Sygn. akt: KIO 426/21

WYROK
z dnia 4 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Anna Packo

Aleksandra Patyk

Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 roku przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **KOLİN İnşaat, Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze, działającego przez ustanowiony w Polsce oddział przedsiębiorcy zagranicznego KOLİN İnşaat, Turizm Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy KOLİN İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketjako najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie ww. wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm).
2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**w części 4/5 oraz zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku** w części 1/5, i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez odwołującego **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.
3.2. zasądza od zamawiającego **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku** na rzecz odwołującego **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**kwotę **1 840 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset czterdzieści złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 426/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) - węzeł Boćki (z węzłem).* Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 150-366800.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) (zwanej dalej: „ustawą Pzp").

Natomiast do postępowania odwoławczego, mając na uwadze fakt, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 roku, to zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą nPzp").

W dniu 29 stycznia 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę KOLİN İnşaat, Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze,

działającego przez ustanowiony w Polsce oddział przedsiębiorcy zagranicznego KOLİN İnşaat, Turizm Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce (zwanego dalej: „wykonawcą KOLİN").

W dniu 8 lutego 2021 roku wykonawca - STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „odwołującym") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności podjętych przez zamawiającego oraz czynności przez niego zaniechanych, a polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy KOLİN oraz zaniechaniu wezwania tego wykonawcy do złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOLİN, pomimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ") w zakresie szczegółowo opisanym w uzasadnieniu odwołania;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KOLİN do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, względnie istotniej jej części w celu ustalenia, czy cena ta nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;
   ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 i 2 odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KOLİN, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOLİN, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę

   niezależnie od zarzutów wskazanych w pkt 1 – 4 odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
5. art. 87 ust. 1 in fine poprzez prowadzenie z wykonawcą KOLİN korespondencji dotyczącej wyjaśnień treści oferty, które doprowadziły do zmiany treści oferty tego wykonawcy;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, czego wyrazem było przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przywołanymi przepisami ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę KOLİN,
2. nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy KOLİN,
   ewentualnie:
3. nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy KOLİN do złożenia wyjaśnień, w celu wyjaśnienia czy oferta tego wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej,
   a w konsekwencji:
4. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów w postępowaniu, jak również z dokumentów złożonych przy odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

I. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z SIWZ – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że niezgodność oferty wykonawcy KOLİN z treścią SIWZ odnosi się do następujących elementów oferty:

A. <u>Rozwiązania budowlano konstrukcyjne, tj. minimalne wymagania materiałowe postawione przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia - klasa betonu do wykonania obiektów inżynierskich</u>.

Odwołujący podał, że zgodnie z Tomem III PFU strona 64 punkt 2.1.16.2.1*Rozwiązania budowlano-konstrukcyjne,* podpunkt b) minimalne wymagania w zakresie klas ekspozycji (ze względu na oddziaływanie środowiska), kapy i elementy gzymsowe zakwalifikowane są do klasy ekspozycji XC4, XD3, XF4.

Zgodnie natomiast z WWiORB M-13.01.00 Beton konstrukcyjny, elementy w klasie ekspozycji XD3 należy zaprojektować i wykonać w minimalnej klasie wytrzymałości betonu C35/45. Odwołujący dodał, że potwierdzeniem tych wymagań minimalnych są odpowiedzi zamawiającego udzielone na pytania nr 318 i 320 z dnia 7.09.2020 r. oraz 322 i 323 z dnia 11.09.2020 r.

Odwołujący wskazał, że wykonawca KOLİN udzielając odpowiedzi na pytanie nr 99 z dnia 14.10.2020 r. w ramach wyjaśnień treści oferty potwierdził, że zgodnie z wymaganiami normy EN 1992-2 2005 dla elementów betonowych narażonych bezpośrednio na działanie soli należy przyjmować klasę XD3 i XF2. Natomiast zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 13 z dnia 23.11.2020 r. wykonawca ten wskazał na planowane do wykorzystania przez niego klasy mieszanek betonowych, tj. beton w klasie C30/37, C20/25, C16/20 oraz C12/15. Dodatkowo, zamawiający pytaniem nr 7 z dnia 4.12.2020 r. zwrócił się do wykonawcy KOLİN o sprecyzowanie, na jaki asortyment zamierza wykorzystać podane ilości mieszanek betonowych. Wykonawca zaś wskazał, iż podane ilości są przeznaczone do wykorzystania na potrzeby realizacji obiektów mostowych i przepustów.

Zdaniem odwołującego, wykonawca KOLİN nie założył w swojej ofercie wykonania elementów obiektów inżynierskich i przepustów z betonu w klasie C35/45, a zamawiający wymagał, aby kapy chodnikowe i elementy gzymsowe w klasie ekspozycji XD3 (elementy narażone na działanie środków odladzających - korozja wywołana chlorkami nie pochodzącymi z wody morskiej) były wykonane z betonu o minimalnej klasie wytrzymałości C35/45 ze względu na zapewnienie trwałości obiektów inżynierskich. Tym samym oferta wykonawcy KOLİN nie odpowiada wymogom SIWZ i stanowiącej jej doprecyzowanie pozostałej dokumentacji przetargowej, w tym PFU.

B. <u>Podbudowa zasadnicza na dodatkowych jedniach.</u>

Odwołujący podał, że zgodnie z Tomem III PFU strona 52 pkt 2.1.5.1*Konstrukcja nawierzchni podatnych* konstrukcje nawierzchni podatnych innych dróg z wyłączeniem trasy głównej należy wykonać zgodnie z kategorią poszczególnych dróg podanych w PFU oraz rozwiązaniami przestawionymi w Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca KOLİN w odpowiedzi z dnia 23.11.2020 r. na pytanie nr 23 wskazał, że jego oferta zakłada konstrukcję nawierzchni niezgodną z konstrukcją wymaganą przez zamawiającego postanowieniami SIWZ – PFU, ponieważ założył dla podbudowy zasadniczej 20 cm mieszanki związanej cementem C50/30 lub 20 cm destruktu asfaltowego 0/31,5, podczas gdy zamawiający wymagał dla tej warstwy zastosowania 20 cm mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 lub 22 cm mieszanki niezwiązanej z kruszywem C50/30. Zgodnie zaś z opisem przedmiotu zamówienia (SIWZ - PFU) zamawiający wymagał, by podbudowa zasadnicza była wykonana z mieszanki niezwiązanej (zgodnie z tabelą 9.1 i 9.2 KTKNPiP) o określonych grubościach dla odpowiedniego stopnia przekruszenia. Wykonawca KOLİN w ogóle nie zastosował mieszanki niezwiązanej.

C. System odwodnienia.

Odwołujący podał, że zgodnie z Tomem III PFU strona 58 pkt 2.1.14.*Zbiorniki retencyjne i retencyjno-infiltracyjne* wszystkie zbiorniki służące odwodnieniu drogi ekspresowej należy zaprojektować i wykonać w sposób zapewniający ich właściwe działanie. Ilość zbiorników, pole powierzchni, głębokość oraz pozostałe parametry, rodzaj konstrukcji, usytuowanie oraz zapewnienie dojazdu do zbiorników należy odpowiednio dobrać i dostosować do rozwiązań przyjętych w Projekcie Budowlanym i Projekcie Wykonawczym, uwzględniając wymagania decyzji środowiskowej oraz raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko. W zbiornikach należy zaprojektować i wykonać przelewy awaryjne umożliwiające przepływ nadmiaru wód opadowych.

Jednocześnie odwołujący powołał się na odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 724 z dnia 14.09.2020 r., w której zamawiający wskazał, iż nie dopuszcza, by rowy bezodpływowe pełniły rolę zbiorników retencyjnych.

Tymczasem, zgodnie z odpowiedzią A41 z dnia 23.11.2020 r. wykonawca KOLİN zaprojektował przelewy awaryjne do odbiorników, jakimi są inne zbiorniki lub rowy – co w przypadku odbiornika w postaci rowu jest niezgodne z SIWZ – PFU.

D. Nieuwzględnienie w cenie oferty pełnych kosztów wykonania wytworzenia mieszanek mineralno - asfaltowych (MMA).

Odwołujący w ramach zarzutu wskazał, że zgodnie z pkt 15 SIWZ Tomu I IDW*Opis sposobu obliczenia ceny oferty*, pkt 15.3 wykonawca obliczając cenę oferty zobowiązany był uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w Tomie IV SIWZ -*Wykaz Płatności*. Jednocześnie zgodnie z pkt 15.3 zobowiązany był obliczając cenę oferty uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam opisane pozycje.

Zgodnie z *Opisem sposobu obliczenie ceny oferty* zawartym w Tomie IV SIWZ -*Wykaz Płatności*cena oferty określa całkowitą cenę, za którą wykonawca zgodnie z Kontraktem wykona przedmiot zamówienia obejmujący rezultaty rzeczowe określone w PFU wraz z załącznikami:*„W Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia, to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki zgodnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy.".*

Z kolei w pkt 5.5. SIWZ IDW zamawiający zawarł wymóg dotyczący kluczowych części zamówienia przeznaczanych do osobistego wykonania, w tym zastrzegł obowiązek wytworzenia co najmniej 80% ilości mieszanek MMA.

Odwołujący podkreślił, że w zakresie powyższego wymogu wykonawca KOLİN wskazał, iż będzie dysponował własną wytwórnią MMA i zwrócił uwagę na odpowiedź A43 z dnia 30.10.2020 r. ww. wykonawcy, iż założył on, że wytwórnia MMA będzie produkować mieszanki asfaltowe na potrzeby realizacji zamówienia dotyczącego odcinka Hańcki - Bielsk Podlaski, jak również odcinka będącego przedmiotem niniejszego postępowania, tj. Bielsk Podlaski – Boćki. Także z odpowiedzi z 23.11.2020 r. na pytanie nr 4 wynika, iż wykonawca ten założył produkcję mieszanek dla dwóch niezależnych zadań, co potwierdził następnie w odpowiedzi z dnia 11.12.2020 r. udzielonej na pytanie zamawiającego Q1.

Odwołujący podniósł, że wykonawca KOLİN był kilkukrotnie pytany przez zamawiającego w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, m.in. odnośnie dysponowania, mobilizacji i sposobu kalkulacji wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych (MMA), wytwórni betonu. W odpowiedzi z dnia 23.11.2020 r. na pytanie Q4 wskazał, że w przypadku nieotrzymania zamówienia na odcinek S19 Hańcki - Bielsk Podlaski Zachód będzie musiał zmodyfikować strategię realizacji zamówienia. W odpowiedzi tej wykonawca potwierdził, że skalkulował wytwórnię betonu, wytwórnię MMA oraz zaplecze budowy dla obydwu odcinków.

W ocenie odwołującego powyższy sposób obliczenia ceny oferty jest niezgodny z wymogami SIWZ, albowiem wykonawca w sposób nieuprawniony skalkulował koszty wytwórni betonu oraz MMA i zaplecza budowy dzieląc je pomiędzy dwa zadania stanowiące odrębne zamówienia. Oferta w tym zakresie, oprócz zarzucanej niezgodności z SIWZ jest, zdaniem odwołującego, nieporównywalna z ofertami pozostałych wykonawców, albowiem nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

II. Zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny – art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Powyższy zarzut odwołujący sformułował w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący podnosił, że niezgodności opisane w pkt A – D dają podstawy odrzucenia oferty wykonawcy KOLİN jako oferty niezgodnej z SIWZ, jednocześnie też w powyższym zakresie, w szczególności w odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt D - nieuwzględnienia w cenie oferty kosztów wykonania nawierzchni MMA i zapewnienia wytwórni MMA - zasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Według odwołującego, cena oferty wykonawcy KOLİN zawiera błędy w obliczeniu ceny, albowiem nie uwzględnia wymogów SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty, w szczególności Tomu IV SIWZ.

III. Zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy KOLİN do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wobec zaistnienia przesłanek z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ramach powyższego zarzutu odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, że złożona przez wykonawcę KOLİN oferta zawiera rażąco niską cenę, w szczególności w zakresie jej istotnej części składowej, tj. w zakresie kosztów wytworzenia nawierzchni bitumicznej, w tym zapewnienia wytwórni MMA na potrzeby wykonania nawierzchni.

Następnie odwołujący podnosił, że ww. wykonawca zaoferował realizację zamówienia za kwotę 254.739.150,00 zł (brutto), co stanowi 71,89% kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Oferta wykonawcy KOLİN jest niższa o niemal 100.000.000,00 zł od kwoty, jaką zamawiający przewidział na realizację zamówienia, a jednocześnie o 55.000.000,00 zł niższa od oferty odwołującego. Ponadto, ofertę tą dzieli średnio 70.000.000,00 zł różnicy od ofert pozostałych wykonawców, a co za tym idzie budzi ona wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ. Dodatkowo, odwołujący wskazał, iż cena tej oferty minimalnie odbiega od ustawowego progu obligatoryjnego wezwania do udzielenia wyjaśnień, tj. stanowi ona 71,89 % wartości zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż w realiach niniejszego postępowania, niezależnie od wskazanej wyżej różnicy w stosunku do wartości zamówienia oraz wartości innych ofert, udzielone przez wykonawcę KOLİN wyjaśnienia z 30.10.2020 r., 23.11.2020 r. oraz 11.12.2020 r. czynią zasadnym zarzut rażąco niskiej ceny oferty. W szczególności za rażąco niską uznać należałoby składową ceny odnoszącą się do kosztów wytworzenia nawierzchni bitumicznej, w tym kosztów zapewnienia wytwórni MMA.

W ocenie odwołującego, cena oferty ww. wykonawcy spełnia kryteria uznania jej za cenę rażąco niską. Wykonawca KOLİN jak sam przyznał w złożonych wyjaśnieniach, m.in. w odpowiedzi na pytanie A15 z dnia 11.12.2020 r. nie prowadzi działalności w Polsce. Wykonawca ten ujawnił m.in. w odpowiedzi na pytanie A26 z dnia 11.12.2020 r., że nie ma doświadczenia w mobilizacji sprzętu na terytorium UE. W odpowiedziach na pytania A16, A17, A48 z dnia 23.11.2020 r. przyznał również, że nie posiada żadnego sprzętu na terytorium Polski oraz nie posiada żadnych podpisanych umów ramowych, wstępnych i porozumień z kopalniami. Tym samym wykonawca ten nie jest w stanie realnie uzyskać ponadprzeciętnych rabatów na dostawy materiałów czy kruszyw. W toku wyjaśnień nie zasygnalizował nawet oryginalności projektu czy rozwiązań technicznych, które pozwoliłyby mu na realizację zamówienia w sposób ponadprzeciętnie oszczędny. Nie ma zapewnionego potencjału kadrowego, w szczególności w zakresie pracowników fizycznych, których zamierza sprawdzić z Turcji.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, iż przedmiot zamówienia i wymagania SIWZ, pomimo charakteru zadania (projektuj i buduj), narzucały wykonawcom szereg ograniczeń powodując, że optymalizacja zakresu robót była w znacznej mierze ograniczona. Doświadczeni wykonawcy zobowiązani byli zastosować podobne rozwiązania dla kluczowych (kosztotwórczych) zakresów zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż wykonawcom nie jest znana różnica na poszczególnych asortymentach robót, niemniej sam fakt wyceny robót budowlanych taniej o ponad 55 mln zł od oferty odwołującego budzi uzasadnione obawy co do jej realności. Oferty doświadczonych w kontraktach „projektuj i buduj" oraz działających od wielu lat na polskim rynku firm, tj. STRABAG Sp. z o.o., POL-AQUA Sp. z o.o., Mostostal Warszawa S.A., Budimex S.A., zostały wycenione w bardz zbliżony sposób - różnica cen ofert wymienionych wykonawców to jedynie 2,5%. Biorąc pod uwagę fakt zbliżonych marż, znajomość rynku, aktualne doświadczenia z realizacji dla zamawiającego kontraktów w formule „projektuj i buduj" wskazują, że to właśnie te oferty skalkulowane były w sposób prawidłowy z uwzględnieniem wszystkich wymagań zamawiającego.

Odwołujący wskazał także, iż struktura kosztów produkcji budowlano-montażowej w układzie kalkulacyjnym w jednostkach budowlanych wg danych Głównego Urzędu Statystycznego (GUS) w roku 2019 w ujęciu procentowym dla ogółu 100% kosztów plasowała się na następującym poziomie:
- roboty związane z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej: materiały bezpośrednie: 47,7%, koszty zakupu: 2,6%, płace bezpośrednie 12,2%, sprzęt i transport technologiczny: 10,5%, pozostałe koszty bezpośrednie: 8,2%, koszty ogólne budowy: 12,1% , koszty zarządu: 6,1%, koszty nieprodukcyjne: 0,6%.

Zdaniem odwołującego, w świetle złożonych w toku badania oferty wyjaśnień wykonawcy KOLİN zasadne jest dokonanie analizy ceny oferty tego wykonawcy w oparciu o powyższe dane wskaźnikowe. Prowadzi ona do wniosku, że oferta ta nie przewiduje jakiekolwiek zysku, jest poniżej kosztów wytworzenia i świadczenia usług. Tym samym zaoferowana cena jest rażąco niska.

W ocenie odwołującego, dbałość o zapewnienie zasad uczciwej konkurencji i wątpliwości jakie rodzą odpowiedzi na pytania udzielone przez wykonawcę KOLİN w toku badania oferty obligowały zamawiającego do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, biorąc pod uwagę wyjaśnienia tego wykonawcy, w szczególności fakt nieuwzględnienia w cenie oferty wszystkich kosztów wykonania zamówienia, zamawiający winien był wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

IV. Zarzut dotyczący zmiany treści oferty - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp in fine.

Odwołujący podnosił, że udzielając odpowiedzi dotyczących kalkulacji kosztów wytwórni betonu i MMA w dwóch różnych ofertach przetargowych, wykonawca KOLİN przyznał, że będzie musiał zmienić strategię w przypadku braku pozyskania zamówienia na drugi z odcinków. W odpowiedzi A4 z dnia 23.11.2020 r. wskazał, że będzie musiał zmodyfikować strategię, następnie w odpowiedzi A29 z dnia 11.12.2020 r. wskazał, że uwzględnił ewentualność nie otrzymania zamówienia na wcześniejszy odcinek. Początkowo więc wykonawca KOLİN zakładał podział kosztów wytwórni betonu, MMA i zaplecza budowy pomiędzy dwa zadania, po czym w toku udzielanych wyjaśnień przyznał, że zmuszony jest strategię tę zmienić, co stanowi nieuprawnioną zmianę oferty tego wykonawcy.

Odnosząc się przy tym do zarzutu rażąco niskiej ceny w części dotyczącej zapewnienia wytwórni MMA, odwołujący dodatkowo zauważył, iż sam proces wybudowania oraz mobilizacji wytwórni MMA, jest procesem długotrwałym zarówno pod względem procedur administracyjnych, jak i kosztów z nimi związanych. Zdaniem odwołującego, okoliczność ta budzi kolejne wątpliwości co do oceny, czy wykonawca przygotowując swoją ofertę dostosował się do wymagań zamawiającego, zarówno w aspekcie przedmiotu świadczenia, jak i obliczenia ceny oferty.

Dalej, odwołujący wskazał, iż wykonawca KOLİN wyjaśniał, że zamierza pokryć stratę zapewnienia wytwórni MMA

z założonego zysku. W tym zakresie zasadnym jest zarzut zmiany kalkulacji ceny oferty już po jej złożeniu, a jednocześnie w sposób nierealny, nieuwzględniający możliwości wykonania zamówienia wg wymagań zamawiającego. Odwołujący podnosił, że zgodnie ze Szczegółowymi Warunkami Kontraktu (SWK), zysk wykonawcy w przypadku wystąpienia okoliczności wymienionych między innymi w Subklauzuli 1.9, 2.1, 7.4 wynosi średnio 3% i został ustalony przez zamawiającego na bazie średnich wskaźników zysków publikowanych w biuletynie SEKOCENBUD.Wartość oferty ww. wykonawcy przy założeniu 3 % zysku wynosi netto 207.105.000,00 zł, z czego potencjalny zysk zgodnie z SWK wyniósłby 6.032.184,47 zł. Przy kalkulacji kosztów stałych utrzymania wytwórni MMA przedstawionej przez odwołującego, cały zysk założony w ofercie przypadłby na pokrycie kosztów wytwórni MMA.

V. Zarzut dotyczący złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozmienianiu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, w konsekwencji przyjętych założeń stwierdzić należy, że cena oferty wykonawcy KOLİN zakłada realizację zamówienia w zakresie produkcji MMA poniżej kosztów wytworzenia i świadczenia, co powoduje eliminację pozostałych wykonawców, którzy kalkulują swoje oferty zgodnie z wymogami SIWZ oraz z uwzględnieniem kosztów świadczenia. Tym samym, za zasadny uznać należy zarzut oferowania usług w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom. Cena ta stanowi cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie jest ceną, o której mowa w art. 3. ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10.11.2020 r., sygn. akt: KIO 2680/20, zgodnie z którym złożenie oferty, zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 9 lutego 2021 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 10 lutego 2021 roku wykonawca KOLİN (zwany dalej także: „przystępującym"),zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawcy wobec spełnienia wymogów określonych w art. 525 ust. 1 i 2 nPzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestnika tego postępowania.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 1 marca 2021 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (w formie pisemnej), w której wnosił o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 1 marca 2021 roku z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ"), protokołu postępowania, informacji z otwarcia ofert, oferty wykonawcy KOLİN, wezwań do złożenia wyjaśnień kierowanych przez zamawiającego do wykonawcy KOLİN oraz odpowiedzi na te wezwania, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, a także z dokumentów złożonych przez odwołującego.

Izba wzięła pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 1 marca 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z punktem 5.1. Tomu 1 SIWZ Rozdział 1 – Instrukcja dla Wykonawców – przedmiotem zamówienia jest: *„Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) – węzeł Boćki (z węzłem).*

Zamówienie polega na wykonaniu prac projektowych, wykonaniu robót budowlanych w zakresie: drogi ekspresowej, przebudowy dróg kolidujących z planowaną drogą ekspresową, budowie dodatkowych jezdni, wykonaniu utwardzenia terenu na potrzeby utrzymania, wzmocnienia podłoża gruntowego, obiektów inżynierskich, przepustów, chodników, systemu odwodnienia korpusu drogowego, sieci melioracyjnej, drenażu melioracyjnego, istniejących cieków, urządzeń ochrony środowiska, infrastruktury związanej i niezwiązanej z drogą, oświetlenia drogowego, ogrodzenia drogi, robót rozbiórkowych, wycinki drzew, nasadzeń zieleni oraz przygotowaniu dokumentacji i uzyskaniu wymaganych decyzji, pozwalających na prawidłowe użytkowanie drogi.".

Kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota 354.333.283,57 zł.

Cena brutto oferty wykonawcy KOLİN opiewa na kwotę: 254.739.150,00 zł brutto.Cena brutto oferty kolejnej

według wartości (oferty odwołującego) to kwota: 309.350.184,13 zł brutto.

Kolejne oferty opiewały na kwoty:
- 311.498.767,31 zł brutto;
- 311.615.311,04 zł brutto;
- 317.255.171,82 zł brutto;
- 337.931.230,74 zł brutto;
- 351.634.393,01 zł brutto;
- 355.955.557,60 zł brutto;
- 381.300.000,00 zł brutto.

W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 9 ofert. Oferty 4 wykonawców zostały odrzucone na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawcy ci nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W punkcie 15 Tomu I SIWZ Rozdział 1 –*Instrukcja dla Wykonawców (IDW) Opis sposobu obliczenia ceny*– zamawiający wskazał:
„15.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SIWZ - Tom IV.
15.2. Wykonawca obliczając Cenę Oferty musi uwzględnić Opis Sposobu Obliczenia Ceny zawarty w Tomie IV SIWZ - Wykaz Płatności.
15.3. Wykonawca obliczając Cenę Oferty musi uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Wykazu Płatności. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę Cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 87 ustawy Pzp.(…)
15.8. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-V niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.”.

W Tomie III SIWZ w *Programie Funkcjonalno-Użytkowym* zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

„2.1.5.1. Konstrukcja nawierzchni podatnych
Konstrukcje nawierzchni podatnych innych dróg z wyłączeniem trasy głównej należy wykonać zgodnie z kategorią poszczególnych dróg podanych w niniejszym PFU oraz rozwiązaniami przestawionymi w Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych dla określonej kategorii ruchu stanowiącym załącznik do Zarządzenia nr 31 z 2014 r. Generalnego Dyrektora DKiA (…)
Dodatkowe jezdnie kategorii D wykonać o nawierzchni podwójnie powierzchniowo utrwalonej, wymagania jak dla utwardzenia terenu na potrzeby utrzymania, określone w pkt. 1.1.3.1. oraz wymagania jak dla podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej określone w tabeli 9.1 i 9.2 Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych.”.
„2.1.14 Zbiorniki retencyjne i retencyjno-infiltracyjne
Wszystkie zbiorniki służące odwodnieniu drogi ekspresowej należy zaprojektować i wykonać w sposób zapewniający ich właściwe działanie.(…)
W zbiornikach należy zaprojektować i wykonać przelewy awaryjne umożliwiające przepływ nadmiaru wód opadowych.”.
„2.1.16.2.1 Rozwiązania budowlano-konstrukcyjne
b) Zastosowany beton powinien spełniać:
- *wymagania zawarte w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie [4],*
- *wymagania zawarte we wzorcowym dokumencie WWiORB M-13.01.00 „Beton Konstrukcyjny w drogowych obiektach inżynierskich”,*
- *minimalne wymagania w zakresie następujących klas ekspozycji:*

Kapy i elementy gzymsowe XC4,XD3,XF4”.

W dniu 29 stycznia 2021 roku zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę KOLİN.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie należało częściowo uwzględnić.

Jak na wstępie uzasadnienia niniejszego wyroku Izba wskazała, do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej: „ustawą Pzp”).

Natomiast do postępowania odwoławczego znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej: „ustawą nPzp”).

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania Izba wskazuje, co następuje.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KOLİN do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, względnie istotniej jej części, w celu ustalenia, czy cena ta nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut oznaczony nr 2 w *petitum* odwołania).

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny w celu ustalenia, czy cena ta nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp:
1. Jeżeli zaoferowana 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
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.
1a. 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.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
3. 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.

Natomiast stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zauważa, że nie zostały wypełnione przesłanki do obligatoryjnego wezwania wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, co też nie było przedmiotem zarzutu odwołującego.

Jednakże, Izba uznała, że odwołujący wykazał, iż w niniejszej sprawie wystąpiły okoliczności, obligujące zamawiającego do wezwania wykonawcy KOLİN oudzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, okoliczności tej sprawy wskazują, że zaoferowana przez ww. wykonawcę cena powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego. Tym samym, nieuprawnione jest zaniechanie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty lub kosztu, nawet jeśli nie zostają spełnione przesłanki, określone w przepisie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Cena oferty wykonawcy KOLİN (254.739.150,00 zł brutto) stanowi 71,89 % kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia (jest o ponad 100 mln. zł niższa od tej wartości), a jednocześnie o 55 mln. niższa od ceny kolejnej oferty (odwołującego - 309.350.184,13 zł brutto). Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert to kwota 325.697.751,74 zł brutto. A zatem, wartość oferty wykonawcy KOLİN odbiega od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych o ok. 70 mln zł. Nadmienić należy, że już pomiędzy kolejnymi ofertami tak znaczące różnice nie występują, gdyż ceny ofert kształtowały się w następujący sposób: 2 oferty po 311 mln zł, kolejna 317 mln zł, 337 mln zł, 351 mln zł i najdroższa – 381 mln zł.

Tak ogromna dysproporcja cenowa w stosunku do kolejnej oferty w rankingu, gdy takie dysproporcje już pomiędzy kolejnymi ofertami nie występują, jak i w stosunku do wartości jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ok. 28% różnicy), gdy nie wynika z jakichś oczywistych względów, już sama przez się powinna wzbudzić wątpliwości u zamawiającego, które następnie powinny zostać wyjaśnione w toku odpowiedniej procedury, przewidzianej przepisami ustawy Pzp. Powstaje bowiem pytanie, czy wykonawca w istocie ujął w kalkulacji ceny oferty wszystkie koszty związane z przedmiotem zamówienia, a także czy uwzględnił zysk.

Ponadto, okoliczności przedmiotowej sprawy wskazują, że istnieją dodatkowe okoliczności, które wskazywałyby na konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśnień w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a które tym bardziej zwiększają wątpliwości wynikające z przyczyn, o których była mowa powyżej.

Należy bowiem zwrócić uwagę, na co zasadnie wskazywał odwołujący i w odwołaniu, jak i w toku rozprawy, iż wykonawca KOLİN nie prowadzi działalności w Polsce. Zamawiający wyjaśniał w toku rozprawy, że wykonawca ten „dopiero wchodzi na polski rynek". Potwierdzają to zresztą odpowiedzi na pytania zamawiającego, złożone przez tego wykonawcę w toku wyjaśnień. Mianowicie, choćby odpowiedź A15 z dnia 11 grudnia 2020 roku (powołana przez odwołującego), w której przystępujący wskazał m.in., że: *„Na dzień dzisiejszy osoby wskazane w tabeli nie wykonują na rzecz Wykonawcy prac budowlanych w Polsce, ponieważ sam Wykonawca takich prac jeszcze nie prowadzi (…) Działalność w zakresie prowadzenia prac budowlanych nie została jeszcze rozpoczęta".* W odpowiedzi A26 z tej samej daty przystępujący wyjaśniał, że: *„Wykonawca nie ma bezpośredniego doświadczenia w mobilizacji i transporcie sprzętu na terytorium Unii Europejskiej",* przy czym w dalszej części powoływał się m.in. na doświadczenie w tym zakresie w innych regionach Europy i poza Europą, jak i współpracę z firmą transportową realizującą transport Polska – Turcja. Także odpowiedź A17 z dnia 23 listopada 2020 roku wskazuje na brak odpowiedniego zaplecza w Polsce do realizacji zamówienia: *„Należący do Wykonawcy sprzęt budowlany, który ma zostać wykorzystany do realizacji umowy z Zamawiającym, nie został jeszcze sprowadzony do Polski z Turcji. Mobilizacja tego sprzętu, podobnie jak przedstawionych Zamawiającemu materiałów niezbędnych do zorganizowania zaplecza budowy, nastąpi niezwłocznie po zawarciu umowy z Zamawiającym i z odpowiednim wyprzedzeniem".*

Powstaje zatem pytanie, czy cena skalkulowana przez przystępującego jest wiarygodna i rzeczywista, i czy uwzględnia wszystkie koszty związane z mobilizacją sprzętu budowlanego, materiałów, czy kadry, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, a także czy wykonawca ten ma możliwość realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. W kontekście przywołanych wyjaśnień wykonawcy KOLİN, słuszny wydaje się argument

odwołującego, poddający w wątpliwość, możliwość uzyskania ponadprzeciętnych rabatów na dostawy materiałów czy kruszyw. Także podnoszona przez odwołującego na rozprawie argumentacja związana z brakiem odpowiedniego zaplecza szeroko rozumianego (tj. sprzętowego, materiałowego, osobowego), jak i brakiem doświadczenia w zakresie realizacji tego typu zamówień, na terytorium Polski, wydaje się potwierdzać zaistniałe wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przy tak korzystnej cenie. Powstaje m.in. pytanie o koszty transportu sprzętu i kadry, jak i ich utrzymania w Polsce.

Dodatkowo, odwołujący wskazywał, na ograniczone możliwości optymalizacji zakresu robót, pomimo charakteru zadania realizowanego w formule: „projektuj i buduj", z uwagi na szereg ograniczeń wynikających z wymagań, określonych w treści SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, że cena oferty wykonawcy KOLİN, znacząco odbiegająca zarówno od cen wszystkich pozostałych ofert, jak i od wartości, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, winna podlegać wyjaśnieniu.

Kolejną okolicznością przesądzającą o konieczności zastosowania procedury wezwania do wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest kwestia kosztów wytworzenia nawierzchni bitumicznej Trasy Głównej, w tym kosztów zapewnienia Wytwórni Mas Asfaltowych, w kontekście udzielonych przez wykonawcę KOLİN wyjaśnień treści oferty. I tak, w odpowiedzi A43 z dnia 30.10.2020 roku przystępujący wyjaśniał, że: „*Wytwórnia będzie produkować mieszanki asfaltowe na potrzeby realizacji zarówno odcinka Hańki-Bielsk Podlaski jak również Bielsk Podlaski –Boćki".* W kolejnych wyjaśnieniach z dnia 23 listopada 2020 roku w odpowiedzi A4 wskazywał co następuje: „*Odnośnie odpowiedzi wykonawcy A11, na pytania Zamawiającego z 14.10.2020 Wykonawca, mając świadomość, że jego oferta na odcinek Hańki – Bielsk Podlaski Zachód ma szansę być uznana za najkorzystniejszą, o czym dowiedział się w dniu otwarcia ofert, składając kilka dni później ofertę na odcinek Bielsk Podlaski Zachód – Boćki już planował realizację obu projektów jednocześnie. W oparciu o jednoczesną realizację Wykonawca rozważał zaoszczędzenie części kosztów na etapie przygotowania oferty, wynikające z synergii realizacji 2 odcinków jednocześnie. Chociażby możliwość użycia tej samej wytwórni betonu i wytwórni mieszanek betonowych, jest jednym z elementów pozwalających na obniżenie kosztów, ponadto dłuższe fronty robót oraz możliwość elastyczniejszego zarządzania personelem fizycznym itd. Pragniemy podkreślić, że Wykonawca przyjął strategię równoczesnej realizacji dwóch odcinków razem tylko dla odcinka Bielsk Podlaski Zachód – Boćki (…)".*

Z kolei w odpowiedzi A1 z dnia 11 grudnia 2020 roku wykonawca KOLİN stwierdził, iż: *„analiza kosztów dla O.BI.D-3.2410.8.2020 opiera się na wspólnej realizacji dwóch projektów. Mimo to jesteśmy w stanie zrealizować wyłącznie projekt objęty postępowaniem nr O.BI.D-3.2410.8.2020, jednak kosztem części naszego zysku.".*

Z powyżej przytoczonych wyjaśnień wykonawcy KOLİN wynika, że przy kalkulacji ceny oferty, zakładał możliwość obniżenia kosztów wytwórni mieszanek asfaltowych i wytwórni betonu, wynikających z synergii realizacji 2 odcinków drogi S19 jednocześnie, tj. na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) – węzeł Boćki (z węzłem), stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania, a także na odcinku Hańki – Bielsk Podlaski Zachód (realizowanego w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Wobec powyższego, w szczególności wobec twierdzeń o możliwości pokrycia tych kosztów z kalkulowanego zysku wykonawcy na niniejszym zadaniu, konieczne staje się wyjaśnienie także kwestii sposobu kalkulacji kosztów w zakresie wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych i wytwórni betonu, tj. czy wykonawca uwzględnił wszystkie koszty w tym zakresie niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia.

Należy też zwrócić uwagę, co podkreślał odwołujący, składając odpowiednie zestawienie cen ofert złożonych w postępowaniu na realizację zadania dotyczącego zaprojektowania i wybudowania drogi S19 na odcinku Hańki – Bielsk Podlaski Zachód, że w tamtejszym postępowaniu, aż tak znacząca różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy KOLİN, a kolejnymi ofertami już nie występowała.

Dodatkowo wskazać należy, że Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż w sposób szczegółowy zbadał ofertę złożoną przez wykonawcę KOLİN, wyjaśniając wszystkie niezbędne jej elementy. W ocenie Izby nie zostało przeprowadzone kompleksowe badanie i ocena czy oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zważyć należy, że kolejne wezwania (z października, listopada i grudnia 2020 r.) były kierowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i dotyczyły wyjaśnień treści oferty. Zawierały one poszczególne pytania, dotyczące uwzględnienia kosztów, jednak były one kierowane w innym trybie, a także stanowiły jedynie pewien wycinek koniecznego badania w zakresie prawidłowości wyliczenia ceny oferty.

Wobec powyższego Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawcy KOLİN do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, czego wyrazem było przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, i w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przywołanymi przepisami ustawy Pzp (oznaczony nr 6 w *petitum* odwołania).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp:
1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W konsekwencji stwierdzenia naruszenia, o którym mowa w pkt I niniejszego uzasadnienia, Izba uznała, że potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Pozostałe zarzuty odwołania w ocenie Izby nie potwierdziły się z następujących względów.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOLİN, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę (zarzut oznaczony nr 4 w *petitum* odwołania).

Powyższy zarzut był podnoszony przez odwołującego, jako zarzut ewentualny.

W związku z tym, że Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zarzut należy uznać za przedwczesny.

IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOLİN, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie szczegółowo opisanym w uzasadnieniu odwołania (zarzut oznaczony nr 1 w *petitum* odwołania).

Zarzut podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Na wstępie należy podkreślić, na co wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że treść oferty danego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, w tym co do sposobu realizacji zamówienia. Odrzucenie oferty w oparciu o powołany powyżej przepis może nastąpić tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy niezgodność z treścią SIWZ jest oczywista i niewątpliwa (por. wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Dodatkowo wskazać także należy, że treść oświadczenia woli wykonawcy należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się w złożeniu oferty i realizacji zamówienia na warunkach zgodnych z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, że treść oferty wykonawcy KOLİN nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności nie wykazał, że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzają w sposób jednoznaczny, iż będzie on realizował zamówienie w sposób sprzeczny z treścią SIWZ, w tym z wymaganiami określonymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym.

Odnośnie poszczególnych aspektów podnoszonych w ramach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, co następuje:

A.w zakresie rozwiązań budowlano – konstrukcyjnych

Odwołujący podnosił, że wykonawca KOLİN nie założył w swojej ofercie wykonania elementów obiektów inżynierskich i przepustów z betonu w klasie C35/45, co jest niezgodne z punktem 2.1.16.2.1. podpunkt b) Tomu III SIWZ – Program Funkcjonalno-Użytkowy, gdzie zamawiający określił minimalne wymagania w zakresie klas ekspozycji betonu zastosowanego do kap i elementów gzymsowych, tj. klasy XC4, XD3, XF4, przy czym elementy w klasie ekspozycji XD3 należy zaprojektować i wykonać w minimalnej klasie wytrzymałości betonu C35/45 (zgodnie z WWiORB M-13.01.00).

Odwołujący swoje twierdzenia opierał w głównej mierze na odpowiedzi wykonawcy A13 z dnia 23 listopada 2020 r., w ramach której wykonawca podał zestawienie ilości mieszanek betonowych, wskazując na klasy betonu: C30/37, C20/25, C16/20, C12/15, a nie ujął klasy betonu C35/45. Dodatkowo, w odpowiedzi A7 z dnia 11 grudnia 2020 r. potwierdził, że podane ilości mieszanek betonowych są przeznaczone do wykorzystania na potrzeby realizacji obiektów mostowych i przepustów.

Zdaniem Izby, odwołujący wyciągnął z udzielonych przez wykonawcę KOLİN odpowiedzi daleko idące wnioski, że nie zamierza on użyć do wykonania kap i elementów gzymsowych betonu w klasie C35/45. Przytoczone powyższej odpowiedzi na pytania zamawiającego nie potwierdzają tej tezy z następujących względów.

Izba za zamawiającym zauważa, że odpowiedź A13 z dnia 23 listopada 2020 roku padła w określonym kontekście, a mianowicie konkretnego pytania zamawiającego, odnoszącego się w swojej treści do wcześniej udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi A25 z dnia 30 października 2020 roku, w ramach której wykonawca ten przedłożył również zestawienie ofert na dostawy kruszyw łamanych żwirowych i piasków. Pytanie to miało następującą treść: „*W związku z odpowiedzią na pytanie Zamawiającego nr 25 i załączonego Aneksu A25 zwracamy się o doprecyzowanie na które warstwy zostanie użyty piasek na nasypy i w jakich ilościach. Ponadto zwracamy się o przekazanie tabelarycznego zestawienia materiałów, które Wykonawca planuje wykorzystać do budowy nasypów i wymiany gruntów, a także kruszyw do mieszanek min-bit, podbudów oraz betonów z podaniem nazwy kopalni, odległości od kopalni do budowy, zastosowania materiału oraz dostępnej ilości. Dodatkowo zwracamy się o przekazanie Deklaracji właściwości użytkowych dla przedstawionych materiałów oraz aktualnych koncesji kopalni na deklarowane ilości materiałów*”.

Słusznie wskazywał zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie, że odpowiedź na to pytanie należy rozpatrywać w powiązaniu z treścią samego pytania, a nie w oderwaniu od niego. Zamawiający nie zobowiązał wykonawcy do wskazania klas betonu jakie zamierza wyłącznie wykorzystać przy realizacji zadania, ale *„na które warstwy zostanie użyty piasek na nasypy i w jakich ilościach”.* Izba podziela wnioski zamawiającego, że udzielając odpowiedzi A13 z dnia 23 listopada 2020 roku, wykonawca KOLİN nie wskazał, że:
- nie użyje do wykonania kap chodnikowych i elementów gzymsowych betonu klasy C35/45;
- użyje do wykonania kap chodnikowych i elementów gzymsowych betonu innej klasy niż C35/45;
- użyje wyłącznie klas betonów C30/37, C20/25, C16/20, C12/15 do wykonania całego zamówienia.

Także z odpowiedzi A7 z dnia 11 grudnia 2020 roku nie wynika, że przystępujący miałby oświadczyć, że podane ilości mieszanek betonowych (o klasach wskazanych powyżej) wykorzysta do wykonania kap i elementów gzymsowych, czy że tylko i wyłącznie z tych mieszanek wykona w całości obiekty mostowe i przepusty.

Co więcej, w odpowiedzi A99 z dnia 30 października 2020 roku wykonawca KOLİN wyjaśniał, że*;„Zgodnie z p. 4.2 zalecanymi klasami ekspozycji dla powierzchni betonu bezpośrednio narażonych na działanie soli odladzających*) są XD3 i XF2 lub XF4 z otulinami dla klas XD. Wykonawca zakłada wykonanie elementów narażonych na działanie soli odladzających z betonu o wymienionych wyżej klasach ekspozycji oraz otulin zbrojenia dla poszczególnych elementów narażonych na działanie soli odladzających zgodnie z PN-EN 1992-1-1 oraz PN-EN 206. Również w przypadku wszystkich pozostałych elementów będą stosowane klasy ekspozycji zgodne z wymaganiami normowymi.”.*

Powyższych wyjaśnień nie sposób uznać tylko i wyłącznie za potwierdzenie rozumienia przez wykonawcę

rozumienia wymagań wynikających z SIWZ i Polskich Norm, co wywodził odwołujący, lecz należy je rozumieć także jako zamiar wykonawcy realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z tymi wymaganiami, co bezpośrednio wynika też z użytego sformułowania: *„Wykonawca zakłada wykonanie elementów narażonych na działanie soli odladzających z betonu o wymienionych wyżej klasach ekspozycji”* (czyli także w klasie ekspozycji XD3, gdzie właściwy jest beton w klasie C35/45).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że ww. zarzut nie potwierdził się.

Natomiast, gdyby zamawiający doszedł do wniosku, że w tym zakresie pozostają jednak pewne wątpliwości, czy niejasności w kontekście udzielonych wyjaśnień, to może zwrócić się do wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, aby rozwiać wszelkie wątpliwości.

B.w zakresie podbudowy zasadniczej na dodatkowych jezdniach

Odwołujący podnosił, że wykonawca KOLİN założył w swojej ofercie wykonanie konstrukcji nawierzchni, która jest niezgodna z konstrukcją wymaganą przez zamawiającego. Odwołujący powołał się na punkt 2.1.5.1 Tomu III SIWZ – Program Funkcjonalno-Użytkowy –*Konstrukcja nawierzchni podatnych* wskazujący, iż konstrukcje nawierzchni podatnych innych dróg z wyłączeniem trasy głównej należy wykonać zgodnie z kategorią poszczególnych dróg podanych w PFU oraz rozwiązaniami przestawionymi w Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych (KTKNPiP). Zgodnie zaś z tabelą 9.1. i 9.2. KTKNPiP podbudowa zasadnicza powinna zostać wykonana z mieszank niezwiązanej.

Odwołujący wskazał na odpowiedź wykonawcy KOLİN A23 z dnia 23 listopada 2020 roku, z której miało wynikać, że wykonawca założył dla KR1-DD dla podbudowy zasadniczej 20 cm mieszanki związanej cementem C50/30 lub 20 cm destruktu asfaltowego 0/31,5, podczas, gdy zamawiający wymagał dla tej warstwy zastosowania 20 cm mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 lub 22 cm mieszanki niezwiązanej z kruszywem C50/30. Odwołujący podkreślił, że przystępujący w ogóle nie zastosował mieszanki niezwiązanej.

Izba uznała, że także w tym zakresie zarzut niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie potwierdził się.

Przede wszystkim należy zauważyć, że w pytaniu nr 23 z listopada 2020 roku zamawiający zwracał się o wyjaśnienie innej kwestii, a mianowicie o sposób wyliczenia ceny za 1mkw. dla poszczególnych Kategorii Ruchu w związku z odpowiedzią nr 42 wykonawcy. Natomiast pytanie dotyczące bezpośrednio kwestii przyjętej konstrukcji nawierzchni dla trasy głównej i pozostałych dróg to właśnie pytanie nr 42 z dnia 14 października 2020 roku, o treści następującej: *„Jaką konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie nazw materiałów i grubości poszczególnych warstw. Jaką kwotę przyjęto w ofercie dla wykonania 1 mkw. nawierzchni?”.*

W odpowiedzi na ww. pytanie A42 z dnia 30 października 2020 roku wykonawca KOLİN potwierdził, że: *„Rozwiązania dla konstrukcji nawierzchni dróg dla trasy głównej oraz pozostałych dróg, zarówno dla górnych jak i dolnych warstw konstrukcji nawierzchni i ulepszonego podłoża zostały przyjęte w oparciu o parametry określone w PFU oraz zgodnie z Katalogiem Typowych Konstrukcji Nawierzchni (…)”.* Jednocześnie w Aneksie nr 39 do wyjaśnień z dnia 30 października 2020 roku wykonawca w sposób szczegółowy opisał przyjęte konstrukcje nawierzchni dla poszczególnych kategorii dróg, w tym grubość warstw i sposób ich wykonania. Z dokumentu tego (objętego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa) wynika, że wykonawca KOLİN przyjął rozwiązania dla dróg dojazdowych i dodatkowych jezdni zgodne z wymaganiami PFU i w zakresie grubości warstwy podbudowy zasadniczej, jak i w zakresie wykonania warstwy podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej.

Tym samym, Izba uznała, że zamawiający miał podstawy, aby stwierdzić, że w odpowiedzi A23 z dnia 23 listopada 2020 roku dla dróg w kategorii KR 1 –DD wykonawca omyłkowo wskazał na *„20 cm - podbudowa zasadnicza z mieszanki związanej cementem C50/30”.* Tym bardziej, że w ramach tej samej odpowiedzi, bezpośrednio pod tabelarycznym zestawieniem warstw nawierzchni odnoszącym się do wszystkich kategorii ruchu (gdzie zaistniała owa omyłka) przystępujący zawarł ogólne sformułowanie: *„Założenia do pozyskania dostaw kruszyw do mieszanek asfaltowych i zasadniczej podbudowy z mieszanki niezwiązanej C50/30 podane zostały w Aneksie A13.1. Do mieszanki SMA przyjęto zastosowanie asfaltu modyfikowanego 45/80-65. Do pozostałych mieszanek BA asfalt 50/70 do warstwy ścieralnej i warstwy podbudowy bitumicznej oraz do warstwy wiążącej asfalt 35/50. Asfalty pochodzą z rafinerii ORLEN PŁOCK. Założono produkcje mieszanek w oparciu o własną Wytwórnię Mieszanek Asfaltowych oraz układanie w oparciu o własny sprzęt i transport.”.* W żaden sposób wykonawca nie odnosi się tu do podbudowy zasadniczej z mieszanki związanej cementem C50/30. Co więcej, w Aneksie nr 13.1. powołanym w ww. odpowiedzi (a objętym tajemnicą przedsiębiorstwa) jest tylko odniesienie do podbudowy zasadniczej niezwiązanej C50/30, nie ma natomiast odniesienia do podbudowy zasadniczej związanej C50/30.

Izba wskazuje też na obszerny zakres pytań i wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (trzykrotne wezwania zawierające kilkadziesiąt pytań, przy czym pierwsze ponad 100 pytań), w takiej sytuacji też nietrudno o omyłkę. Skoro, w okolicznościach niniejszej sprawy, w szczególności z pozostałych fragmentów udzielonych wyjaśnień, wynika, że wykonawca będzie realizował zamówienie w sposób zgodny z założeniami wynikającymi z SIWZ, to nie sposób czynić mu zarzutu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, tym bardziej, że odwołujący wywodził tą niezgodność z fragmentów wyjaśnień, udzielonych w odpowiedzi na inne pytanie, aniżeli bezpośrednio dotyczące określonego wymagania PFU.

Tym samym, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż oferta wykonawcy KOLİN jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie podbudowy zasadniczej na dodatkowych jezdniach.

Niemniej jednak, jeśli zamawiający uznaje, że pozostają jakieś wątpliwości, co do treści oferty wykonawcy KOLİN w tym zakresie, to może zwrócić się do niego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza, że i tak jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie zaoferowanej ceny.

C.w zakresie systemu odwodnienia

Odwołujący w tym zakresie podnosił niezgodność treści oferty przystępującego z punktem 2.1.14 Tomu III SIWZ –

Program Funkcjonalno-Użytkowy – *Zbiorniki retencyjne i retencyjno-infiltracyjne* – gdzie zamawiający określił, iż w zbiornikach należy zaprojektować i wykonać przelewy awaryjne umożliwiające przepływ nadmiaru wód opadowych. Ponadto, odwołujący powoływał się na odpowiedź zamawiającego na pytanie 724 z dnia 14 września 2020 roku, z której wynikało, że zamawiający nie dopuścił projektowania odcinków rowów bezodpływowych, nie dopuścił możliwości, aby rowy drogowe, bezodpływowe pełniły rolę zbiorników retencyjnych.

Odwołujący wskazywał, że z odpowiedzi przystępującego A41 z dnia 23 listopada 2020 roku, wynika, że wykonawca ten zaprojektował przelew awaryjny do odbiorników, jakimi są inne zbiorniki lub rowy, co w przypadku odbiornika w postaci rowu - jest niezgodne z PFU.

Bezspornym jest, że zamawiający nie dopuścił rowów bezodpływowych, ale też nie zakazał projektowania przelewów awaryjnych od odbiorników w postaci rowów melioracyjnych. Z odpowiedzi wykonawcy KOLİN A41 z dnia 23 listopada 2020 roku wynika tylko to, że zakłada przelewy awaryjne do innych zbiorników lub rowów, ale nie wynika, że są to rowy bezodpływowe, a tylko ten rodzaj zamawiający wykluczył. Tym samym, tylko i wyłącznie na podstawie odpowiedzi przystępującego A41 z dnia 23 listopada 2020 roku nie można stwierdzić, że treść jego oferty nie jest zgodna z treścią SIWZ w tym zakresie.

Natomiast, gdyby zamawiający doszedł do wniosku, że w tym zakresie pozostają jednak pewne wątpliwości, czy niejasności w kontekście udzielonych wyjaśnień, to może zwrócić się do wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, aby rozwiać wszelkie wątpliwości, co do zgodności założeń odnośnie projektowanych przepływów awaryjnych zgodnie z wymaganiami PFU.

D.w zakresie nieuwzględnienia w cenie oferty pełnych kosztów wykonania wytworzenia mieszanek mineralno – asfaltowych (MMA)

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podnosił, że sposób obliczenia ceny oferty przez wykonawcę KOLİN jest niezgodny z wymogami SIWZ, albowiem wykonawca ten w sposób nieuprawniony skalkulował koszty wytwórni MMA, wytwórni betonu i zaplecza budowy dzieląc je pomiędzy dwa zadania, stanowiące odrębne zamówienia.

Izba uznała, że odwołujący nie wykazał swoich twierdzeń w tym zakresie, tj. nie wykazał, że wykonawca KOLİN obliczył cenę oferty w sposób niezgodny z SIWZ, w tym nie uwzględnił w cenie oferty wszelkich kosztów ponoszonych w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w szczególności kosztów wytwórni MMA, czy wytwórni betonu, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Podnosząc ten zarzut odwołujący powoływał się na odpowiedzi przystępującego przywołane m.in. przy omówionym wcześniej zarzucie w pkt I niniejszego uzasadnienia, czyli zarzucie zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. W ocenie Izby, co najmniej przedwczesne, jest przesądzanie na etapie obecnym, czy sposób obliczenia ceny oferty złożonej przez wykonawcę KOLİN jest niezgodny z wymogami SIWZ. Nie można tego stwierdzić na podstawie złożonych do tej pory wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z których wynika jedynie to, że wykonawca ten faktycznie zakładał jednoczesną realizację obu odcinków drogi S19, objętych odrębnymi postępowaniami, prowadzonymi przez tego samego zamawiającego i miał świadomość ewentualnej modyfikacji strategii realizacji zamówienia. Natomiast to, w jaki sposób przedstawiała się kalkulacja ceny oferty w tym zakresie, wymaga pogłębionego badania, w tym w ramach nakazanej niniejszym wyrokiem procedury wezwania ww. wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższych względów Izba uznała, że ww. zarzut nie potwierdził się.

V. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KOLİN, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut oznaczony nr 3 w *petitum* odwołania).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała, że ww. zarzut podlega oddaleniu.

Po pierwsze - zarzut był podnoszony przez odwołującego, jako zarzut ewentualny, w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 i 2, przy czym Izba uwzględniła zarzut wskazany w pkt 2.

Po drugie - zarzut opierał się głównie na twierdzeniu odwołującego, że cena oferty wykonawcy KOLİN zakłada realizację zamówienia w zakresie produkcji MMA poniżej kosztów wytworzenia i świadczenia, co powoduje eliminację pozostałych wykonawców, którzy kalkulują swoje oferty zgodnie z wymogami SIWZ oraz z uwzględnieniem kosztów świadczenia.

Zarzut ten należy ocenić co najmniej jako przedwczesny, gdyż kwestie dotyczące kosztów wytwórni MMA powinny być przedmiotem wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do których złożenia zamawiający winien wezwać wykonawcę przystępującego na podstawie niniejszego wyroku.

Abstrahując, od powyższego, to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu, a odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, okoliczności faktycznych stanowiących podstawę ww. zarzutu, iż cena oferty wykonawcy KOLİN zakłada realizację zamówienia w zakresie produkcji MMA poniżej kosztów wytworzenia i świadczenia, a także, iż działanie to ma na celu eliminację innych przedsiębiorców z rynku.

Tym samym, Izba uznała, że zarzut naruszenia z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

VI. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 *in fine* poprzez prowadzenie z wykonawcą KOLİN korespondencji dotyczącej wyjaśnień treści oferty, które doprowadziły do zmiany treści oferty tego wykonawcy (zarzut oznaczony nr 5 w *petitum* odwołania).

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest bezzasadny.

Zamawiający trzykrotnie wzywał wykonawcę KOLİN do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. były to wezwania z: 14 października 2020 roku, listopada 2020 roku oraz z 4 grudnia 2020 roku.

Przede wszystkim należy podkreślić, że zamawiający miał prawo wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a następnie dodatkowo wyjaśnić wszelkie wątpliwości i dodatkowe kwestie jakie wymagały doprecyzowania w związku z udzielonymi odpowiedziami lub, które w ocenie zamawiającego wymagały jeszcze dodatkowego wyjaśnienia. Jednocześnie Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający prowadził w tym zakresie negocjacje z wykonawcą KOLİN, czy też, że w istocie nastąpiła zmiana treści oferty tego wykonawcy. W ocenie Izby, stwierdzenie wykonawcy, że będzie musiał zmodyfikować przyjętą strategię realizacji zamówienia, nie świadczy jeszcze o zmianie samej treści oferty, a na tej okoliczności opierał się zarzut podnoszony przez odwołującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp podlega oddaleniu.

VII. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (zarzut wskazany w treści uzasadnienia odwołania).

Powyższy zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący wyodrębniając w treści uzasadnienia odwołania zarzut błędu w obliczeniu ceny odwoływał się do zarzutu wskazanego w pkt D uzasadnienia odwołania (tj. zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie nieuwzględnienia w cenie oferty kosztów wykonania nawierzchni MMA i zapewnienia wytwórni MMA) i podnosił, że tym samym zasadny jest też zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, cena oferty wykonawcy KOLİN, zawiera błędy w obliczeniu ceny, albowiem nie uwzględnia wymogów SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny, w szczególności tomu IV SIWZ.

Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu z tych samych przyczyn, które zostały wskazane przy uzasadnieniu zapadłego rozstrzygnięcia w pkt IV D niniejszego uzasadnienia. Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, że oferta wykonawcy KOLİN zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Reasumując, Izba uznała, że spośród wszystkich zarzutów podlegających rozpoznaniu, potwierdził się jedynie zarzut wskazany w pkt 2 *petitum* odwołania dotyczący zaniechania wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, a w konsekwencji także i zarzut wskazany w pkt 6, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3.

Natomiast, pozostałe zarzuty wskazane w pkt 1, 3, 4, 5 *petitum* odwołania oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp opisany w uzasadnieniu odwołania, nie potwierdziły się. Dlatego Izba uwzględnia odwołanie w części i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy KOLİN jako najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddaliła.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Stosownie do art. 575 tejże ustawy Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 20 000 zł. Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Zgodnie zaś z § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Z § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia wynika, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:
1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

W niniejszej sprawie odwołujący zawarł 6 zarzutów w *petitum* odwołania oraz 1 zarzut (zarzut błędu w obliczeniu ceny) w uzasadnieniu odwołania. Izba uwzględniła zarzut nr 2, a także w konsekwencji stwierdzonego naruszenia, także bezpośrednio z niego wynikający, zarzut nr 6. Jednocześnie Izba uznaje, że zarzut nr 4, podnoszony też jako ewentualny, jest bezpośrednio związany z zarzutem nr 2. Dlatego też Izba uznała, że ww. zarzuty należy traktować łącznie przy rozpatrywaniu kwestii kosztów.

Natomiast Izba nie uwzględniła zarzutów wskazanych w pkt 1, 3, i 5 *petitum* odwołania oraz zarzutu wynikającego z uzasadnienia odwołania (naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba kosztami postępowania obciążyła zamawiającego w części 1/5 i odwołującego

w części 4/5. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników zamawiającego i odwołującego w łącznej wysokości 7.200 zł (po 3.600 zł), co daje razem kwotę 27.200 zł. Skoro, zamawiający ponosi koszty w części 1/5, to powinien ponieść je w kwocie: 5.440 zł (1/5 z kwoty 27.200 zł), przy czym poniósł koszty wynagrodzenia swojego pełnomocnika w wysokości 3.600 zł. Z kolei odwołujący ponosi koszty w części 4/5, zatem powinien ponieść je w kwocie 21.760 zł (4/5 z kwoty 27.200 zł), zaś dotychczas poniósł je w kwocie 23.600 zł (kwota wpisu oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1.840 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku (27.200 zł – 23.600 zł = 1.840 zł). Ponadto, zasądzona od zamawiającego na rzecz odwołującego kwota 1.840 zł powoduje, że również zamawiający poniesie koszty w takiej wysokości, w jakiej odpowiada za nie w świetle wyniku postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……

……...