,0 cm w stosunku do skrajni wymaganej zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie.

Zgodnie z pkt 1.2.3.2 pkt 12 PFU nie wykluczając innych czynności niezbędnych dla prawidłowego przygotowania Placu Budowy, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy uwzględnić koszty związane z wykonaniem inwentaryzacji fotograficznej i opisowej obiektów budowlanych na terenach przyległych oraz dokonaniem z udziałem przedstawicieli Inżyniera, Wykonawcy, gestorów i zarządców, inwentaryzacji dróg, tras dostępu i urządzeń obcych na Placu Budowy jak i w jego otoczeniu, których stan może ulec pogorszeniu w wyniku prowadzenia robót budowlanych,

W pkt 1.2.3.3. Przygotowanie i użytkowanie zaplecza budowy wskazano m.in.:

- 1) „Należy podejmować wszelkie niezbędne działania w celu zachowania przepisów i norm dotyczących ochrony środowiska na Placu Budowy oraz na terenach przyległych do Placu Budowy. Należy unikać uszkodzeń lub uciążliwości dla osób trzecich, własności społecznej i innej, wynikających ze skażenia, hałasu lub innych przyczyn powstałych podczas lub w następstwie Wykonywania Robót. Stosując się do tych warunków, należy mieć szczególny wzgląd na:
 - a) lokalizację zapleczy budowy (baz, warsztatów, magazynów, składowisk, placów postojowych maszyn budowlanych) oraz dróg dojazdowych - w sposób zapewniający oszczędne korzystanie z terenu oraz minimalne jego przekształcenie, po zakończeniu prac - porządkowanie terenu,
 - b) zachowanie środków ostrożności oraz zabezpieczenie terenu przed możliwością powstania pożaru, zanieczyszczeń powietrza pyłami i gazami, zanieczyszczeń zbiorników wodnych i cieków substancjami ropopochodnymi lub toksycznymi,
 - c) zabezpieczenie miejsc wyznaczonych do składowania substancji podatnych na migrację wodną, terenowych stacji obsługi samochodów i maszyn budowlanych w obrębie bazy, poprzez wyłożenie terenu materiałami izolacyjnymi do czasu zakończenia budowy,
 - d) przy wyjazdach z budowy na drogę publiczną utwardzoną, należy zapewnić stanowiska do czyszczenia kół pojazdów;
- 2) Należy przygotować odpowiednią do zakresu i rozmieszczenia Robót ilość obiektów i urządzeń zaplecza budowy, które należy zlokalizować poza obszarami włączonymi lub projektowanymi do włączenia do Europejskiej Sieci Ekologicznej Natura 2000 oraz poza pozostałymi obszarami chronionymi na podstawie Ustawy o ochronie przyrody. Zaplecze budowy powinno być lokalizowane na gruncie do którego Wykonawca ma tytuł prawny lub pisemną zgodę właściciela lub użytkownika wieczystego. Z zajęcia pod ewentualne zaplecze budowy należy wykluczyć następujące rejon:
 - a) odcinki leśne z uwagi na hałas, zwiększoną dewastację terenu, możliwość zniszczenia roślinności,
 - b) obszary blisko zabudowy mieszkaniowej z uwagi na hałas, zapylenie,
 - c) tereny w pobliżu rzek, cieków i systemów melioracyjnych oraz obszary podmokłe, z uwagi na potencjalne zagrożenie skażeniem wód powierzchniowych.W przypadku konieczności lokalizacji zaplecza budowy na terenie GZWP, należy zastosować dodatkowe zabezpieczenia przed zanieczyszczeniem środowiska gruntowo-wodnego. Zaplecze należy lokalizować na nieużytkach, terenach z zabudową usługową, przemysłową, magazynową, najlepiej bez skupisk zieleni wysokiej. Występujące drzewa i krzewy należy zabezpieczyć osłonami ochronnymi. (...)”.

W kontekście lokalizacji zaplecza budowy w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) stanowiącej załącznik do PFU, w punkcie II „Warunki wykorzystywania terenu w fazie realizacji i eksploatacji, ze szczególnym uwzględnieniem konieczności ochrony cennych wartości zasobów naturalnych i zabytków oraz ograniczenia uciążliwości dla terenów sąsiednich” w ppkt. 11) wskazano: „zaplecze techniczne budowy zlokalizować minimum 300 m od rzeki Krępanki”, zaś w ppkt 12): „zaplecze budowy zlokalizować poza miejscami występowania siedlisk płazów gadów, minimum 500 m od tych miejsc.”

W punkcie 2.2.1 PFU Skład Dokumentów wykonawcy wskazano, iż w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zgodnie z Subklausulą 5.2 Warunków Kontraktu [Dokumenty Wykonawcy] należy opracować wszelkie opracowania jakie mogą okazać się niezbędne dla zaprojektowania, budowy i użytkowania obiektów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. W szczególności należy opracować niżej wymienione projekty i dokumenty:

- 1) Mapę sytuacyjno-wysokościową do celów projektowych;
- 2) Geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych;
- 3) Uzupełniającą Dokumentację geologiczno-inżynierską i hydrogeologiczną (w razie potrzeby, w formie dodatków do dokumentów przekazanych przez Zamawiającego)
- 4) Materiały projektowe do uzyskania opinii, uzgodnień i pozwoleń wymaganych przepisami szczególnymi;
- 5) Raport w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami badawczymi, technicznymi i formalno-prawnymi;
- 6) W razie potrzeby materiały do wniosku o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach;
- 7) Projekt budowlany (uwzględniający w sposób szczególny podanie kategorii projektowanych, w ramach inwestycji,

- dróg stosownie do ich funkcji) wraz ze wszystkimi opracowaniami towarzyszącymi;
- 8) Dokumentację projektową instalacji i urządzeń towarzyszących (obcych);
 - 9) Kompletnie materiały umożliwiające prawidłowe przeprowadzenie audytów bezpieczeństwa ruchu drogowego;
 - 10) Projekt stałej organizacji ruchu dla odcinka drogi krajowej, oraz pozostałych dróg nowoprojektowanych i podlegających przebudowie/rozbudowie;
 - 11) Projekty podziału nieruchomości z wykazem zmian gruntowych, wykazami współrzędnych oraz protokoły przyjęcia granic nieruchomości;
 - 12) Dokumentacja z utrwalenia punktów granicznych wraz z protokołem i szkicem przebiegu granic oraz Dokumentacja niezbędna do wznowienia/ustalenia/wydzielenia granic pasów drogowych znajdujących się liniach rozgraniczających ustalonych w decyzji ZRID, z uwzględnieniem ich projektowanych kategorii;
 - 13) Informacje i Plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia;
 - 14) Plan Działań Ratowniczych;
 - 15) Wniosek o zezwolenie na realizację inwestycji drogowej;
 - 16) Wniosek o udzielenie zgody na odstępstwo od przepisów techniczno-budowlanych,
 - 17) Projekt wykonawczy wraz z wszystkimi opracowaniami towarzyszącymi w tym m.in. dla obiektów inżynierskich opisy techniczne z kompletnymi i uporządkowanymi obliczeniami statyczno-wytrzymałościowymi dla ustrojów nośnych przęseł, podpór oraz posadowienia zawierające:
 - przyjęte założenia do obliczeń, dane wyjściowe - tj. klasy obciążeń, współczynniki dostosowawcze itp.
 - schematy statyczne (rysunki i szkice) przyjęte do obliczeń statycznych i wytrzymałościowych głównych elementów,
 - wielkości sił wewnętrznych od obciążeń i oddziaływań stałych i użytkowych dla SGN i SGU,
 - wielkości naprężeń w skrajnych włóknaх przekrojów elementów nośnych w fazie użytkowej i bezużytkowej,
 - maksymalne dopuszczalne ugięcia dźwigarów i osiadania podpór;
 - 18) Projekty organizacji ruchu na czas budowy;
 - 19) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych odpowiadające rozwiązaniom Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego;
 - 20) Przedmiary Robót;
 - 21) Programy Zapewnienia Jakości;
 - 22) Dokumentację powykonawczą, w tym geodezyjną inwentaryzację powykonawczą przyjętą do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, zawierającą w szczególności wykazy zmian użytków gruntowych;
 - 23) „Zaktualizowana” stała organizacja ruchu po zrealizowaniu robót;
 - 24) Instrukcje eksploatacji i utrzymania;
 - 25) Dokumentacja formalno-prawna dotycząca nabycia praw do nieruchomości znajdujących się w projektowanym pasie drogowym oraz poza nim;
 - 26) Dokumenty ewidencyjne obiektów inżynierskich:
 - książki obiektów mostowych oraz tuneli,
 - karty obiektów mostowych,
 - wykazy obiektów mostowych, tuneli, przepustów (również dla przepustów o świetle mniejszym niż 150 cm) zgodnie 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.
 - 27) Program monitoringu geotechnicznego
 - 28) Opisy topograficzne wyniesionych punktów referencyjnych.

W punkcie 2.2.2. zawarto ogólne wymagania w stosunku do Dokumentów wykonawcy. Wskazano, iż „Należy współpracować z organami administracyjnymi w celu uzyskania stosownych decyzji, a w szczególności uczestniczyć w konsultacjach społecznych, udzielać wyjaśnień na żądanie organu, przedkładać wnioski i dokumenty bezzwłocznie w stosunku do obowiązujących terminów. Poniższy wykaz nie ogranicza obowiązku przygotowania innych Dokumentów Wykonawcy niezbędnych dla zaprojektowania, budowy i użytkowania obiektów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. W opracowywanych Dokumentach należy uwzględnić w szczególności wymagania zawarte w Zarządzeniu Nr 58 Generalnego Dyrektora DKiA z dnia 23 listopada 2015 r. w sprawie spraw dokumentacji do realizacji [3.1.2 – 33] oraz przepisy prawa, wytyczne, instrukcje i standardy wymienione w Części Informacyjnej niniejszego Programu funkcjonalno-użytkowego.” Przedstawiono także Tabelę nr 2.17. „Wymagania dotyczące ilości egzemplarzy dokumentów (wykaz nie obejmuje egzemplarzy wymaganych przepisami, składanych do zewnętrznych Instytucji) Odpowiednie miejsce określenia wymagań oraz finalną ilość egzemplarzy opracowań.”

Ponadto Izba ustaliła, iż zgodnie z WWWiORB D-M-00.00.00 v01 pkt 2.7 Materiały z rozbiórki: „Elementy i materiały z rozbiórek oraz materiały odpadowe stają się własnością Wykonawcy (chyba że w PFU postanowiono inaczej) i powinny zostać usunięte z terenu budowy w sposób i w terminie nie kolidującym z wykonaniem innych robót. Koszt związany z rozbiórką, transportem, unieszkodliwieniem, bądź składowaniem w/w materiałów Wykonawca powinien zawrzeć w Cenie Oferty. Drewno pochodzące z wycinki drzew na terenie, objętym liniami rozgraniczającymi dróg publicznych oraz na innych działkach, należących do Skarbu Państwa stanowi własność Wykonawcy za wyjątkiem zasad określonych w art. 20b Ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Z kolei zgodnie z WWWiORB D-01.02.01.a v02 pkt 4.1. Transport dłużnic, gałęzi i karpiny, iż „Drewno pochodzące z wycinki drzew wykonanej przez Wykonawcę jest własnością Zamawiającego. Wykonawca zorganizuje składowisko drewna uzyskanego z wycinki i będzie ponosił koszt jego przygotowania, zabezpieczenia i dozoru, do czasu zbicia przez Zamawiającego składowanego materiału, jednak nie dłużej niż do zakończenia robót. Wykonawca dokona oznakowania poszczególnych sztuk dłużyc i umożliwi Zamawiającemu każdorazowo na wezwanie wstęp na składowisko. Gałęzie i krzaki oraz karpina i materiały z prac pielęgnacyjnych, jako odpad powinny zostać wywiezione przez Wykonawcę na jego składowisko lub wysypisko za pomocą przyczepy dłuźycowej i skrzyniowej lub za pomocą innego sprzętu zaproponowanego przez Wykonawcę w PZJ i zatwierdzonego przez Inżyniera lub jego uprawnionego przedstawiciela. Koszt utylizacji odpadu Wykonawca uwzględni w cenie kontraktowej. Pnie, karpinę oraz gałęzie należy przewozić transportem samochodowym. Pnie przedstawiające wartość jako materiał użytkowy powinny być transportowane w sposób nie powodujący ich uszkodzeń. Zamawiający w ramach zmiany SIWZ nr 2 zmienił treść WWWiORB D-01.02.01.a v02 pkt 4.1. Transport dłużnic, gałęzi i karpiny, usuwając odniesienie, że drewno pochodzące z wycinki stanowić będzie własność Zamawiającego. Po zmianie punkt ten otrzymał brzmienie: „Gałęzie i krzaki oraz karpina i materiały z prac pielęgnacyjnych, jako odpad powinny zostać wywiezione przez

Wykonawcę na jego składowisko lub wysypisko za pomocą przyczepy dłuźcowej i skrzyniowej lub za pomocą innego sprzętu zaproponowanego przez Wykonawcę w PZJ i zatwierdzonego przez Inżyniera lub jego uprawnionego przedstawiciela. Koszt utylizacji odpadu Wykonawca uwzględni w cenie kontraktowej. Pnie, karpinę oraz gałęzie należy przewozić transportem samochodowym."

Wartość szacunkowa zamówienia, zgodnie z informacją wskazaną w protokole postępowania, określona została na kwotę 130 589 524,11 zł. Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 155 625 114,66 zł brutto. W postępowaniu ofertę złożyli m.in. Odwołujący i Przystępujący. Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 87 298 214,64 zł brutto zgodnie z załączonym do oferty Wykazem płatności. Pozostali wykonawcy zaoferowali ceny odpowiednio wyższe: oferta 1 – 109 937 810,82 zł brutto, oferta 2 – 145 961 317,31 zł brutto, oferta 3 – 96 755 333,00 zł brutto, oferta 4 – 99 579 333,00 zł brutto, oferta 5 – 114 482 012,61 zł brutto.

Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2020 r. na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. W treści wezwania Zamawiający wskazał, iż powziął podejrzenie rażącego заниzenia ceny w oparciu o kryterium, dla którego punktem odniesienia jest wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT. Cena brutto Państwa oferty wynosi: 87 298 214,64 zł, co w porównaniu z wartością szacunkową zamówienia powiększona o podatek VAT, wynoszącą 155 625 114,66 zł brutto, wskazuje, że jest ona niższa od tej wartości o 43,90%. Taki procentowy poziom odniesienia ceny oferty do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT daje Zamawiającemu podstawę do przyjęcia, iż oferta mogła zostać przez Państwa nienależycie skalkulowana lub заниzona poniżej kosztów tego zamówienia, a w związku z brzmieniem art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy PZP Zamawiający jest zobowiązany wystąpić do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w szczególności gdy cena ofert jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o wyczerpującą i szczegółową informację, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia, a cena ofertowa zawiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty. W szczególności Zamawiający poprosił o udzielenie odpowiedzi na konkretnie zadane pytania, w tym:

- pytanie nr 5 (B. Wykaz płatności: poz. II „Dokumenty Wykonawcy”): „Prosimy o szczegółową informację ile kompletów Dokumentów Wykonawcy, wyszczególnionych w punkcie 2.2.2. PFU, Wykonawca uwzględnił w ofercie - należy podać nazwy dokumentów oraz ich ilość.
- pytanie nr 2 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Zamawiający prosi o potwierdzenie, że Wykonawca będzie miał zapewnioną ciągłość dostaw kruszyw w odpowiedniej ilości dla zapewnienia ciągłości produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych oraz że Wykonawca uwzględnił to w cenie ofertowej?”
- pytanie nr 17 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Jakie założenia projektowe i technologiczne założył w ofercie Wykonawca w związku z wymaganiami zawartymi w Tomie III SIWZ między innymi w punkcie 1.1.1 PFU?”
- pytanie nr 25 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu) zostały przyjęte przez Państwa? Jaki rodzaj posadowienia przewidziano, a w przypadku posadowienia specjalnego jaką technologię planują Państwo zastosować dla każdego z obiektów? Prosimy o podanie wszystkich objętych przedmiotem zamówienia parametrów obiektów oraz przedłożenie opracowanych (o ile zostały sporządzone) projektów koncepcyjnych obiektów, sporządzonych na potrzeby wyceny. Ponadto prosimy, aby powyższe informacje przedstawić w formie tabelarycznej j.n.” (Zamawiający przedstawił wymaganą tabelę);
- pytanie nr 53 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Ile i w jakich lokalizacjach Wykonawca planuje wybudowanie wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych?”
- pytanie nr 57 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie inwentaryzacji stanu technicznego wszystkich budynków i budowli jak również studni i dróg dojazdowych do posesji leżących w strefie wpływu drgań oraz innych negatywnych skutków prowadzenia robót budowlanych? Jeśli tak, to w jakiej odległości od linii rozgraniczających?”
- pytanie nr 60 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie utylizację lub inne zagospodarowanie drewna pochodzącego z wycinki będącego własnością Wykonawcy?”
- pytanie nr 67 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Czy i jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie konieczność pokrycia kosztów wynajmu/dzierżawy nieruchomości, na których przez uzyskaniem decyzji ZRID będzie wykonął uzupełniające badania podłoża oraz będzie prowadził monitoring geotechniczny?”

Zamawiający wskazał ponadto, iż prosi o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu wyliczenia ceny oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej ale także innych, które wykonawca uważa za istotne, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku. Zamawiający wskazał, iż ocena wyjaśnień ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego Zamawiający poprosił o przesłanie wszelakich informacji oraz dowodów, które wykonawca uzna za istotne, na temat sposobu obliczenia ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej. Zamawiający wskazał, iż oceniając udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, będzie brał pod uwagę oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r., poz. 2177) oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wpływ na wysokość ceny przepisów prawa pracy, przepisów o zabezpieczeniu społecznym (obowiązujących w miejscu realizacji zamówienia), przepisów prawa ochrony środowiska oraz wpływ na cenę w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcy. Ponadto Zamawiający wskazał, iż w przypadku, gdy wykonawca nie udzieli wyjaśnień w terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący przedstawił wyjaśnienia mające potwierdzać, że cena zaoferowana przez

Odwolującego gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący podkreślił, że budując cenę bardzo dokładnie przeanalizował warunki, w jakich będzie realizował kontrakt, wskazał na wysokość przyjętych kosztów pracy, stałą bazę podwykonawców, wymienił pozostałe czynniki mające wpływ na wysokość ceny ofertowej, przyjętą marżę. Poinformował także, że przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ, załącznikami do SIWZ, PFU i pozostałym dokumentami załączonymi przez Zamawiającego, zawiera wszelkie koszty ogólne przedsiębiorstwa Odwołującego i planowany zysk. Odpowiadając na pytania Zamawiającego, Odwołujący wskazał w szczególności:

- pytanie nr 5 (B. Wykaz płatności: poz. II „Dokumenty Wykonawcy”): „Wykonawca w ofercie cenowej skalkulował Dokumenty Wykonawcy w ilości zgodnej z punktem 2.2.2 PFU oraz Specyfikacjami na projektowanie”;
- pytanie nr 2 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Potwierdzamy, że będziemy mieli zapewnioną ciągłość dostaw kruszyw w odpowiedniej ilości dla zapewnienia ciągłości produkcji mieszanek mineralno – asfaltowych. Ze względu na to, że roboty bitumiczne będą wykonywane najwcześniej w 2021 roku zamierzamy w okresie przeznaczonym na projektowanie zawrzeć umowy na dostawę kruszyw. Ponadto informujemy, że w Ostrowcu Świętokrzyskim posiadamy wytwórnię mas bitumicznych, a w promieniu 30 km od Ostrowca znajduje się kilkanaście kopalni kruszyw, z którymi współpracujemy od kilkunastu lat. Dostawy kruszyw na wytwórnię odbywają się na bieżąco i systematycznie.”
- pytanie nr 17 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „W ofercie skalkulowano wszystkie założenia projektowe i wykonawcze zawarte w punkcie 1.1.1 PFU.”;
- pytanie nr 25 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „W załączonej tabeli (Załącznik Nr 14) Wykonawca przedstawia rozwiązania projektowe przyjęte w kalkulacji ceny oferty dla branży mostowej w formie tabelarycznej z podziałem dla każdego obiektu. Ww. dane są zgodne z załączonym przez Zamawiającego Programem-Funkcjonalno-Użytkowym. Na etapie opracowania Projektu Budowlanego dopuszczamy możliwość optymalizacji ww. rozwiązań projektowych do warunków technicznych, uzgodnień, pozwoleń i decyzji uzyskanych w procesie projektowym. W Załączniku Nr 15 przedstawiamy rysunki koncepcyjne, zgodne z PFU, przyjęte do wyceny.”;
- pytanie nr 53 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Planujemy plac budowy obsługiwany przez następujące wjazdy: 1) wjazd w km ok 0+900 bezpośrednio z istniejącego przebiegu dk79, 2) wjazd w km ok 2+400 w śladzie projektowanego łącznika z istniejącym przebiegiem dk79, 3) wjazd w km ok 4+200 bezpośrednio z istniejącego przebiegu dw747, 4) wjazd w km ok 5+700 bezpośrednio z istniejącego przebiegu dk79.”;
- pytanie nr 57 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Wykonawca zgodnie z PFU punkt 1.2.3.2. ppkt 12 uwzględni wykonanie inwentaryzacji stanu technicznego na terenach przyległych.”
- pytanie nr 60 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Drewno zgodnie z punktem WWWIORB D-01.02.01.a v02 pkt.4.1 jest własnością Zamawiającego. Gałęzie oraz karpina będące własnością Wykonawcy zostaną przez nas zutylizowane.”
- pytanie nr 67 (C. Wykaz płatności: poz. III „Roboty”): „Wykonawca uwzględni ewentualną konieczność pokrycia kosztów wynajmu/dzierżawy nieruchomości, na których przed uzyskaniem decyzji ZRID będzie wykonywał uzupełniające badania podłoża oraz będzie prowadził monitoring geotechniczny.”

Odwolujący zastrzegł jako tajemnice przedsiębiorstwa załączniki do wyjaśnień oznaczone nr 1, 6-18.

Zamawiający pismem z dnia 8 października 2020 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, na podstawie dotyczących treści złożonej oferty oraz elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień zawarł szereg pytań dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1) precyzyjnie wskazywało elementy oferty budzące wątpliwości – w formie pytań - tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść. To, że w SIWZ Zamawiający nie żądał sporządzenia na etapie składania ofert szczegółowej kalkulacji, czy innego podobnego dokumentu, nie uniemożliwia, co do zasady żądania przez zamawiającego szczegółowej kalkulacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia (Zamawiający wskazał na wyrok Izby z dnia 26 stycznia 2015 roku KIO 2735/14). Zamawiający wskazał, iż dokonana ocena wyjaśnień wykonawcy potwierdza, że oferta nie uwzględnia wszystkich wymagań SIWZ w związku z czym nie wycenione zostały wszystkie elementy przedmiotu zamówienia jak również że wyjaśnienia nie obaliły domniemania, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż po szczegółowej analizie wyjaśnień wykonawcy otrzymanych w ramach badania oferty stwierdził, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Na niezgodność oferty z treścią SIWZ wskazują wyjaśnienia wykonawcy w zakresie uwzględnienia wszystkich wymagań Zamawiającego wobec zaplanowanych w PFU parametrów drogi krajowej - pkt. 1.1.3.1 Droga krajowa oraz pkt. 2.1.16.2.1 Rozwiązania budowlano - konstrukcyjne ppkt. c). Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, iż uwzględnił w kalkulacji ceny oferty dla branży mostowej dane zgodne z załączonym przez Zamawiającego PFU. W załączniku nr 15 przedstawił rysunki koncepcyjne, jak twierdzi w odpowiedzi, zgodne z PFU, przyjęte do wyceny. Zgodnie z pkt. 1.2 PFU Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie poniższych dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego: ppkt. 6) Koncepcji Programowej (KP) dla budowy obwodnicy Lipska w ciągu drogi krajowej nr 79 w zakresie układu powiązań drogowych i parametrów technicznych dróg, z wyjątkami wyszczególnionymi w PFU. Zgodnie z pkt. 1.1.3.1 PFU skrajnia pionowa powinna wynosić 4,9m. W przypadku założenia budowy dróg klasy Z i L pod drogą krajową nr 79 obowiązuje pkt. 2.1.16.2.1 ppkt. c) PFU Minimalne skrajnie pionowe - dla pozostałych dróg skrajnie pionową należy zwiększyć o 20,0 cm w stosunku do skrajni wymaganej zgodnie z Rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie - czyli dla drogi klasy Z 4,8m, natomiast dla drogi klasy L 4,7m. Dla obiektu WD-5 Wykonawca przyjął skrajnię pionową 4,5 m niezgodną z pkt. 1.1.3.1 oraz pkt. 2.1.16.2.1 PFU. Zgodnie z pkt. 1.2 PFU Koncepcja Programowa jest wiążąca w zakresie m.in. układu powiązań drogowych i parametrów technicznych dróg, z wyjątkami wyszczególnionymi w PFU. Zgodnie z pkt. 1.1.3.1 PFU Wykonawca powinien uwzględnić dla obiektu WD-5 skrajnię pionową 4,9m, zatem Wykonawca powinien zwiększyć skrajnię pionową o 0,4m względem przyjętych rozwiązań koncepcyjnych. Natomiast zgodnie z pkt. 2.1.16.2.1 Wykonawca powinien uwzględnić dla WD-5 skrajnię pionową 4,8m, zatem Wykonawca powinien zwiększyć skrajnię pionową o 0,3m względem przyjętych rozwiązań koncepcyjnych. Dla obiektu WD-7 wykonawca przyjął skrajnię pionową 4,5 m niezgodną z pkt. 1.1.3.1 oraz pkt. 2.1.16.2.1 PFU. Zgodnie z pkt. 1.2 PFU Koncepcja Programowa jest wiążąca w zakresie m.in. układu powiązań drogowych i parametrów technicznych dróg, z wyjątkami wyszczególnionymi w PFU.

Zgodnie z pkt. 1.1.3.1 PFU Wykonawca powinien uwzględnić dla obiektu WD-7 skrajnie pionową 4,9m, zatem Wykonawca powinien zwiększyć skrajnie pionową o 0,4m względem przyjętych rozwiązań koncepcyjnych. Natomiast zgodnie z pkt. 2.1.16.2.1 Wykonawca powinien uwzględnić dla WD-7 skrajnie pionową 4,7m, zatem Wykonawca powinien zwiększyć skrajnie pionową o 0,2m względem przyjętych rozwiązań koncepcyjnych. Zdaniem Zamawiającego, zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, wykonawca w ofercie uwzględnił obiekty niespełniające wymagań Zamawiającego, zatem treść oferty jest niezgodna z pkt 1.1.3.1 oraz pkt 2,1.16.2.1 ppkt. c) Tomu III SIWZ.

Dalej Zamawiający podniósł, iż na kolejną niezgodność oferty z treścią SIWZ wskazują wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie pytania Zamawiającego „Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie użycie lub inne zagospodarowanie drewna pochodzącego z wycinki będącego własnością Wykonawcy?” W swoich wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, że „Drewno zgodnie z punktem WWWiORB D-01.02.01.a v02 pkt. 4.1. jest własnością Zamawiającego”. Natomiast zgodnie ze zmianą SIWZ nr 2 poz. 1 przekazaną pismem znak O.WA.D.3.2410.33.2020.MB.529.2020 z dnia 29.06.2020 r. zapis z WWWiORB D - 01.02.01a v02 pkt. 4.1. Transport drzew, gałęzi i karpiny „Drewno pochodzące z wycinki drzew wykonanej przez Wykonawcę jest własnością Zamawiającego.” został usunięty. Natomiast zgodnie z WWWiORB D-M - 00.00.00 v01 pkt. 2.7 Materiały z rozbiórki „Koszt związany z rozbiórką, transportem, unieszkodliwieniem, bądź składowaniem ww. materiałów Wykonawca powinien zawrzeć w Cenie Oferty. Drewno pochodzące z wycinki drzew na terenie, objętym liniami rozgraniczającymi dróg publicznych oraz na innych działkach, należących do Skarbu Państwa stanowi własność Wykonawcy za wyjątkiem zasad określonych w art. 20b Ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych.” Stosownie do powyższego oferta Wykonawcy powinna obejmować prace zgodnie z WWWiORB D-M — 00.00.00 v01 pkt. 2,7, a cena oferty powinna uwzględniać ten element przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, a cena ofertowa nie zawiera wszystkich elementów SIWZ. W związku z powyższym należy wskazać, iż treść oferty nie odpowiada treści wyżej wymienionych postanowień SIWZ a niezgodności tej nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem oferta podlega odrzuceniu na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na kolejną niezgodność oferty z treścią SIWZ, zdaniem Zamawiającego, wskazują wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie pytania Zamawiającego „Ile i w jakich lokalizacjach Wykonawca planuje wybudowanie wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych?” Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pkt. 1.2.3.3 Przygotowanie i użytkowanie zaplecza budowy ppkt. 2) z zajęcia pod ewentualne zaplecze budowy należy wykluczyć następujące rejony: a) odcinki leśne z uwagi na hałas, zwiększoną dewastację terenu, możliwość zniszczenia roślinności, b) obszary blisko zabudowy mieszkaniowej z uwagi na hałas, zapylenie, c) tereny w pobliżu rzek, cieków i systemów melioracyjnych oraz obszary podmokłe, z uwagi na potencjalne zagrożenie skażeniem wód powierzchniowych. Ponadto zgodnie z DŚU pkt. II „Warunki wykorzystywania terenu w fazie realizacji i eksploatacji, ze szczególnym uwzględnieniem konieczności ochrony cennych wartości zasobów naturalnych i zabytków oraz ograniczenia uciążliwości dla terenów sąsiednich, ppkt. 11) zaplecze techniczne budowy zlokalizować minimum 300 m od rzeki Krępianki oraz ppkt 12) zaplecze budowy zlokalizować poza miejscami występowania siedlisk ptaków, minimum 500 m od tych miejsc.” Zamawiający wskazał, iż wjazd w km ok 0+900 zlokalizowany jest na terenach leśnych, odległość pomiędzy wjazdem w km ok 2+400, a ciekami + szlakiem migracji zwierząt (obszar podmokły) - pkt. 1.1.3.4 PFU wynosi 70m, odległość pomiędzy wjazdem w km ok 4+200, a rzeką Krępianką (obszar podmokły) wynosi ok. 180m. W związku z powyższym zdaniem Zamawiającego treść oferty nie odpowiada treści wyżej wymienionych postanowień SIWZ a niezgodności tej nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, zatem oferta podlega odrzuceniu na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że nie miał podstaw do wezwania wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień ponieważ wyjaśnienia wykonawcy jednoznacznie wskazują na niezgodność jego oferty z treścią SIWZ a niezgodności tej nie można usunąć w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Omyłki, o których mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Zamawiający nie dysponuje narzędziami, które pozwolą mu na poprawienie tych niezgodności i doprowadzenie do stanu spełniania wymagań SIWZ. Skoro brak po stronie Zamawiającego wiedzy w jaki sposób powinna zostać poprawiona oferta Wykonawcy i nie wynika to z elementów złożonej oferty, to w sposób oczywisty zamawiający nie może dokonać jej poprawienia w zgodzie z przepisami Pzp.

W ocenie Zamawiającego oferta podlega odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający w SIWZ TOM I pkt 15.8 IDW zawarł informację: „15.8. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.” Cena oferty wykonawcy, jak wykazano powyżej, nie obejmuje wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Należy wskazać, iż błąd, który zaistniał w ofercie Wykonawcy stanowi błąd w obliczeniu ceny. Wymagania określone w pkt 15. IDW (Tom I SIWZ) stanowią element opisu sposobu obliczenia ceny oferty i nie wypełnienie postanowień SIWZ w tym zakresie należy zakwalifikować jako niezastosowanie się do przyjętego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty, W związku z powyższym oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp. Nie znajduje w tym przypadku zastosowania art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nieuwzględnienie w cenie oferty elementów przedmiotu zamówienia, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Złożenie oferty z pominięciem elementów przedmiotu zamówienia mających wpływ na wysokość ceny, nie może być traktowane jako przejaw dopuszczalnego dążenia do uzyskania zamówienia przez wykonawcę. Brak respektowania zasad ustalonych w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia nie może być uznany za działanie z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może ustalić przez siebie wymagań traktować w ten sposób, że uzna za prawidłowe oferty wykonawców respektujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jednocześnie oferty, które wymagania specyfikacji uznały za nienapisane (Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2017 roku sygn. akt KIO 1169/17, KIO 1170/16).

W ocenie Zamawiającego wskazane powyżej niezgodności powodują również, że w związku z tym że cena oferty nie zawiera wszystkich elementów przedmiotu zamówienia jest ona zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo wyjaśnienia Wykonawcy nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny ze względu na przyjętą skrajnie pionową niezgodną z pkt. 1.1.3.1 oraz pkt. 2.1.16.2.1 ppkt. c) PFU, nieuwzględnienie wycinki drzew i krzewów po dokonanych wycinkach oraz przyjęcie niewłaściwej lokalizacji wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych - pkt 1.2.3.3 ppkt. 2) oraz DŚU. W związku z tym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w

związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Ponadto wyjaśnienia wykonawcy są w ocenie Zamawiającego bardzo ogólnikowe, nie zawierają wystarczających dowodów ani wyliczeń i w żaden sposób nie wyjaśniają powyższych przez Zamawiającego wątpliwości. W szczególności nie pozwalają one na określenie czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na wysokość zaoferowanej ceny ofertowej. Wykonawca w przypadku niektórych pytań nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia wskazanych w Wykazie Płatności cen za poszczególne elementy składające się na przedmiot zamówienia, jak również w zakresie przyjętych założeń projektowych i technologicznych oraz sposobu uwzględnienia w ofercie postanowień SIWZ. Zamawiający wskazał, iż wezwał wykonawcę do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie kalkulacji ceny oferty. Wyjaśnienie złożone przez wykonawcę nie dało Zamawiającemu możliwości zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny. Wyjaśnienie winno być wyczerpujące, konkretne, przekonujące i ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, oraz potwierdzone dowodami. Samo zapewnienie wykonawcy, że jest w stanie zapewnić prawidłową realizację zamówienia, z zachowaniem odpowiednich standardów jest niewystarczające. Z wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musi jednoznacznie wynikać możliwość zaoferowania takiej ceny m. in. poprzez złożenie szczegółowych kalkulacji i wyliczeń. Tego wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał. Jako przykład na powyższe Zamawiający powołał się na wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie:

- pyt. nr 5 część B, WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. II, „Dokumenty Wykonawcy” - odpowiedź nie zawiera wskazanych w pytaniu elementów.
- pyt. nr 2 część C, WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” - brak uprawdopodobnienia odpowiedzi Wykonawcy, np. poprzez przekazanie dotychczasowych umów, referencji, zapytań ofertowych, uzyskanych ofert od dostawców i podwykonawców, w tym z kopalni kruszyw.
- Pyt. nr 17 część C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” - odpowiedź nie zawiera wyjaśnień jakie założenia projektowe i technologiczne założył w ofercie wykonawca.
- Pyt. nr 57 część C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” - odpowiedź nie zawiera wskazanych w pytaniu elementów. Brak wskazania w jaki sposób wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie inwentaryzacji stanu technicznego wszystkich budynków i budowli jak również studni i dróg dojazdowych do posesji leżących w strefie wpływu drgań oraz innych negatywnych skutków prowadzenia robót budowlanych. Brak wskazania w jakiej odległości od linii rozgraniczających.
- Pyt. nr 67 część C. WYKAZ PŁATNOŚCI: poz. III „Roboty” - odpowiedź nie zawiera wskazanych w pytaniu elementów. Brak wskazania w jaki sposób wykonawca uwzględnił w ofercie konieczność pokrycia kosztów wynajmu/dzierżawy nieruchomości, na których przez uzyskaniem decyzji ZRID będzie wykonał uzupełniające badania podłoża oraz będzie prowadził monitoring geotechniczny.

Powyższe przykłady odpowiedzi w ocenie Zamawiającego potwierdzają fakt, iż wykonawca odpowiedział na pytania w sposób bardzo ogólnikowy, bez wskazania konkretnych założeń i ilości. Ponadto, wykonawca na pytania nr 57 i 67 odpowiedział na pytania „czy”, ale nie odpowiedział na pytania „w jaki sposób”. Odpowiedzi udzielone w ten sposób nie pokazują ani nie udowadniają wpływu przyjęcia danych rozwiązań na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia nie dają żadnego merytorycznego materiału udawadniającego realność zaoferowanej ceny. Zgodnie z wezwaniem oraz ze spoczywającym na wykonawcy ciężarze dowodu miał on podać wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych w pytaniach zamawiającego ale także innych, które wykonawca uzna za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku. Wyjaśnienia wykonawcy i złożone dowody winny dotyczyć wyliczenia ceny w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r., poz. 2177) oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wpływ na wysokość ceny przepisów prawa pracy, przepisów o zabezpieczeniu społecznym (obowiązujących w miejscu realizacji zamówienia), przepisów prawa ochrony środowiska oraz wpływ na cenę w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazał, iż z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1a Pzp, to na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. Skutkiem powyższego jest wniosek, że niezależnie od szczegółowości wezwania, inicjatywa dowodowa, zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie należą do wezwanego wykonawcy, bowiem to jego zadaniem jest wykazanie że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Z momentem powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowaną cenę skalkulowano w sposób rynkowy. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt osób wykonujących zamówienie. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie zawierają takich informacji przez co mają charakter jedynie iluzorycznych i nie stanowią wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. Zamawiający wskazał ponadto, iż nie miał podstaw do wezwania wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień, ponieważ: treść wyjaśnień wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, wystąpił błąd w obliczeniu ceny oferty, a wykonawca nie udzielił wyjaśnień na część pytań zawartych w pierwotnym wezwaniu, co w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp skutkuje odrzuceniem oferty. Ponowne wezwanie musiałoby polegać na powtórzeniu w większości tych samych pytań. Zamawiający powołał się na wyrok Izby z dnia 28 kwietnia 2017 roku sygn. akt KIO 686/17. Podniósł, iż jeżeli złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są zbyt lakoniczne, aby uznać, że zostały złożone Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zatem w przedmiotowym przypadku ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy, naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powołał się na wyroki Izby w sprawach o sygn. akt KIO 418/20, KIO 420/20, KIO 1159/16, KIO 1174/16, KIO 1145/16, KIO 559/16, KIO 2297/15, KIO 1538/15; KIO 1548/15; KIO 1549/15.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu w całości.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego nie naruszała art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a zarzuty odwołania w tym zakresie nie potwierdziły się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 1 a ustawy Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. W ust. 2 tego przepisu wskazano, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Z kolei jak stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W kontekście zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba wyjaśnia, iż w postępowaniu odwoławczym bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość odrzucenia oferty tego wykonawcy, co następuje przez przyzmat przekazanego wykonawcy uzasadnienia opisującego przyczyny, jakie leżą u podstaw decyzji Zamawiającego. Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy złożone przez Odwołującego wyjaśnienia były kompletne, wyczerpujące i dawały Zamawiającemu podstawy do uznania, że cena zaofferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska. Z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska, został nałożony na wykonawcę. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę, a wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślić tutaj należy, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio uмотywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rzeczą wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaofferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, niepopartych dowodami skutkować winny odrzuceniem oferty. Ustawodawca zrównuje sytuację, w której wykonawca złoży ofertę z rażąco niską ceną z sytuacją, gdy wykonawca – będąc wezwany do złożenia wyjaśnień – wyjaśnień takich nie składa bądź składa wyjaśnienia, które nie są wystarczające do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w orzecznictwie sądów powszechnych, ugruntowany jest pogląd, iż sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia wyjaśnień (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r., sygn. akt KIO 722/16, wyrok KIO z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 730/10, wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. sygn. VI Ca 464/05, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08). Konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską ma miejsce także w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przez niego cena rażąco niska nie jest (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 1293/14).

Ocena, czy wykonawca udźwignął nałożony na niego ustawowo obowiązek, nie może być dokonywana schematycznie, musi uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień oraz sposób jego realizacji. W szczególności należy wskazać, że treść wyjaśnień stanowiących odpowiedź na wezwanie wystosowane na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp musi korespondować z treścią wezwania, także pod względem szczegółowości. Zdaniem składu orzekającego, w przedmiotowej sprawie proporcja stopnia szczególności stawianych przez wykonawcę pytań i udzielanych przez Odwołującego odpowiedzi została zachwiana. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że odpowiedzi na część pytań były nad wyraz ogólne, schematyczne i nie odnosiły się wyczerpująco do zagadnień przedstawionych wprost w pytaniach, tym samym nie pozwalając na dokonanie pełnej oceny, jakie założenia zostały uwzględnione przez Odwołującego podczas kalkulacji ceny oferty i czy została ona skalkulowana należycie.

W szczególności zwrócić należy tu uwagę na pytanie nr 17 z części C, w treści którego Zamawiający jednoznacznie oczekiwał od wykonawców wskazania, jakie założenia projektowe i technologiczne założył w ofercie Wykonawca w związku z wymaganiami zawartymi w Tomie III SIWZ, między innymi w punkcie 1.1.1 PFU. Odwołujący, poza lakonicznym stwierdzeniem, że „skalkulowano wszystkie założenia projektowe i wykonawcze zawarte w punkcie 1.1.1 PFU” nie wskazał żadnych przyjętych założeń projektowych i technologicznych. W ocenie Izby w tym przypadku można pokusić się o stwierdzenie, że Odwołujący w ogóle nie udzielił odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, ponieważ ta, która została udzielona nic nie wnosi. Nie jest bynajmniej konstruktywną odpowiedzią na pytanie „jakie założenia projektowe i technologiczne założył w ofercie Wykonawca” odpowiedź „wszystkie założenia projektowe i wykonawcze”. Izba zdaje sobie sprawę z dużej liczby pytań, jakie skierowane zostały przez Zamawiającego do Odwołującego, okoliczność ta nie może jednak usprawiedliwiać braku przekazania przez wykonawcę wymaganych informacji. Wykonawca miał możliwość wnioskowania o wydłużenie terminu na udzielenie wyjaśnień, z której zresztą Odwołujący skorzystał i uzyskał zgodę Zamawiającego. Udzielanie przez Odwołującego jednozdaniowej, ogólnej odpowiedzi, w praktyce nie pozwala na dokonanie jakiegokolwiek oceny czy kalkulując cenę oferty wykonawca uwzględnił wymagane na gruncie PFU założenia ani jakie przyjął założenia projektowe i technologiczne. Tym bardziej, iż - jak słusznie zauważył

Przystępujący - wykonawcy mieli wybór co do szeregu przyjmowanych założeń i nie wszystkie były im narzucone, zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj.” Zamawiający oczekując merytorycznej odpowiedzi otrzymał jedynie gołosłowne zapewnienie, że Odwołujący uwzględnił w kalkulacji wszystkie założenia projektowe i wykonawcze. Na podstawie takiej odpowiedzi Zamawiający nie miał możliwości realnego zweryfikowania, co dokładnie miał na myśli wykonawca i czy cena ofertowa została skalkulowana z uwzględnieniem prawidłowych założeń. Izba zwraca uwagę, że treść pytania nie została sformułowana w sposób zerojedynkowy, na które wykonawca mógłby udzielić odpowiedzi twierdzącej lub przeczącej, brzmiałaby bowiem wtedy przykładowo: „Czy wykonawca uwzględnił założenia projektowe i technologiczne zgodne z wymaganiami PFU?”. Pytanie miało charakter otwarty i wymagało udzielenia przez wykonawcę konkretnej odpowiedzi jakie założenia projektowe i technologiczne zostały uwzględnione. Odpowiedzi na tak zadane pytanie Zamawiający nie otrzymał. Słusznie także zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący w wyjaśnieniach referował wyłącznie do pkt 1.1.1. PFU, podczas gdy treść pytania nr 17 odnosiła się do całego Tomu III SIWZ. Izba miała także na względzie, że Odwołujący, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas rozprawy w ogóle do problematyki pytania nr 17 się nie odniósł. Również w treści odwołania nie przedstawiono szerszej argumentacji. Znalazło się w nim jedynie gołosłowne stwierdzenie, że szczegółowe wyjaśnienia w żądanym zakresie zawarto w odpowiedziach na pozostałe pytania, przy czym Odwołujący nawet nie wskazał, w których konkretnie innych pytaniach miałyby być poruszone zagadnienia będące przedmiotem pytania nr 17.

Równie lakoniczne, a przede wszystkim niepełne i nieadekwatne do treści wezwania, były odpowiedzi udzielone przez Odwołującego na pytania nr 57 i 67.

Na pytanie nr 57 „Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie inwentaryzacji stanu technicznego wszystkich budynków i budowli jak również studni i dróg dojazdowych do posesji leżących w strefie wpływu drgań oraz innych negatywnych skutków prowadzenia robót budowlanych? Jeśli tak, to w jakiej odległości od linii rozgraniczających?” Odwołujący odpowiedział „Wykonawca zgodnie z PFU punkt 1.2.3.2. ppkt 12 uwzględnił wykonanie inwentaryzacji stanu technicznego na terenach przyległych.” Odwołujący powołał się jedynie na określone postanowienie PFU, unikając odpowiedzi merytorycznej. W szczególności Odwołujący w ogóle w treści wyjaśnień nie odniósł się do kwestii, w jaki sposób uwzględnił w ofercie (w tym w kalkulacji ceny - wszak wezwanie bazowało na art. 90 ust 1 i 1a ustawy Pzp) wykonanie inwentaryzacji w wymaganym w PFU zakresie, nie wskazał na żadne przyjęte w tym zakresie koszty ani na ich przełożenie na kalkulację ceny ofertowej. Odwołujący nie odpowiedział ponadto na pytanie, jakie odległości od linii rozgraniczających na potrzeby skonstruowania oferty przyjął, co niewątpliwie również ma przełożenie na kwestię kosztów. Na podstawie samego odwołania się do treści PFU nie sposób zrekonstruować założeń, jakie przyświecały Odwołującemu podczas kalkulacji ceny oferty. W odwołaniu również nie przedstawiono szerszej argumentacji, a zawarte tam stwierdzenie, że „inwentaryzację przeprowadza się każdorazowo w taki sposób, jak Zamawiający to określił” w istocie również nic nie wnosi.

Dopiero na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, iż koszty te zostały ujęte w załączniku nr 9 do wyjaśnień oraz przedstawił wywody mające uzasadnić uznanie za wystarczające w kontekście odległości od linii rozgraniczających odwołania się do postanowienia PFU wskazującego na pojęcie „terenów przyległych” – twierdzenia te należy jednak uznać za spóźnione i nie mogą one zostać wzięte pod uwagę. Po pierwsze argumentacja przedstawiana w odwołaniu nie może zastępować treści wyjaśnień składanych w celu wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. To te właśnie wyjaśnienia powinny być kompletne i szczegółowe, bowiem to na ich podstawie Zamawiający podejmując decyzję odnośnie dalszych losów oferty wykonawcy. Izba w postępowaniu odwoławczym weryfikuje jedynie prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego na gruncie tych wyjaśnień i w oparciu o dokumentację, jaką dysponował Zamawiający dokonując oceny. Dlatego Izba nie może brać pod uwagę nowych okoliczności dotyczących ceny oferty, które nie zostały Zamawiającemu przedstawione w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust.1 i 1a ustawy Pzp. Po drugie stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie nie zostało przedstawione w odwołaniu, zgodnie zaś z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W orzecznictwie jednolicie wskazuje się, że zarzut składa się z podstawy prawnej i skorelowanej z nim podstawy faktycznej, przy czym to przede wszystkim precyzyjne określenie podstaw faktycznych ma znaczenie decydujące dla zakreslenia granic zarzutów. Prawidłowe skonstruowanie podstaw faktycznych zarzutów ma tak istotną wagę, ponieważ nie można rozszerzać podstaw faktycznych podniesionych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania. O ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 Pzp Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę.

Analogiczną do powyższej argumentację przedstawić można w kontekście oceny udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi na pytanie nr 67 („Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w ofercie konieczność pokrycia kosztów wynajmu/dzierżawy nieruchomości, na których przez uzyskaniem decyzji ZRID będzie wykonał uzupełniające badania podłoża oraz będzie prowadził monitoring geotechniczny?”). Stanowisko Odwołującego sprowadza się wyłącznie do przeklejenia treści pytania i udzielenia odpowiedzi twierdzącej - „Wykonawca uwzględnił ewentualną konieczność pokrycia kosztów wynajmu/dzierżawy nieruchomości, na których przed uzyskaniem decyzji ZRID będzie wykonał uzupełniające badania podłoża oraz będzie prowadził monitoring geotechniczny.” Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił, w jaki sposób uwzględnił w ofercie konieczność pokrycia kosztów wiążących się z wynajmem lub dzierżawą nieruchomości, a zatem w istocie nie udzielił on odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie. Samo lakoniczne potwierdzenie, że koszty uwzględniono nie pozwala na dokonanie przez Zamawiającego weryfikacji kalkulacji ceny oferty, Zamawiający nie dysponuje bowiem na podstawie treści udzielonych wyjaśnień informacjami co do sposobu, w jaki ww. wymagane koszty zostały uwzględnione w cenie oferty. Również w tym kontekście należy podkreślić, że argumentacja przywołana w odwołaniu nie może zastępować treści wyjaśnień. Odwołujący odpowiadając na wezwanie nie referował do załącznika nr 9, na który wskazał w treści odwołania, ani nie wyjaśniał, w której pozycji tabeli przedstawionej w tym załączniku, koszty te miałyby być ujęte. Na podstawie zaś samej treści załącznika nr 9 w ocenie Izby Zamawiający nie mógł mieć wiedzy, czy i w której konkretnie pozycji tabeli uwzględniono te koszty ani w jakim wymiarze, tym bardziej, że tabela ta odnosiła się do wykazu płatności dotyczących Dokumentów Wykonawcy (Część B), a nie do Części C, jak pytanie nr 67. Również argumentacja przedstawiana przez Odwołującego na rozprawie odnosząca się do okoliczności, że podwykonawca w swoim zakresie zadań ma m.in. badania podłoża, podobnie jak w przypadku pytania nr 57, stanowiła rozszerzenie podstaw faktycznych zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zatem nie mogła stanowić podstawy rozstrzygnięcia zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Odwołujący nie wytłumaczył zresztą czy w kosztach badań podłoża i monitoringu geotechnicznego ujęto koszty wynajmu lub dzierżawy nieruchomości na potrzeby przeprowadzenia

tych badań, które były przedmiotem pytania Zamawiającego.

Reasumując, w ocenie Izby powyższe odpowiedzi na pytania były lakoniczne, ogólnikowe i nie obejmowały wszystkich objętych treścią pytań zagadnień, a tym samym nie pozwalały dokonać Zamawiającemu pełnej i pozytywnej weryfikacji czy cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska i została skalkulowana z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych założeń. Izba podkreśla, iż efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Istotną wagę jaką przypisać należy przedstawieniu szczegółowych wyjaśnień potwierdza ustawowy wymóg przedstawienia dowodów na poparcie stawianych tez wynikający z art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp. To wyłącznie na podstawie treści wyjaśnień, a nie własnej wiedzy, Zamawiający dokonuje oceny czy oferta podlega odrzuceniu, dlatego też tak ważne jest, aby złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie były ogólne, a także by w miarę możliwości zostały one poparte dowodami. W ocenie Izby Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie wykazał, aby ocena jego wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa. Mając na względzie treść art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym spoczywał na wykonawcy, który ją złożył, czyli w tym wypadku na Odwołującym. To on, jako wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez Zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. Odwołujący powyższemu obowiązkowi nie sprostał. W konsekwencji zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na stwierdzenie, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, naruszała ww. przepisy. To z kolei spowodowało konieczność oddalenia odwołania.

Odnosząc się do kolejnych pytań, które w ocenie Zamawiającego także stanowiły podstawę odrzucenia oferty w oparciu o ww. przepisy ustawy Pzp, zauważyć należy, że Odwołujący faktycznie nie zastosował się literalnie do treści pytania nr 5 z Części B („Prosimy o szczegółową informację ile kompletów Dokumentów Wykonawcy, wyszczególnionych w punkcie 2.2.2. PFU, Wykonawca uwzględnił w ofercie - należy podać nazwy dokumentów oraz ich ilość). Odwołujący w odpowiedzi nie wskazał ani nazw, ani ilości dokumentów uwzględnionych w ofercie. Wykonawca udzielił jedynie odpowiedzi, iż w ofercie cenowej skalkulował Dokumenty Wykonawcy „w ilości zgodnej z punktem 2.2.2 PFU oraz Specyfikacjami na projektowanie”. Prezentując formalne podejście i w tym przypadku można byłoby wskazać na ogólność i nieadekwatność udzielonej odpowiedzi w stosunku do treści pytania, niemniej ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie może mieć miejsca w oderwaniu od postanowień SIWZ i rynkowych realiów. Izba miała na względzie, że Zamawiający swoje zastrzeżenia odnośnie ww. odpowiedzi również przedstawił zdawkowo, podnosząc w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty jedynie, iż odpowiedź „nie zawiera wskazanych w pytaniu elementów.” Zamawiający szerzej ani w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, ani w postępowaniu odwoławczym, nie wyjaśnił jakiemu celowi służyć miało to pytanie, skoro w punkcie 2.2.2 PFU w Tabeli nr 2.17 wyszczególniono katalog Dokumentów Wykonawcy wraz ze wskazaniem ilości egzemplarzy, a odpowiedź Odwołującego, jak podniesiono w odwołaniu, faktycznie sprowadzać musiałaby się do przekopiowania treści tych postanowień. Zamawiający nie pytał wykonawcy, jakie koszty wiążące się z przygotowaniem odpowiedniej liczby egzemplarzy zostały uwzględnione w cenie oferty, a jedynie o to jaką liczbę egzemplarzy Odwołujący w ofercie uwzględnił. Zamawiający nie wyjaśnił, jak przedmiotowa kwestia w ogóle miałaby się odnosić do badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, a jednocześnie nie odparł w żaden sposób - logicznej skądinąd - argumentacji Odwołującego, iż sam fakt przyjęcia określonej ilości dokumentów nie ma istotnego wpływu na kwestię ceny oferty, bowiem sprowadza się tak naprawdę do kosztów użycia kserokopiarki (wydruku odpowiedniej liczby egzemplarzy).

Izba nie uwzględniła także argumentacji Zamawiającego jakoby brak udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 5 nie obalił wątpliwości Zamawiającego, czy Odwołujący uwzględnił konieczność sporządzenia co najmniej dwóch kompletnych wniosków o ZRID, zgodnie z wymaganiami 1.2 PFU. Po pierwsze okoliczność taka nie została w ogóle zakomunikowana Odwołującemu w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty. Po drugie, Zamawiający w treści pytania nie referował do punktu 1.2 PFU, lecz wyłącznie do Dokumentów Wykonawcy, które należało uwzględnić w ilości zgodnej z pkt 2.2.2 PFU i w tym zakresie Odwołujący udzielił odpowiedzi na pytanie. Po trzecie, Zamawiający również w odniesieniu do konieczności sporządzenia dwóch kompletnych wniosków o ZRID nie wyjaśnił, jakie rzeczony obowiązek miałby mieć przełożenie na uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, skoro koszty powielenia dokumentacji w niezbędnej ilości są marginalne. Pytanie Zamawiającego nie odnosiło się do kosztów opracowania tej dokumentacji, to jest merytorycznego zaangażowania w jej sporządzenie, lecz jedynie liczby uwzględnionych kompletów dokumentów i ich zgodności z wymaganymi ilościami.

Również za nieprawidłową Izba uznała ocenę odpowiedzi Odwołującego na pytanie nr 2 z części C dotyczące potwierdzenia, że wykonawca będzie miał zapewnioną ciągłość dostaw kruszyw w odpowiedniej ilości dla zapewnienia ciągłości produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych oraz że wykonawca uwzględnił to w cenie ofertowej. Na decyzję Izby w tym zakresie kluczowy wpływ miała treść sformułowanego pytania w zestawieniu z treścią uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Zamawiający powołał się bowiem wyłącznie na fakt nieprzedstawienia dowodów, które uprawdopodobniałyby przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia, w żaden sposób nie podważając jednak ich wiarygodności. W treści pytania Zamawiający nie zaakcentował konieczności przedstawiania w powyższym zakresie dowodów, a jedynie wymagał potwierdzenia, że ciągłość dostaw będzie zapewniona. Skład orzekający zgadza się z tym, że mając na względzie treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ważne jest aby wyjaśnienia w miarę możliwości zostały poparte dowodami oraz, że w niektórych przypadkach dowody te mogą okazać się wręcz niezbędne, na przykład wtedy, kiedy zamówienie będzie realizowane z udziałem podwykonawców, czy też gdy obejmuje ono konieczność zakupu określonych materiałów czy produktów. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał jednak, aby w przypadku pytania nr 2 złożenie dowodów było niezbędne dla możliwości dokonania pozytywnej oceny wyjaśnień. Pytanie Zamawiającego nie odnosiło się *stricto* do przyjętych w kalkulacji cenowej kosztów zakupu kruszyw, czy kosztów produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych, lecz kwestii zapewnienia ciągłości dostaw kruszyw w odpowiedniej ilości, a zatem dotyczyło ono bardziej zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, posiadanego przez niego zaplecza i kontaktów handlowych. Jeżeli Zamawiający to właśnie tę kwestię upatrywał jako szczególnie kluczową dla realizacji zamówienia, także pod kątem skalkulowania ceny oferty, to powinien zwrócić wykonawcy w treści pytania uwagę, że w tym zakresie oczekuje złożenia dowodów. Nie można bowiem tracić z oczu faktu, że Zamawiający oprócz ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień popartych dowodami w celu oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zadał Odwołującemu prawie 80 pytań uszczegóławiających. Idąc takim rozumowaniem Zamawiającego, przy takiej konstrukcji wezwania do wyjaśnień, w zasadzie w każdym przypadku można byłoby znaleźć pretekst do podważenia

treści wyjaśnień w oparciu o aspekt czysto formalny. Ocena wyjaśnień nie może być jednak nad wyraz formalistyczna - jeżeli Zamawiający zarzuca wykonawcy fakt nieprzedstawienia dokumentów mających poprzec zapewnienie zawarte w wyjaśnieniach, w sytuacji gdy treść zadanemu wykonawcy pytania (jednego z niespełna osiemdziesięciu) na taką konieczność nie wskazywała, to Zamawiający powinien w postępowaniu odwoławczym (ale i w treści uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy) przynajmniej wyjaśnić, dlaczego w tym konkretnym stanie faktycznym profesjonalny wykonawca winien mieć świadomość, że przedstawienie dowodów w zakresie tego jednego, konkretnego aspektu, było niezbędne i kluczowe pod kątem oceny rażąco niskiej ceny jego oferty. Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji w powyższym zakresie, która pozwalałaby uznać, iż faktycznie treść samego oświadczenia wykonawcy, dość szczegółowego w tym przypadku, nie mogła być uznana za wystarczającą. Odnosząc się zaś do stanowiska Przystępującego, iż Zamawiający prosił o wyjaśnienia także w kontekście uwzględnienia zapewnienia ciągłości dostaw w cenie ofertowej, a Odwołujący takich wyjaśnień nie przedstawił, to i tak należy się tutaj z Przystępującym, to jednak okoliczność ta nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty Odwołującego – Zamawiający powoływał się jedynie na brak przedstawienia dowodów.

Izba przyznała ponadto rację Odwołującemu, że na gruncie stanu faktycznego sprawy brak było podstaw do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby na gruncie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień brak było podstaw do uznania, że Odwołujący przyjął skrajnie pionową dla obiektów WD-5 i WD-7 niezgodną z pkt 1.1.3.1 oraz 2.1.16.2.1 PFU. Po pierwsze należy wskazać, że w pytaniu nr 25, z odpowiedzi na które Zamawiający wywodził rzeczoną niezgodność, Zamawiający nie wskazał wprost, że wymaga podania przyjętej wysokości skrajni pionowej. Zamawiający prosił jedynie ogólnie o przedstawienie rozwiązań projektowych oraz technologii planowanej do zastosowania w przypadku posadowienia specjalnego. W tabeli dotyczącej parametrów obiektów, jakiej wypełnienia żądał, Zamawiający nie zawarł kolumny dotyczącej wysokości skrajni. Treść udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień nie odnosiła się zatem do przyjętej przez wykonawcę skrajni pionowej, a treść pytania nr 25 do tego nie obligowała. Samo zaś powołanie się przez Odwołującego na załączone do wyjaśnień rysunki koncepcyjne pochodzące z Koncepcji Programowej przekazanej przez Zamawiającego, w której wskazano nieodpowiadającą PFU wysokość skrajni, nie jest równoznaczne z tym, że to właśnie taką wysokość skrajni Odwołujący przyjął dla obiektów WD-5 i WD-7. W ocenie Izby wysunięta na tej podstawie przez Zamawiającego teza jest zbyt daleko idąca, tym bardziej jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że faktycznie z rysunków przedstawionych w załączniku nr 15 do wyjaśnień nie da się odczytać parametrów. Nie jest także błędem stwierdzenie zawarte w wyjaśnieniach, że Odwołujący przyjął powyższe rysunki koncepcyjne do wyceny, ponieważ wprost z PFU wynika, iż Koncepcja Programowa stanowi dokument, w oparciu o który wykonawca ma zrealizować przedmiot zamówienia. Odwołujący miał jedynie uwzględnić wyjątki wynikające z PFU, a okoliczności sprawy nie pozwalają przesądzić jednoznacznie, że tego nie uczynił. Podkreślić należy, że odrzucenie oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy niezgodność tej oferty z treścią SIWZ jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości. W przedmiotowym przypadku tak nie jest. W ocenie Izby, jeśli po stronie Zamawiającego powstały wątpliwości w zakresie przyjętej wysokości skrajni pionowej dla obiektów WD-5 i WD-7, to w pierwszej kolejności powinien był tę kwestię wyjaśnić z Odwołującym – Zamawiający bowiem w treści pytania nr 25 nie pytał w ogóle o przyjęte parametry skrajni pionowej ww. obiektów, a odrzucił ofertę Odwołującego wyłącznie w oparciu o własne przypuszczenia. W konsekwencji za nieprawidłowe uznać należy także stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że wskazanie dopiero w odwołaniu przyjętej wysokości skrajni jest działaniem spóźnionym, skoro Zamawiający nie wymagał podania tego rodzaju danych w treści wezwania do wyjaśnień, a przynajmniej nie wykazał, aby zakresem wezwania był objęty także ten parametr. Z uwagi na powyższe Izba uznała złożony przez Przystępującego dowód w postaci rysunku przedstawiającego wygląd obiektu przy przyjętych właściwych parametrach za niemający wpływu dla rozstrzygnięcia.

Izba nie podzieliła także stanowiska Zamawiającego co do niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie lokalizacji wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych. Za nieuzasadnione Izba uznała przedstawione w odpowiedzi na odwołanie twierdzenie, iż wyjaśnienie Odwołującego było ogólnikowe i nie zawierało żadnych konkretów lub dowodów, a bardziej szczegółowe wyjaśnienia znalazły się dopiero w odwołaniu i jako takie są spóźnione. W ocenie Izby odpowiedź wykonawcy na pytanie nr 53 była adekwatna pod kątem szczególności do treści zadanego mu pytania - Zamawiający domagał się wyłącznie wskazania liczby planowanych wjazdów/wyjazdów oraz ich lokalizacji i odpowiedź w takim zakresie otrzymał. Uzasadnienie odrzucenia oferty przedstawione Odwołującemu ograniczało się de facto do przywołania postanowień PFU i DŚU oraz nierozwiniętego szerzej stwierdzenia, że *wjazd w km ok 0+900 zlokalizowany jest na terenach leśnych, odległość pomiędzy wjazdem w km ok 2+400, a ciekim + szlakiem migracji zwierząt – pkt 1.1.3.4 PFU wynosi 70m, odległość pomiędzy wjazdem w km ok 4+200, a rzeką Krępianką wynosi ok. 180m.* Odwołujący przedstawił w treści odwołania merytoryczną argumentację wskazującą na zgodność zaplanowanych wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych, kwestionując stanowisko Zamawiającego zakomunikowane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, do której to argumentacji Zamawiający w ogóle się nie odniósł ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie. Już tylko z tego względu Izba nie ma podstaw, aby kwestionować wiarygodność stanowiska przedstawionego w odwołaniu. Skoro Zamawiający upatrywał niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie lokalizacji zaplanowanych wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych, to po jego stronie leżał ciężar dowodu wykazania tej okoliczności, to Zamawiający z tego faktu wywodził bowiem skutek prawny w postaci odrzucenia oferty Odwołującego. W sytuacji, w której Zamawiający nie przedstawia w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty szczegółowej argumentacji mającej uzasadniać istnienie podstawy odrzucenia, a następnie nawet nie podejmuje próby polemiki z argumentacją odwołania, oczywistym jest, że negatywne konsekwencje tych zaniechań obciążają Zamawiającego. Do merytorycznego stanowiska Odwołującego przedstawionego w odwołaniu również Przystępujący nie odniósł się zbyt szczegółowo, kwestionując jedynie lakonicznie optymalność przyjętych przejazdów. Przedstawiony przez Przystępującego dowód w postaci zdjęcia satelitarnego z naniesionymi danymi dotyczącymi lokalizacji w ocenie Izby nic do sprawy nie wnosi, poza zobrazowaniem, że w okolicy planowanego wjazdu znajduje się las. Na powyższe zwracał uwagę w odwołaniu już sam Odwołujący, wskazując jednocześnie, że las ten jest częściowo przeznaczony do wycinki pod planowaną obwodnicę, a przebieg obwodnicy w bliskim sąsiedztwie lasu wynika wprost z przyjętych przez Zamawiającego założeń, do czego już Przystępujący się nie odniósł. Dowód ten, wbrew stanowisku Przystępującego, bynajmniej nie wskazuje oddziaływania zaplanowanego wjazdu na środowisko w sposób niezgodny z PFU i DŚU.

Nadto Izba zgodziła się z Odwołującym, że punkt 1.2.3.3 PFU odnosi się *stricto* do zaplecza budowy, podobnie jak

fragmenty DŚU, na które powołał się Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, tymczasem pytanie nr 53 dotyczyło lokalizacji wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych. Odpowiedź na to pytanie wskazywała zatem jedynie na lokalizację miejsca, w którym z drogi publicznej nastąpi zjazd pojazdów na drogę dojazdową do placu budowy, a nie lokalizacji samego zaplecza budowy. Do powyższej kwestii Zamawiający również się nie odniósł. W ocenie Izby treść postanowień PFU wskazuje, że Zamawiający rozróżnia pojęcia „zaplecza budowy” i „drog dojazdowych”, o czym świadczy chociażby pkt 1.2.3.3 ppkt 1 lit a PFU, zgodnie z którym: „(...) należy mieć szczególny wzgląd na: a) lokalizację zaplecza budowy (baz, warsztatów, magazynów, składowisk, placów postojowych maszyn budowlanych) oraz dróg dojazdowych - w sposób zapewniający oszczędne korzystanie z terenu oraz minimalne jego przekształcenie, po zakończeniu prac - porządkowanie terenu.” Z powyższego postanowienia PFU wynika także jednoznacznie, że jako zaplecze budowy Zamawiający rozumie bazy, warsztaty, magazyny, składowiska, place postojowe maszyn budowlanych, a nie miejsce zjazdu z drogi publicznej na drogę dojazdową do zaplecza budowy. Powoływanie się w tym zakresie przez Przystępującego na okoliczność, iż przy wyjazdach z budowy na drogę publiczną utwardzoną, należy zapewnić stanowiska do czyszczenia kół pojazdów (pkt 1.2.3.3 ppkt 1 lit d PFU), stanowi w ocenie Izby nadinterpretację, rozszerzającą pojęcie zaplecza budowy w stosunku do znaczenia, jakie nadał mu w PFU Zamawiający. Ponadto sama kwestia umiejscowienia stanowisk do czyszczenia kół pojazdów i wynikających z tego ewentualnych konsekwencji dla spełnienia wymogów PFU, w tym tych dotyczących ochrony środowiska, które akcentował Przystępujący, nie stanowiła podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający nie powoływał się na tę okoliczność w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Mając na uwadze powyższe, postępowanie odwoławcze nie dało podstaw do przyjęcia, że w odniesieniu do lokalizacji wjazdów/wyjazdów na plac budowy z dróg publicznych oferta Odwołującego miałaby być niezgodna z treścią SIWZ.

Niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ jednoznacznie można było stwierdzić wyłącznie w zakresie związanym z kwestią własności drewna pochodzącego z wycinki (pytanie nr 60). Odpowiedź udzielona przez Odwołującego wskazuje, że przyjął on wcześniej obowiązujące założenie o tym, że drewno pochodzące z wycinki będzie własnością Zamawiającego, a nie – jak wynika z aktualnie obowiązującej treści SIWZ – wykonawcy. Niemniej Izba wskazuje, że odrzucając ofertę wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp każdorazowo należy mieć na względzie czy nie aktualizuje się podstawa do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność oferty z treścią SIWZ stanowiąca podstawę do jej odrzucenia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, Zamawiający winien zatem rozważyć czy nie da się jej usunąć, a konkretnie czy poprawienie omyłki w ofercie Odwołującego w powyższym zakresie powodowałaby istotną zmianę treści tej oferty. Ani przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty, ani treść odpowiedzi na odwołanie nie dają podstaw do przyjęcia, że Zamawiający faktycznie przeanalizował kwestię możliwości usunięcia zaistniałej niezgodności oferty z treścią SIWZ i wpływu takiego działania na kwestię istotności zmiany oferty. Poza lakoniczną konstatacją, że „niezgodności tej nie można poprawić w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp” Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie żadnych szerszych wywodów.

W tym kontekście należy podkreślić, że omyłki, o których mowa w ww. przepisie, w przeciwieństwie do omyłek z pkt 1 i 2, nie muszą mieć oczywistego charakteru i mogą się ujawnić dopiero w wyniku udzielonych wyjaśnień. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 13 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1088/17, „skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy należy oceniać z uwzględnieniem informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień. Należy podkreślić, że z uwagi na „nieoczywisty” charakter „innych omyłek”, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wezwanie do wyjaśnień może służyć zarówno ustaleniu, czy i gdzie zostały one popełnione, a także czy i w jaki sposób mogą zostać poprawione.” Ponadto należy zauważyć, że pojęcie istotności zmiany treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia (por. m.in. J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 12, C.H. Beck 2020). Przy tym konsekwencje dokonanych w wyniku poprawienia zmian w ofercie należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, iż Zamawiający i Przystępujący w postępowaniu odwoławczym nie odparli twierdzeń Odwołującego wskazujących, że wyeliminowanie niezgodności oferty z treścią SIWZ w przedmiotowym przypadku nie będzie prowadziło do istotnej zmiany treści oferty. W szczególności Zamawiający i Przystępujący nie kwestionowali stanowiska Odwołującego, że te elementy realizacji zamówienia, które wiąży się z wycinką drzewostanu, a które należało uwzględnić w ofercie wraz z wynikającymi z tego tytułu kosztami (jak koszty wycinki, transportu, składowania drewna, etc.) zostały przez Odwołującego uwzględnione w ofercie i są ponoszone niezależnie od tego, kto będzie właścicielem drewna. Postawiona przez Zamawiającego teza, że Odwołujący nie uwzględnił w ofercie prac zgodnie z WWWiORB D-M-00.00.00 v01 pkt 2.7, tj. prac związanych z rozbiórką, transportem, unieszkodliwianiem bądź składowaniem materiałów, nie została w żaden sposób uprawdopodobniona. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie w ogóle nie odniósł się merytorycznie do argumentacji przedstawionej w odwołaniu, poprzestając na stwierdzeniu, że pomiędzy ofertą a treścią SIWZ zachodzi niezgodność i nie referując do charakteru tej niezgodności. W ocenie Izby sama okoliczność czyją własnością będzie drewno pochodzące z wycinki może nie mieć przełożenia na zakres oferowanego świadczenia i realizację przedmiotu zamówienia, pod warunkiem, że co innego nie wynika z treści SIWZ -niezależnie bowiem od tego czy właścicielem drewna pochodzącego z wycinki będzie wykonawca czy Zamawiający, to co do zasady drzewa i tak trzeba wyciąć, drewno oraz odpady przetransportować, a koszty z tym się wiążące ująć w ofercie. Przeciwnicy procesowi Odwołującego nie wykazali, aby z treści postanowień SIWZ wynikały istotne odmienności w obowiązkach wykonawcy w zależności od tego, jaki podmiot będzie właścicielem drewna pochodzącego z wycinki. Nie przedstawili oni także żadnych twierdzeń czy dowodów pozwalających zakwestionować wiarygodność stanowiska Odwołującego i uznać, że kwestia własności drewna miałaby mieć przełożenie na sposób realizacji zamówienia oraz znaczenie w kontekście kalkulacji ceny oferty. Nie podniesiono również argumentacji pozwalającej stwierdzić, że wyeliminowanie niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ prowadziłoby do zmiany zaoferowanego przedmiotu świadczenia tudzież innej istotnej zmiany treści oferty.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji nie było także podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89

ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający obie te podstawy odrzucenia opierał na tożsamych okolicznościach stanu faktycznego. Jednakże mając na uwadze, że potwierdziła się inna podstawa odrzucenia oferty Odwołującego (tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp), zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp nie mogą być uwzględnione jako niemające wpływu na wynik postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. *A contrario*, w sytuacji, gdy Izba stwierdzi, że uwzględnienie zarzutu nie wpłynie na wynik postępowania, zarzut podlega oddaleniu.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....