Sygn. akt: KIO 1170/22

KIO 1202/22

WYROK

z dnia 27 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Członkowie: Joanna Gawdzik-Zawalska

Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 18 maja 2022 r. oraz 3 i 22 czerwca 2022 r.

w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1) w dniu 29 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny (KIO 1170/22),

2) w dniu 2 maja 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA S.A. oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Kobylarni (KIO 1202/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu i na rzecz której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, przy udziale:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A., NDI SOPOT S.A. oraz "SP" Sine Midas Stroy Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1170/22 po stronie odwołującego,

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A. oraz Polbud-Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1170/22 i KIO 1202/22 po stronie odwołującego,

3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA

S.A. oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Kobylarni zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1170/22 po stronie zamawiającego,

4) wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1170/22 i KIO 1202/22 po stronie zamawiającego,

5) wykonawcy STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1202/22 po stronie odwołującego,

orzeka:

W sprawie o sygn. akt KIO 1170/22:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawcę STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny na rzecz Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu i na rzecz której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

W sprawie o sygn. akt KIO 1202/22:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA S.A. oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Kobylarni i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA S.A. oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Kobylarni,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA S.A. oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Kobylarni na rzecz Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu i na rzecz której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 1170/22

KIO 1202/22

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu i na rzecz której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (dalej: „Zamawiający" oraz „GDDKiA") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa drogi S6 Koszalin - Słupsk, Odcinek 1, Koniec obwodnicy Koszalina i Sianowa /bez w. "Sianów Wschód"/ - początek obwodnicy m. Sławno /z w. "Bobrowice"/" (Numer postępowania: GDDKiA O.Sz.D-3.2410.39.2021, dalej:

„Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 6 września 2021 r. pod numerem: 2021/S 172-448238.

W dniu 22 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku Postępowania.

sygn. akt KIO 1170/22

W dniu 29 kwietnia 2022 r. wykonawca STECOL CORPORATION z siedzibą w

Tianjin, Chiny (dalej: „Odwołujący 1" oraz „STECOL CORPORATION") wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (dalej: „POLAQUA Sp. z o.o."), podczas, gdy w sytuacji prawidłowej oceny ofert wykonawca ten winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu a jego oferta odrzucona;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia POLAQUA Sp. z o.o. i odrzucenia oferty tego wykonawcy, który z przyczyn

leżących po jego stronie w znacznym zakresie nie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy oraz naliczenia i ściągnięcia kary umownej;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLAQUA Sp. z o.o., który to wykonawca złożył ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego w zakresie obiektów inżynierskich tj. wykonawca zaoferował wykonanie obiektów o wymiarach niezgodnych z wymaganiami określonymi w projekcie oraz bez uwzględnienia konstrukcji oporowej dla obiektu MD-1A;

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia

oferty POLAQUA Sp. z o.o., który to wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania a ponadto złożone wyjaśnienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny i nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny;

5) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, przez nieuprawnione wezwanie do uzupełnienia złożonych przez POLAQUA Sp. z o.o. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co doprowadziło do konwalidowania braku złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami w wyznaczonym terminie i ocenę wyjaśnień i dowodów, które Zamawiający winien pominąć;

6) art. 74 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 18 ust. 1 i 3 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k."), poprzez nierówne traktowanie wykonawców, brak przejrzystości oraz błędną ocenę, że informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA S.A. oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Kobylarni (dalej: „KOBYLARNIA S.A.") stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji doprowadziło do nieujawnienia tych informacji Odwołującemu 1;

z ostrożności

7) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania POLAQUA Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących obiektów inżynierskich w sytuacji, gdy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynikałoby, że wykonawca ten zaoferował wykonanie obiektów inżynierskich o parametrach innych niż w projekcie budowlanym oraz zaoferował wykonanie przepustów dla celów ekologicznych niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, jak również nie zaoferował wykonania konstrukcji oporowej dla obiektu MD-1A oraz ewentualnie czy koszty wskazane w odpowiednich pozycjach zostały wobec powyższego prawidłowo skalkulowane.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie wykluczenie POLAQUA Sp. z o.o. i odrzucenie oferty tego wykonawcy;

względnie

3) wezwania do wyjaśnień POLAQUA Sp. z o.o. w zakresie wątpliwości dotyczących obiektów inżynierskich;

4) udostępnienia dokumentów złożonych przez KOBYLARNIA S.A.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 STECOL CORPORATION podniósł, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, mając na uwadze zarzuty dotyczące wykonawcy i oferty złożonej przez POLAQUA Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego 1

w konsekwencji uwzględnienia któregokolwiek z zarzutów podniesionych w odwołaniu

skutkujących wykluczeniem POLAQUA Sp. z o.o. lub odrzuceniem oferty tego wykonawcy należy uznać, że wybór został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Natomiast w przypadku uwzględnienia zarzutów skutkujących koniecznością wezwania POLAQUA Sp. z o.o. do wyjaśnień wybór jest oczywiście przedwczesny, a tym samym winien zostać unieważniony.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania Odwołujący 1 wskazał, że bezspornym wydaje się, iż POLAQUA Sp. z o.o. nie uznaje się za winną rozwiązania umowy z Gminą Miasta Szczecin, w związku z czym nie przeprowadziła procedury self-cleaningu w tym zakresie. W ocenie STECOL CORPORATION Zamawiający błędnie ocenił złożone przez POLAQUA Sp. z o.o. wyjaśnienia w zakresie przedmiotowej umowy, gdyż z posiadanych przez niego informacji wynika, że to POLAQUA Sp. z o.o. jest winna rozwiązania umowy, a

tym samym zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp

wykonawca ten winien być wykluczony z udziału w postępowaniu. Odwołujący 1 podkreślił, że zgodnie z posiadanymi informacjami POLAQUA Sp. z o.o. w sposób nienależyty

realizowała swoje zobowiązania umowne a wręcz odmówiła realizacji części zamówienia.

Zdaniem STECOL CORPORATION fakt, że pomiędzy stronami toczy się spór sądowy jest obojętny punktu widzenia ustawy Pzp, gdyż przepisy nie wskazują, że wszczęcie sporu powoduje istnienie jakiegoś domniemania i zwalnia Zamawiającego z oceny zaistniałej sytuacji. Według Odwołującego 1 analiza oświadczenia o odstąpieniu Gminy Miasta

Szczecin prowadzi do wniosków, że złożone oświadczenie o odstąpieniu było zasadne, a

POLAQUA Sp. z o.o. dopuściła się rażących zaniedbań w realizacji przedmiotu zamówienia w szczególności chodzi o błędy projektowe skutkujące koniecznością wprowadzania zmian a

nawet wszczęciem postępowania o uchylenie decyzji pozwolenie na budowę, nie zgłaszanie

umów podwykonawczych czy wprost odmowa dalszej realizacji części przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego 1 lista zarzutów ówczesnego zamawiającego jest imponująca, a obecny Zamawiający w sposób bezrefleksyjny uznał, że nie zachodzi wobec tego wykonawcy przesłanka wykluczenia. STECOL CORPORATION wskazał, że z uwagi na fakty opisane powyżej, na umieszczenie w katalogu przesłanek do wykluczenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, rozwiązanie umowy w okresie przewidzianym w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp oraz brak przeprowadzenia procedury self-cleaning w tym zakresie, uznać należy, że zarzut jest zasadny i POLAQUA Sp. z o.o. winna zostać wykluczona z udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania Odwołujący 1 podniósł, że Zamawiający dysponuje decyzją ZRiD na przedmiotową inwestycję i nie dopuszcza zmian projektowych prowadzących do zmiany tej decyzji. Projekt budowlany stanowi element opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu i jest wiążący dla uczestników postępowania. STECOL CORPORATION zaznaczył, że zgodnie z postanowieniami pkt 2.1.16 PFU obiekty inżynierskie należy wykonać na podstawie załączonego do PFU projektu budowlanego oraz decyzji ZRiD. Dodatkowo w odpowiedzi na pytania nr 111, 279 i 323 Zamawiający podkreślił, że w odniesieniu do przepustów należy przyjąć wymiary wskazane w Projekcie budowlanym.

Odwołujący podkreślił, że w pkt 1.1.3.3 PFU Zamawiający zamieścił w tabeli nr 1.1 wykaz wszystkich obiektów inżynierskich, natomiast w Projekcie budowlanym dla każdego z obiektów wskazano m.in. długość całkowitą oraz szerokość całkowitą obiektu. Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach z dnia 4 lutego 2022 r., w odpowiedzi na pytanie nr 87 i 88, POLAQUA Sp. z o.o. zamieściła tabelę wskazując na długości i szerokości obiektów w sposób odbiegający od wskazanych w dokumentacji projektowej oraz nie uwzględniając wszystkich obiektów. STECOL CORPORATION w odwołaniu zaprezentował tabelę z

zestawieniem niezgodności:

		Parametry obiektów zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o. z dn. 04.02.2022, odpowiedź nr 88, str. 27		Parametry obiektów zgodnie z Projektem Budowlanym - Projekt Architektoniczno-Budowlany Tom 3 - część opisowa		Parametry obiektów zgodnie z Projektem Budowlanym - Projekt Architektoniczno-Budowlany Tom 3 - Rysunki		Zgodność/niezgodność parametrów POLAQUA z Projektem Budowlanym część rysunkowa.	
Lp.	obiekt	Długość całkowita	Szerokość całkowita	Długość całkowita	Szerokość całkowita	Długość całkowita	Szerokość całkowita	Długość całkowita	Szerokość całkowita
1	MS-1	44,3	28,68	44,3	28,48	44,3	28,48	Zgodna z PB	Niezgodna z PB
2	MD-1A	44,3	11,5	44,3	11,5	44,3	11,5	Zgodna z PB	Zgodna z PB
3	WD-2	49	12,31	52,45	12,39	48,99	12,31	Niezgodna z PB	Zgodna z PB
4	MS-3	14,2	28,5	14,2	28,48	14,2	28,48	Zgodna z PB	Niezgodna z PB
5	WD-4	42,3	11,9	43,2	11,89	42,3	11,89	Zgodna z PB	Niezgodna z PB
6	ES-4A	8	28,4	7,2	28,4	7,2	28,4	Niezgodna z PB	Zgodna z PB
7	WE-5	41,6	51	41,6	51	41,6	51	Zgodna z PB	Zgodna z PB
8	WS-6	22,2	28,3	24,5	28,28	24,8	28,28	Niezgodna z PB	Niezgodna z PB

9	MS-7	40	28,68	42,38	28,58	42,38	28,58	Niezgodna z PB	Niezgodna z PB
10	MD-7a	40	10,1	42,38	10,1	42,38	10,1	Niezgodna z PB	Zgodna z PB
11	MS-8	63,3	28,58	63,655	28,58	63,655	28,58	Niezgodna z PB	Zgodna z PB
12	WD-9	52,54	17,88	52,54	17,78	52,54	17,78	Zgodna z PB	Niezgodna z PB
13	WD-10	50,65	14,1	50,66	14,1	50,655	14,1	Niezgodna z PB	Zgodna z PB
14	WD-11	44,3	11,23	44,29	11,23	44,29	11,23	Niezgodna z PB	Zgodna z PB
15	WD-12	46,41	12,39	46,42	12,39	44,15	12,39	Niezgodna z PB	Zgodna z PB
16	MS-13	16,5	30,68	16,5	31,48	16,5	31,48	Zgodna z PB	Niezgodna z PB
17	MD-13A	16,5	11,5	16,5	11,5	16,5	11,5	Zgodna z PB	Zgodna z PB
18	WD-14	50,4	14,39	50,31	14,39	50,4	14,39	Zgodna z PB	Zgodna z PB
19	WD-15	44,24	11,89	44,32	11,89	44,24	11,89	Zgodna z PB	Zgodna z PB
20	WD-16	48,3	14,39	48,3	14,39	48,3	14,39	Zgodna z PB	Zgodna z PB

Zdaniem Odwołującego 1 z powyższego zestawienia w sposób jednoznaczny wynika, że POLAQUA Sp. z o.o. zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego tj. w zakresie obiektów MS-1, WD-2, MS-3, WD-4, ES-4A, WS-6, MS-7, MD-7a, MS-8, WD-9, WD-10, WD-11, WD-12, MS-13 wykonawca ten

zadeklarował wykonanie obiektów niezgodnie z parametrami dotyczącymi długości lub szerokości. Ponadto STECOL CORPORATION wskazał, że POLAQUA Sp. z o.o. nie zaoferowała wykonania konstrukcji oporowej dla obiektu MD-1A, który był wymagany

zgodnie z treścią PFU i zamieszczoną w PFU tabelą obiektów. Dodatkowo - w ocenie Odwołującego 1 - POLAQUA Sp. z o.o. pominęła całkowicie w swoich wyjaśnieniach przepusty ekologiczne, które również zostały zdefiniowane jako obiekty i nie udzieliła odpowiedzi w zakresie kosztów tych przepustów. Odwołujący podniósł, że wprawdzie Zamawiający podjął próbę „ratowania" oferty tego wykonawcy wzywając go wielokrotnie do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie przepustów, jednak zdaniem STECOL CORPORATION było to nieuzasadnione. Odwołujący 1 wskazał, że POLAQUA Sp. z o.o. uzupełniając wyjaśnienia potwierdziła zaoferowanie wykonania przepustów niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, prawdopodobnie z uwagi na brak zapoznania się z treścią SWZ oraz pytaniami i odpowiedziami udzielonymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Dla zobrazowania niezgodności Odwołujący 1 przedstawił następującą tabelę:

Parametry obiektów zgodnie z wyjaśnieniami

Wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o. z dn.

01.03.2022, odpowiedź nr 4, str. 2-3 Parametry obiektów

zgodnie z Projektem

Budowlanym i ZRiD

Lp.	Oznaczenie przepustu wg PB	Przewidywany przekrój poprzeczny (szer., wys.)	Wymiary
1	PZC-1	2x1,0 x 1,5	3x2
2	PZ-2	2,0 x 1,9	2x2
3	PZC-3	2x1,0 x 1,5	3x2
4	PZC-4	2x1,0 X 1,5	3x2
5	PZC-5	2x1,0 x 1,5	3x2
6	PZC-6	2x1,0 x 1,5	3x2
7	PZC-7	2x1,0 x 1,5	3x2
8	PZ-8	2,0 x 1,9	2x2
9	PZ-9	2,0 x 1,9	2x2
10	PZ-9a	2,0 x 1,9	
11	PZ-10	2,0 x 1,9	3x2
12	PZ-11	2,0 x 1,9	2x2
13	PZC-12	2x1,0 x 1,5	3x2
14	PZC-13	2x1,0 x 1,5	3x2
15	PZ-14	2,0 x 1,9	2x2
16	PZ-15	2,0 x 1,9	2x2
17	PZ-16	2,0 x 1,9	2x2
18	PZ-17	2,0 x 1,9	2x2
19	PZ-18	2,0 x 1,9	2x2
20	PZ-19	2,0 x 1,9	2x2

W związku z powyższym STECOL CORPORATION wskazał, że niezgodności dotyczące przewidywanego przekroju poprzecznego mają bezpośredni wpływ na zaoferowaną cenę. Zdaniem Odwołującego POLAQUA Sp. z o.o. zmniejszając wymiary przepustów, co samo w sobie powoduje niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego skutkujące odrzuceniem, zaoferowała cenę nieuwzgledniającą wymagań opisu przedmiotu zamówienia, dzięki czemu uzyskała przewagę konkurencyjną. Ponadto STECOL CORPORATION podniósł, że POLAQUA Sp. z o.o. konsekwentnie w toku wyjaśnień wskazywała na wykonanie przepustów ekologicznych niezgodnie z wymaganiami wskazanymi w dokumentacji, pomimo nawet wyraźnego wskazania na niezgodność tych parametrów przez Zamawiającego. Jak zaznaczył Odwołujący dopiero w ostatnich wyjaśnieniach POLAQUA Sp. z o.o. wskazała, że wykona obiekty zgodnie z Projektem budowlanym, a więc według parametrów innych niż dotychczas przywoływała w swoich

wyjaśnieniach, przy czym wyjaśnienie to stoi w oczywistej sprzeczności z wcześniej udzielonymi wyjaśnieniami i - w ocenie Odwołującego 1 - nie zasługuje na uznanie.

W uzasadnieniu zarzutów nr 4 i 5 odwołania STECOL CORPORATION podniósł, że żadne z wezwań Zamawiającego nie zostało zakwestionowane przez POLAQUA Sp. z o.o., a tym samym przyjąć należy, że wykonawca ten zgadzał się z decyzją Zamawiającego w tym zakresie. Zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, ciężar dowodowy w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską spoczywa na wykonawcy, a zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej ceny lub kosztu, podlega odrzuceniu. Zdaniem Odwołującego POLAQUA Sp. z o.o. nie złożyła odpowiedzi w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Dotyczy to braku odpowiedzi na pytanie nr 49, 51 czy 87 w zakresie przepustów oraz nie złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość kalkulacji cenowej. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 11 lutego 2022 r. do wyjaśnień złożonych w dniu 4 lutego 2022 r. POLAQUA Sp. z o.o. nie załączyła dowodów, na które powołuje się w odpowiedzi na pytania nr 1, 6, 7, 10, 16 tzn. wykonawca załączył dowody, ale ukrył ceny, co w żaden sposób nie pozwalało na weryfikację wyjaśnień, a tym samym należy uznać, że w zakresie tych pytań wykonawca nie udzielił pełnej odpowiedzi a w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 76 w ogóle nie załączył załącznika. STECOL CORPORATION argumentował, że nie kwestionuje prawa Zamawiającego do kierowania dodatkowych wezwań w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ale wezwania te winny dotyczyć albo wyjaśnienia wątpliwości wynikających z wcześniej złożonych wyjaśnień i dowodów albo wyjaśnienia dodatkowych elementów, które wcześniej nie były objęte przedmiotem żądania wyjaśnienia przez Zamawiającego natomiast w żaden sposób nie powinno prowadzić do uzupełnienia pierwotnych wyjaśnień, w których wykonawca nie odniósł się do wszystkich kwestii, których wyjaśnienia wymagał Zamawiający. Według Odwołującego dowody, których POLAQUA Sp. z o.o. nie załączyła do wyjaśnień dotyczyły m.in. kosztu sprzętu, biura projektowego, dostaw

materiałów, prac podwykonawczych itp., a więc istotnych elementów realizacji zamówienia, tym bardziej, że w samych wyjaśnieniach brak jest danych dotyczących tych kosztów i nie ma możliwości ich ustalenia na podstawie samych wyjaśnień. STECOL CORPORATION podniósł, że w pierwotnych wyjaśnieniach, POLAQUA Sp. z o.o. nie wskazała również kosztów dotyczących wykonania przepustów ekologicznych, co było przedmiotem dalszych, nieuzasadnionych wezwań Zamawiającego do wyjaśnień. Odwołujący 1 wskazał przy tym, że ostatecznie złożone wyjaśnienia w tej kwestii odnoszą się do wykonania przepustów niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego tj. o mniejszych parametrach, a tym samym zaoferowana cena nie jest wystarczająca do wykonania przepustów o właściwych, zgodnych z Projektem budowlanym parametrach. STECOL CORPORATION podniósł również, że

w zakresie obiektu MD-1A, POLAQUA Sp. z o.o. nie zaoferowała wykonania konstrukcji oporowej a tym samym nie uwzględniła kosztów jej wykonania w swojej cenie.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 odwołania STECOL CORPORATION wskazał, że Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony zaniechał udostępnienia pełnej treści wyjaśnień KOBYLARNIA S.A. Odwołujący 1 podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odtajnił treść wyjaśnień zarówno Odwołującego jak i POLAQUA Sp. z o.o. pomimo, że uzasadnienie zastrzeżenia - pomijając obszerność - w istocie rzeczy sprowadzało się do podobnych tez. Przyjmując zatem równe traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu - w ocenie STECOL CORPORATION - uznać należy, że GDDKiA w sposób nieuprawniony zaniechała odtajnienia tych informacji. Odwołujący 1 wskazał ponadto, że KOBYLARNIA S.A. w żaden sposób nie uzasadniła spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w szczególności nie wykazała, że przedstawione informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny bądź inną wartość gospodarczą. Poza ogólnymi frazesami i stwierdzeniami, które mogą być przywoływane w każdym postępowaniu w uzasadnieniu brak jest faktycznego wykazania wartości informacji. Jednocześnie z uwagi na zastrzeżenie załączników do uzasadnienia, STECOL CORPORATION nie jest w stanie w żaden sposób zweryfikować, czy KOBYLARNIA S.A. podjęła właściwe i wystarczające środki zmierzające do zachowania poufności tych danych. Nadto Odwołujący 1 zaznaczył, że brak udostępnienia pełnych wyjaśnień jest o tyle istotny, że jak wynika z wezwania Zamawiającego z dnia 23 lutego 2022 r. istniej duże prawdopodobieństwo, że konsorcjum to zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a celem utajnienia informacji jest tylko i wyłącznie wykluczenie możliwości weryfikacji wyjaśnień i złożenia ewentualnych środków ochrony prawnej.

W uzasadnieniu zarzutu nr 7 odwołania Odwołujący 1 podniósł, że w razie nieuwzględnienia zarzutów skutkujących wykluczeniem bądź odrzuceniem oferty POLAQUA Sp. z o.o., z ostrożności wskazuje, że Zamawiający winien co najmniej wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie parametrów obiektów inżynierskich, gdyż wykonawca podał sprzeczne informacje w tym zakresie. STECOL CORPORATION argumentował, że w odniesieniu do parametrów obiektów (z wyłączeniem przepustów), Zamawiający w ogóle zaniechał wyjaśnienia dlaczego POLAQUA Sp. z o.o. przyjęła w swojej ofercie wykonanie obiektów niezgodnych z parametrami wskazanymi w dokumentach Zamawiającego, a w odniesieniu do przepustów w żaden sposób nie wyjaśniła rozbieżności pomiędzy informacjami podawanymi pierwotnie a lakonicznym, ostatnim stwierdzeniem, że obiekty te zostaną wykonane zgodnie z Projektem budowlanym i odpowiedzią na pytanie nr 279. Ponadto STECOL CORPORATION podkreślił, że Zamawiający zaniechał również jakiegokolwiek wyjaśnienia w odniesieniu do obiektu MD-1A, w sytuacji gdy z wyjaśnień wynika, że POLAQUA Sp. z o.o. nie zaoferowała wykonania konstrukcji oporowej. Dodatkowo - jak wskazał Odwołujący 1 - Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, jak przyjęcie w ostatnich wyjaśnieniach wykonania przepustów zgodnych z Projektem budowlanym ma się do wcześniej wyliczonych kosztów dla obiektów o mniejszych parametrach oraz czy koszt wskazany dla obiektu MD-1A uwzględnia również wykonanie konstrukcji oporowej.

13 maja 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na

odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

sygn. akt KIO 1202/22

W dniu 2 maja 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

KOBYLARNIA S.A. oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Kobylarni (dalej: „Odwołujący 2" oraz „KOBYLARNIA S.A.") wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty POLAQUA Sp. z o.o. podczas, gdy w sytuacji prawidłowej oceny ofert wykonawca ten winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu a jego oferta odrzucona i to oferta Odwołującego 2, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, winna zostać uznana za najkorzystniejszą;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia POLAQUA Sp. z o.o. i odrzucenia oferty tego wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym zakresie nie wykonał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy oraz naliczenia i ściągnięcia kary umownej;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLAQUA Sp. z o.o., który to wykonawca złożył ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego

w zakresie obiektów inżynierskich oraz przepustów tj. wykonawca zaoferował wykonanie

obiektów o wymiarach niezgodnych z wymaganiami określonymi w projekcie oraz bez uwzględnienia konstrukcji oporowej dla obiektu MD-1A, a także bez uwzględnienia przepustów zabezpieczających gazociąg;

4) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLAQUA Sp. z o.o., który to wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących

rażąco niskiej ceny w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania a ponadto złożone wyjaśnienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny i nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny;

5) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, przez nieuprawnione wezwanie do uzupełnienia złożonych przez POLAQUA Sp. z o.o. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co doprowadziło do konwalidowania braku złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień wraz z dowodami w wyznaczonym terminie i ocenę wyjaśnień i dowodów, które Zamawiający winien pominąć;

6) art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą POLAQUA Sp. z o.o. negocjacji dotyczących złożonej oferty co doprowadziło do zmiany jej treści;

7) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego niezastosowanie i nieodrzucenie oferty POLAQUA Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, czyli niezabezpieczający oferty przez cały termin związania;

8) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp polegające na przeprowadzeniu Postępowania bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości i proporcjonalności Postępowania;

9) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp;

z ostrożności

10) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania POLAQUA Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących obiektów inżynierskich w sytuacji, gdy z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynikałoby, że wykonawca ten zaoferował wykonanie obiektów inżynierskich o parametrach innych niż w projekcie budowlanym oraz zaoferował wykonanie przepustów dla celów ekologicznych niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jak również nie zaoferował wykonania konstrukcji oporowej dla obiektu MD-1A ani też przepustów ochraniających gazociąg oraz ewentualnie czy koszty wskazane w odpowiednich pozycjach zostały wobec powyższego prawidłowo skalkulowane.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oferty;

2) ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie wykluczenie POLAQUA Sp.

z o.o. i odrzucenie oferty tego wykonawcy;

względnie

3) wezwania do wyjaśnień POLAQUA Sp. z o.o. w zakresie wątpliwości dotyczących obiektów inżynierskich.

W treści uzasadnienia zarzutów odwołania, które co do zasady są tożsame z zarzutami odwołania rozpatrywanego pod sygn. akt KIO 1170/22 (poza zarzutami nr 6, 7, 8 i 9) Odwołujący 2 powoływał się na okoliczności faktyczne w znacznej części odpowiadające okolicznościom podnoszonym przez Odwołującego 1 w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1170/22. Mając na uwadze powyższe Izba ograniczy się zatem do przytoczenia wyłącznie kwestii niepodnoszonych przez STECOL CORPORATION i wskazuje, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołania KOBYLARNIA S.A. wskazała, że Zamawiający błędnie ocenił złożone przez POLAQUA Sp. z o.o. wyjaśnienia w zakresie umowy zawartej z Gminą Miasta Szczecin, gdyż z posiadanych przez niego dokumentów wynika, że to POLAQUA Sp. z o.o. jest winna rozwiązania umowy, a tym samym zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wykonawca ten winien być wykluczony z udziału w postępowaniu. Odwołujący 2 podniósł, że powyższą wiedzę powziął po zapoznaniu się z uzasadnieniem decyzji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z dnia 19 listopada 2021 r., znak sprawy O.KA.D-

3.2410.26.2021.1243, w której to wyżej wymieniony zamawiający odrzucił ofertę POLAQUA Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, wskazując przy tym na poniższą okoliczność (str. 10 informacji):

„Zamawiający powziął informację na temat okoliczności związanych z odstąpieniem przez niego od Umowy nr CRU/17/0003358 na realizację inwestycji pn.: „Budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" zawartej w dniu 28.09.2017 r. pomiędzy Gminą Miasto Szczecin a POLAQUA Sp. z o.o. W dniu 7 sierpnia 2020 r. Gmina Miasto Szczecin złożyła oświadczenie o odstąpieniu od ww. Umowy, powołując się na zawiniony przez ww. Wykonawcę brak możliwości wykonania przedmiotu Umowy w terminie oraz nieprawidłową jej realizację, wskazując jednocześnie na następujące okoliczności:

- Wykonawca znajduje się w opóźnieniu względem sporządzonego i przygotowanego Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (HRF),

- Wykonawca nie osiągnie planowanej sprzedaży,

- Ilość pracowników na budowie jest zdaniem Inżyniera Kontraktu niewystarczająca do realizacji robót zgodnie z założeniami HRF przedstawionymi przez Wykonawcę co wynika z faktu, że Wykonawca nie posługiwał się siłami własnymi, ale wyłącznie podwykonawcami, przy czym wbrew postanowieniom umowy nie zgłaszał skutecznie umów o podwykonawstwo robót budowlanych, naruszając w ten sposób rażąco umowę,

- Spośród złożonych umów podwykonawczych, Wykonawca uzyskał akceptację jedynie co do dwóch umów, tj. na wykonanie dokumentacji projektowej,

- Zaawansowanie rzeczowe na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. wynosiło jedynie 43% przedmiotu umowy - chociaż z umowy wynika, że termin wykonania przedmiotu umowy strony ustaliły na 28 września 2020 r.,

- Zaawansowanie finansowe na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu wynosiło 37% przedmiotu umowy - przez 2 lata, 2 miesiące i 20 dni wykonawca wykonał roboty o wartości 21 min zł brutto, więc nie sposób zdaniem inwestora obiektywnie przyjąć, że do upływu terminu wykonania przedmiotu umowy wykona roboty o brakującej wartości ponad 37 mln zł,

- Wykonawca wprost oświadczył, że nie wykona wentylacji w pomieszczeniach korytarzy szkolnych zgodnie z wymogami PFU,

- Wykonawca na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. nie przedłożył prawidłowo wykonanego Projektu Budowlanego oraz Projektu Wykonawczego, które byłyby zgodne z umową, a w szczególności z PFU,

- Wykonawca realizuje roboty w oparciu o dokumenty budowy, które są ze sobą wewnętrznie sprzeczne i niezgodne,

- Na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. prowadzone było przez organ budowlany postępowanie w przedmiocie unieważnienia pozwolenia na budowę z uwagi na ujawnione wady projektu budowlanego,

- Wykonawca wykonał dotychczasowe roboty zdaniem inwestora w sposób zagrażający przyszłej eksploatacji,

- Wykonawca do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu, tj. 7 sierpnia 2020 r. nie wskazał obiektywnych przyczyn, dla których byłby uprawniony do wydłużenia czasu realizacji przedmiotu umowy,

- Inwestor wskazał również na szereg rażących zaniechać obowiązków umownych przez wykonawcę, w tym m.in. w zakresie dokumentacji projektowej, braku uzgodnienia materiałów oraz technologii, zaniechania obowiązków informacyjnych, TER i STWiORB, HRF, Podwykonawców, dźwigarów, wentylacji, ścianek działowych, rysów stropu i innych,

- Wykonawcy zostały naliczone kary umowne w łącznej wysokości 12.571.163,24 zł, z tytułu odstąpienia od umowy oraz nienależytego wykonania lub zaniechania wykonania obowiązków umownych".

Nadto KOBYLARNIA S.A. wskazała, że nie może tutaj być mowy o skutecznym samooczyszczeniu się POLAQUA Sp. z o.o., albowiem wykonawca ten, w dokumencie zatytułowanym „Oświadczenie POLAQUA Sp. z o. o. o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia (SELF-CEANING)" w sposób nie kategoryczny oświadcza, że nie czuje się w najmniejszym stopniu odpowiedzialny za nieprawidłowości w realizacji umowy dla Gminy Miasta Szczecin.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania Odwołujący 2 przedstawił tabelę prezentującą niezgodności w zakresie długości i szerokości obiektów w sposób odbiegający

od wskazanych w dokumentacji projektowej.

	Parametry obiektów zgodnie z Projektem Budowlanym - Projekt Architektoniczno - Budowlany			Parametry obiektów zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy POLAQUA sp. z 0.0. Z dn. 04 02 2022, odp na pyt 87	
Lp.	obiekt	Długość całkowita	Szerokość całkowita	Długość całkowita	Szerokość całkowita
1	MS-1	44,3m	2x14,2m	44,30	28,68
2	MD-1A + mur oporowy	44,3 m +34,2m	II,5m	44,30	11,50
3	WD -2	52,3m	12,39m	49,00	12,31
4	MS 3	14,2 m	2xl4,2m	14,20	28,50
5	WD 4	42,3m	II,89m	42,30	11,90
6	ES-4A	7,2m	28,4m	8,00	28,40
7	WE 5	41,6m	51m	41,60	51,00
8	WS 6	24,5m	2xl4,lm	22,20	28,30
9	MS 7	42,3m	2xl4,3m	40,00	28,68
10	MD-7A	42,3m	10, lm	40,00	10,10
11	MS 8	63,6m	2xl4,3m	63,30	28,58
12	WD 9	52,54m	2x8,9m	52,54	17,SS
13	WD 10	50,6m	14,lm	50,65	14,10
14	WD-11	44,3m	II,23m	44,30	11,23
15	WD-12	46,4m	12,39m	46,41	12,39
16	MS-13	16,5m	2x15,7m	16,50	30,68
17	MD-13A	16,5m	II,5m	16,50	11,50
18	WD-14	50,3m	14,39m	50,40	14,39
19	WD-15	44,3m	II,89m	44,24	11,89
20	WD 16	48,3m	14,39m	48,30	14,39

Nadto KOBYLARNIA S.A. podniosła, że POLAQUA Sp. z o.o. w ogóle nie uwzględniła w swojej ofercie obiektów inżynierskich - przepustów zabezpieczających gazociąg PG-1A , PG-1B, PG-1C, PG-2A, PG-2B, PG-3C, PG-3A, PG-3B, PG-3C.

Odwołujący 2 wskazał, że dodatkowo POLAQUA Sp. z o.o. pominęła w swoich wyjaśnieniach całkowicie przepusty ekologiczne i nie udzieliła odpowiedzi w zakresie kosztów realizacji tych przepustów. W ocenie KOBYLARNIA S.A. z prowadzonej przez GDDKiA z POLAQUA Sp. z o.o. korespondencji dotyczącej wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika wprost sprzeczność oferty wykonawcy z warunkami zamówienia polegająca na nieuwzględnieniu przez POLAQUA Sp. z o.o. w swojej ofercie prac związanych z

wykonaniem przepustów.

Nadto zdaniem Odwołującego 2 POLAQUA Sp. z o.o. przedstawiła ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, a dojście do jej „zgodności" na podstawie przeprowadzonych z Zamawiającym negocjacji oferty i oparte wyłącznie na oświadczeniu POLAQUA Sp. z o.o. a nie na wskazaniu konkretnych parametrów, nie może zostać uznane za skuteczne

1 zasługujące na legalizację w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp. KOBYLARNIA S.A. wskazała, że nie jest dla niej zrozumiałym, dlaczego Zamawiający decyzję o tym, iż cena nie jest rażąco niska, a oferta zgodna z warunkami zamówienia, podjął wyłącznie w oparciu o oświadczenie POLAQUA Sp. z o.o. o realizacji zamówienia w zakresie przepustów zgodnie z Projektem budowlanym i odpowiedzią na pytanie nr 279. W ocenie Odwołującego

2 wskazana procedura wyjaśnień stoi w oczywistej sprzeczności z zasadami zamówień publicznych - przejrzystości, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. KOBYLARNIA S.A. podkreśliła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, wbrew regulacji z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, po stwierdzeniu niezgodności oferty POLAQUA Sp. z o.o. z warunkami zamówienia, zamiast odrzucić ofertę wskazanego wykonawcy, wezwał go do złożenia oświadczenia, że wykona prace zgodnie z

Projektem budowlanym (a więc - w ocenie Odwołującego 2 - aby zmieniła treść oferty).

Odnosząc się do zarzutów nr 4 i 5 odwołania KOBYLARNIA S.A. zaznaczyła, że

w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający aż siedmiokrotnie wzywał POLAQUA Sp. z o.o. do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, za każdym razem wskazując w sposób precyzyjny jakich informacji oczekuje oraz podkreślając obowiązek wykonawcy do przedłożenia rzetelnych dowodów na potwierdzenie, że cena zaoferowana przez POLAQUA Sp. z o.o. nie jest rażąco niska. W ocenie Odwołującego 2 POLAQUA Sp. z o.o. nie sprostała tym wymaganiom, udzielając lakonicznych, niepełnych wyjaśnień bądź też w ogóle nie odpowiadając na określone kwestie. KOBYLARNIA S.A. wskazała, że Zamawiający niejako „wyciągał" od wykonawcy wyjaśnienia, dowody. Nadto zdaniem Odwołującego 2 już po udzieleniu pierwszych wyjaśnień istniała uzasadniona podstawa do odrzucenia oferty POLAQUA Sp. z o.o., albowiem nie wskazywała ona kosztów realizacji (ceny były ukryte), nie uwzględniała kosztów wykonania przepustów ekologicznych czy też wykonania konstrukcji oporowej. Dlatego też wobec braku złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny, zarzut jest uzasadniony.

W uzasadnieniu zarzutu nr 6 Odwołujący 2 podniósł, że procedura wyjaśniania treści złożonej oferty i innych dokumentów nie może być prowadzona w formie jakichkolwiek negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Nie jest również możliwe dokonywanie zmian w treści oferty w rozumieniu art. 68 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c."), gdyż zgodnie z tym przepisem „przyjęcie oferty dokonane z zastrzeżeniem zmiany lub uzupełnienia jej treści poczytuje się za nową ofertę". Zdaniem KOBYLARNIA S.A. sposób w jaki Zamawiający przeprowadził w przedmiotowym postępowaniu procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny należy uznać za niedozwolone negocjacje. Wykonawca oświadczył bowiem w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że zrealizuje zamówienie w sposób niezgodny z warunkami zamówienia - w zakresie dotyczącym realizacji przepustów.

Odnośnie zarzutu nr 7 odwołania KOBYLARNIA S.A. podkreśliła, że postanowienia gwarancji wadialnej przedłożonej przez POLAQUA Sp. z o.o., które stanowią, że „gwarancja jest ważna od dnia 29.12.2021 i obowiązuje do dnia 27.04.2022, po którym to terminie wygasa w całości i automatycznie, jeżeli najpóźniej w wyżej wskazanym terminie Bank nie otrzyma prawidłowego żądania zapłaty, tj. spełniającego wymogi określone w niniejszej gwarancji" stwarza ryzyko mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. W ocenie Odwołującego 2 z uwagi na treść postanowień gwarancji wadialnej określenie przez wykonawcę POLAQUA Sp. z o.o. terminu obowiązania gwarancji równego terminowi związania ofertą było nieprawidłowe. KOBYLARNIA S.A. wskazała, że obowiązkiem wykonawcy jako profesjonalisty, jest dochowanie należytej staranności na każdym etapie postępowania, w tym również weryfikacja prawidłowości otrzymanej od gwaranta gwarancji wadialnej.

W uzasadnieniu zarzutów nr 8 i 9 odwołania Odwołujący 2 podniósł, że są one ściśle związane z przywołanymi w odwołaniu nieprawidłowościami, które w sposób zdecydowany wskazują na niezachowanie przez Zamawiającego wyrażonych w art. 16 i 17 ustawy Pzp zasad postępowania.

Odnosząc się do zarzutu nr 10 odwołania KOBYLARNIA S.A. stwierdziła, że samo stwierdzenie wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o., że zrealizuje przepusty zgodnie z Projektem budowlanym, w sytuacji, gdy z wcześniejszych wyjaśnień wynika coś wprost przeciwnego,

nie może być wystarczające dla uznania, że oferta jego zgodna z warunkami zamówienia czy też, że została prawidłowo oszacowana. Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający zaniechał także jakiegokolwiek wyjaśnienia w odniesieniu do obiektu MD-1A oraz przepustów zabezpieczających gazociąg w sytuacji gdy z wyjaśnień wynika, że POLAQUA Sp. z o.o. nie zaoferowała wykonania wyżej wymienionych zadań. KOBYLARNIA S.A. podkreśliła, że Zamawiający nie wyjaśnił w żaden sposób jak rozbieżności w parametrach obiektów inżynierskich, przepustów czy brak wskazania kosztu dla obiektu MD-1A oraz dla przepustów ochraniających gazociąg wpływają na zaoferowaną cenę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również akta sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 1104/22, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało ich do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - w sprawach o sygn. akt KIO 1170/22 i KIO 1202/22 oraz po stronie Odwołującego - w sprawach o sygn. akt KIO 1170/22 i KIO 1202/22.

Odwołania zostały rozpoznane w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołania Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z pkt 1.1. PFU „Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie (opracowanie projektu wykonawczego, zgodnie ze sporządzonym projektem budowlanym i uzyskaną decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej) i budowa drogi ekspresowej, S-6 na odcinku od km 165+300,00 do km 188+470,29, wraz z niezbędnym dowiązaniem do dróg istniejących.; (...) Wszelkie zmiany w stosunku do rozwiązań Projektu Budowlanego nie mogą powodować konieczności zmiany ZRID i DŚU — dopuszcza się jedynie zmiany nieistotne”.

Stosownie natomiast do pkt 1.2 PFU „Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie poniższych dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego: (...)

3) decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) wydanej przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie, nr 15/2010 z dnia 9.07.2010 r. (znak: RDOŚ-32-WOOŚ.TŚ-6613/2-29/2010/at,ac) wraz z decyzją wydaną przez Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w dniu 01.03.2011 r. (znak: DOOŚ-idk.4200.13.2011.4) oraz postanowieniem wydanym przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w dniu 21.07.2014 r. (znak: WONS-OŚ.4200.5.2014.AT.3),

6) Postanowienie Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie z 26.07.2021 r., znak: WONS-OŚ.4222.1.2021.AW.6 określające środowiskowe uwarunkowania dla planowanego przedsięwzięcia pn. „Budowa drogi S6 na odcinku Koszalin-Słupsk” Część nr 1 Dokumentacja 1: Odcinek 1: „Koniec obwodnicy Koszalina i Sianowa /bez w. „Sianów

Wschód”/- początek obwodnicy m. Sławno /z w. „Bobrowice”/”,

7) Decyzji nr 12/2021 Wojewody Zachodniopomorskiego o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji Drogowej, znak: AP-4.7820.225-25.2021.MM z dnia 23.08.2021 r.”.

W pkt 1.1.3.3 PFU pn. „Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich” Zamawiający zamieścił w tabeli nr 1.1 wykaz obiektów inżynierskich.

Zgodnie z postanowieniem pkt 2.1.16 PFU „Obiekty inżynierskie (z wyłączeniem tuneli) należy wykonać na podstawie opracowanego PB przy uwzględnieniu mających zastosowanie poniższych wymagań”.

W pkt 1.1.3.4 PFU pn. „Przepusty dla celów ekologicznych” Zamawiający zawarł tabelę nr 1.2 stanowiącą wykaz przewidywanych przepustów o funkcji ekologicznej na trasie głównej, łącznicach, dodatkowych jezdniach oraz innych drogach na przeszkodach. W przedmiotowej tabeli znajduje się kolumna pn. „Przewidywany przekrój poprzeczny”. GDDKiA wskazała: „*Przekrój poprzeczny - parametry strefy dostępnej dla zwierząt wg zał. 2 do postanowienia RDOŚ”.

Stosownie do pkt 2.1.16.4 ppkt 1) PFU „Przejścia dla zwierząt należy wykonać zgodnie z warunkami wskazanymi w DŚU i Postanowieniu RDOŚ z 26.07.2021 r., znak: WONS-OŚ.4222.1.2021.AW.6”.

Załącznik nr 2 do postanowienia Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie z dnia 26 lipca 2021 r. znak: WONS-OŚ.4222.1.2021.AW.6 zawiera tabelę pn. „Lokalizacja przejść dla zwierząt”. W tabeli tej znajduje się kolumna pn. „Parametry całkowite (m) (h x d)” oraz kolumna pn. „Parametry strefy dostępnej dla zwierząt (m) (h x d)”.

Na pytanie nr 282 do Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) o treści „W PFU w pkt 1.1.3.4 Przepusty dla celów ekologicznych w tabeli nr 1.2 w ppkt 10 jest wymieniony przepust PZ-9a w km 172+130 o przekroju 2,0x1,9 [m], natomiast na PZT rysunek 2.13 oraz PAB rysunek 2.13 brak takiego przepustu. Czy wykonawca ma wykonywać przepust opisany w PFU?” Zamawiający odpowiedział w następujący sposób: „Należy wykonać przepust opisany w PFU”.

W odpowiedzi na pytanie nr 279 do SWZ o treści „Projekt Architektoniczno-Budowlany punkt 14 Przepusty str. 43 Średnice wskazane w opinie różnią się od średnic wskazanych w zestawieniu tabelarycznym przepustów drogowych poniżej. Dodatkowo podane średnice przepustów w zestawieniu tabelarycznym są średnicami rzadko spotykanymi m.in. 0,7m, 1,3m. Czy Wykonawca może dokonać zmiany średnic przepustów. Jednocześnie w zestawieniu tabelarycznym pomylono jednostki miary średnic przepustów [m] -> [cm]” GDDKiA wskazała, że „Przepusty należy wykonać zgodnie z przekazanym projektem budowlanym”.

Zgodnie z postanowieniem pkt 8.1 IDW o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W pkt 9.2 ppkt 7) IDW Zamawiający wskazał, że z postępowania o udzielenie zamówienia zostanie wykluczony wykonawca „który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub

odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”.

W dokumencie JEDZ złożonym przez POLAQUA Sp. z o.o. wraz z ofertą, w części III sekcja C w rubryce dotyczącej odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” wykonawca ten zaznaczył odpowiedź „TAK” i załączył dokument „Oświadczenie POLAQUA Sp. z o.o. o

przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia (SELF-CLEANING)”.

W oświadczeniu tym POLAQUA Sp. z o.o. wskazała, że w związku z wykluczeniem Spółki, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2019 ze zm.) („p.z.p.”), decyzją Zamawiającego - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z dnia 19 listopada

2021 roku, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II" (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)". Znak Postępowania O.KA.D-3.2410.26.2021, ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2021/S 115-301216 w dniu 16 czerwca 2021 r. („Postępowanie"), niniejszym Spółka oświadcza i informuje Zamawiającego o przeprowadzeniu procedury tzw. samooczyszczenia (self-cleaning), o której mowa w art. 110 ust. 2 p.z.p.

Poniżej przedstawiam opis okoliczności wykluczenia Wykonawcy z ww. Postępowania.

W ocenie Zamawiającego - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach w ww. Postępowaniu zaistniały przesłanki determinujące konieczność

wykluczenia Wykonawcy, tj.:

- przedstawione przez Wykonawcę w złożonym w Postępowaniu JEDZ informacje wprowadziły zamawiającego w błąd;

- informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

- przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa

Wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że zaznaczając w Postępowaniu w odpowiedzi na pytanie w części III, sekcja C JEDZ „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" odpowiedź „NIE", Wykonawca wprowadził go w błąd nie podając informacji o realizacji zawartej w dniu 28 września 2017 roku umowy nr CRU/17/0003358 (z późn. zm.) („Umowa") na realizację inwestycji pn. „Budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" z inwestorem - Gminą Miasta Szczecin.

W toku realizacji Umowy Wykonawca odstąpił od Umowy; podobnie uczyniła i Gmina Miasto Szczecin, naliczając nadto Wykonawcy kary umowne. Wykonawca i Gmina Miasto Szczecin pozostają zatem w sporze co do przebiegu realizacji i sposobu zakończenia przedmiotowej Umowy. Spór ten został wszczęty z powództwa Spółki i toczy się obecnie przed Sądem Okręgowym w Szczecinie pod sygn. akt VIII GC 365/21.

Mając powyższe na uwadze, w szczególności toczony przed sądem powszechnym spór, szczegóły przebiegu realizacji Umowy oraz w ocenie Wykonawcy bezskuteczne odstąpienie od Umowy przez Gminę Miasto Szczecin, a tym samym uważając, że w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt. 7 p.z.p., a rozwiązanie Umowy spowodowane było wyłącznie przyczynami leżącymi po stronie Gminy Miasto Szczecin, w złożonym w Postępowaniu JEDZ Wykonawca w odpowiedzi na powyżej przytoczone pytanie udzielił odpowiedzi przeczącej.

Sposób, w jaki Spółka wypełniła dokument JEDZ w ww. Postępowaniu był w ocenie Spółki w chwili jego wypełniania prawidłowy i zgodny z przepisami prawa rządzącymi procesem udzielania zamówień publicznych.

W dokumencie JEDZ wykonawca odpowiedzieć musi na następujące pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" TAK/NIE.

Wypełniając JEDZ Spółka uznała, że powyższe pytanie dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy rzeczywiście zachodzi ustawowa (tj. wskazana w art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 roku (ze zm.) Prawo zamówień publicznych („p.z.p.") przesłanka wykluczenia w związku z odstąpieniem od wcześniejszej umowy.

A ponadto, Spółka wypełniła JEDZ zgodnie z obowiązującą aktualnie instrukcją wypełniania JEDZ opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych.

(.)

Spółka sądziła, że skoro w stosunku do Spółki nie zachodzą przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt. 7 p.z.p., a rozwiązanie umowy spowodowane było wyłącznie

przyczynami leżącymi po stronie Zamawiającego, to sposób wypełnienia JEDZ przez Spółkę w ww. Postępowaniu był prawidłowo i zgodny z obowiązującym prawem.

Jednak w dniu 13 grudnia 2021 Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 3467/21 z wniesionego przez Spółkę Odwołania z dnia 29 listopada 2021 r. w przedmiotowym postępowaniu - w przetargu nieograniczonym pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II" (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)", znak postępowania O.KA.D-3.2410.26.2021. W wyroku tym Izba uznała, że zaprezentowana powyżej przez Spółkę argumentacja, zgodna z najnowszą instrukcją do JEDZ, jest nieprawidłowa, a istotne także i w tej sprawie pytanie JEDZ należy odczytywać jako odnoszące się do wszystkich sytuacji nim objętych, tj. także tych, w których nie zaistniała okoliczność winy nieumyślnej po stronie wykonawcy.

Wobec powyższego, uwzględniając konkluzje z ww. orzeczenia Izby, Spółka doszła do wniosku, że przyjmując to rozumowanie, odmienne od obecnie obowiązującej Instrukcji do JEDZ opracowanej przez UZP, w JEDZ wskazać należy sytuacje zaistniałe w trzech kontraktach realizowanych przez Spółkę, w których doszło do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego przed czasem, jednakże jednocześnie zdaniem Spółki nie miały miejsca okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

I. Umowa z dnia 28 września 2017 roku nr CRU/17/0003358 (z późn. zm.) na realizację inwestycji pn. „Budowa Szkoły Podstawowej przy ul. Podbórzańskiej i Kredowej w Szczecinie" („Umowa") z inwestorem - Gminą Miasta Szczecin („Zamawiający").

Na podstawie tej Umowy Spółka realizowała na zlecenie Zamawiającego inwestycję polegającą na budowie nowej szkoły podstawowej w dzielnicy Warszewo w Szczecinie. Umowa była kontraktem typu „projektuj i buduj", a zatem na jej podstawie Spółka zobowiązana była sporządzić dokumentację projektową (w tym projekt budowlany, projekty wykonawcze i projekt aranżacji i wyposażenia wnętrz), uzyskać pozwolenie na budowę i na ich podstawie zrealizować inwestycję.

Spółka i Zamawiający pozostają w sporze co do przebiegu realizacji i sposobu zakończenia przedmiotowej Umowy. Spór ten został wszczęty z powództwa Spółki i toczy się obecnie przed Sądem Okręgowym w Szczecinie pod sygn. akt VIII GC 365/21.

Dowód: kopia pozwu z dnia 7 lipca 2021 r.

W pozwie opisany został szczegółowo przebieg realizacji Umowy oraz bezprawne i naruszające Umowę działania Zamawiającego, które uniemożliwiły realizację Umowy.

Tym samym podkreślić należy, że w związku z realizacją Umowy to Spółka jest wierzycielem Zamawiającego i to Spółka wystąpiła z powództwem przeciwko Zamawiającemu (nie zaś Zamawiający z powództwem przeciwko Spółce).

W dniu 5 października 2020 roku Spółka złożyła w Sądzie Okręgowym w Szczecinie powództwo o ustalenie bezskuteczności wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego

(sygn. akt VIII GCo 80/20).

Aktualna sytuacja procesowa przedstawia się zatem tak, że to Zamawiający jest stroną pozwaną w procesie wytoczonym przez Spółkę jako powoda.

Szczegółowa argumentacja została zaprezentowana w pozwie Spółki, którego kopię Spółka do niniejszej odpowiedzi załącza.

Dowód: kopia pozwu z dnia 5 października 2020 roku.

W tym miejscu krótko reasumując argumentację zaprezentowaną w pozwie Wykonawca wskazuje, że przede wszystkim prawidłowo i terminowo wywiązał się ze swoich obowiązków oraz że przekazana Zamawiającemu dokumentacja nie była wadliwa, a wszelkie uwagi Zamawiającego (chociaż spóźnione) były we właściwy sposób na bieżąco uwzględniane. Okoliczności związane z dokumentacją projektową nie mogły uzasadniać odstąpienia od Umowy czy naliczenia kar umownych. W tym zakresie wszelkie przeszkody w realizacji inwestycji, w tym opóźnienie w jej realizacji, muszą zostać przypisane wyłącznie Zamawiającemu.

Oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy było bezpodstawne a samo odstąpienie od Umowy - bezskuteczne. Nieskuteczne odstąpienie od umowy i naliczenie kar nie wywołuje konsekwencji prawnych. Brak było również i brak jest nadal podstaw do

naliczenia Wykonawcy kar umownych i co za tym idzie zaspokojenia ich z gwarancji.

(.)

Podsumowując powyższe, w związku z wyżej opisaną bezskutecznością odstąpienia od umowy przez Zamawiającego i skutecznym odstąpieniem od umowy przez Spółkę dokonanym w oparciu o art. 6494 k.c. rozwiązanie umowy przed czasem miało miejsce z powodu okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, wobec czego niniejsza sytuacja, podobnie jak dwie opisane wcześniej nie stanowi wypełnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., zaś Spółka przedstawia jej opis wyłącznie z powodu treści wcześniej wskazanego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

(...) uznając wyrok KIO za wiążący akt stosowania prawa, Spółka dokonała procedury self-cleaningu (samooczyszczenia), w związku z przewidzianą w przedmiotowym postępowaniu w SWZ/ogłoszeniu podstawą wykluczenia wykonawców z postępowania opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. i przedstawia poniżej informacje wymagane zgodnie z art. 110 ust 2 pzp w celu udowodniania, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art.109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.".

Wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. wraz z ofertą złożył gwarancję wadialną nr 1105/2021/FIN z dnia 27 grudnia 2021 r. udzieloną przez Bank - Societe Generale S. A. Oddział w Polsce. Z treści przedłożonej gwarancji wadialnej wynika, co następuje:

„(.) Bank zobowiązuje się do zapłaty łącznej kwoty nieprzekraczającej 7 700 000,00 PLN (słownie: siedem milionów siedemset złotych, 00/100) na pierwsze pisemne żądanie zapłaty Zamawiającego, zawierające oświadczenie, że jest w posiadaniu gwarancji w formie elektronicznej oraz aneksu/ów lub tekstu/ów jednolitych do gwarancji (o ile zostały sporządzone, w formie pisemnej lub elektronicznej), podając ich numer i datę wystawienia oraz, że zaistniała którakolwiek z przesłanek, określonych w art 98 ust 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz 2019) zwanej dalej Ustawą PZP, tj. gdy: (.);

Niniejsza gwarancja jest ważna od dnia 29.12.2021 i obowiązuje do dnia 27.04.2022, po którym to terminie wygasa w całości i automatycznie, jeżeli najpóźniej w wyżej wskazanym terminie Bank nie otrzyma prawidłowego żądania zapłaty, tj. spełniającego wymogi określone w niniejszej gwarancji.

(.)

Żądanie zapłaty musi być dostarczone do Banku w formie: pisemnej (tj. w oryginale) lub elektronicznej, w sposób umożliwiający Bankowi weryfikację uprawnień do właściwej reprezentacji Zamawiającego i uwierzytelnienie podpisów osoby/ób podpisujących żądanie zapłaty.

(.)

Żądanie zapłaty w formie elektronicznej musi zawierać oświadczenie Zamawiającego, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym i być dostarczone na następujący adres Banku:list.pl-guarantees@sgcib.com. Dodatkowo Bank powinien otrzymać

oryginał/notarialną kopię dokumentu (w przypadku pełnomocnictwa dopuszczalna jest również forma elektroniczna), potwierdzającego uprawnienia do podpisywania żądania zapłaty z gwarancji w imieniu Zamawiającego. W przypadku pełnomocnictwa w formie pisemnej wymagane jest dostarczenie notarialnie poświadczonego podpisu/notarialnie poświadczonego wzoru podpisu mocodawcy pełnomocnictwa i dokumentu potwierdzającego uprawnienia mocodawcy, zaś w przypadku pełnomocnictwa w formie elektronicznej - dokumentu potwierdzającego uprawnienia mocodawcy".

Zamawiający pismem z 18 stycznia 2022 r. działając na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia. Zamawiający zadał POLAQUA Sp. z o.o. m.in. następujące pytania:

„Pytanie nr 49

Czy uwzględniono w ofercie wszystkie wymagania dla materiałów i technologii wskazane w dokumentach przetargowych? Czy oferto sporządzono została w oparciu o koszt materiałów spełniających wszystkie wymagania zapisane we WWiORB, z uwzględnieniem

specjalnych wymagań Zamawiającego?

Pytanie nr 51

Jak Wykonawca wycenił wymagania zawarte w PFU pkt. 1.2.3. „Wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z przygotowaniem budowy i jej przeprowadzeniem"? Prosimy o informację czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w przytoczonym punkcie PFU, czy zawiera związane z tym koszty oraz ile te koszty wynoszą?

Pytanie nr 87

Prosimy o podanie całkowitego kosztu budowy obiektów, w tym kosztu posadowienia. Prosimy, aby powyższe informacje przedstawić w formie tabelarycznej j.n.

Lp.	obiekt	Długość całkowita	Szerokość całkowita	Rodzaj konstrukcji	Rodzaj posadowienia/ technologia	Koszt całkowity (netto)	koszt posadowienia (netto)
1.							

Pytanie nr 88

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?”.

W odpowiedzi na wyżej wymienione wezwanie POLAQUA Sp. z o.o. pismem z dnia 4 lutego 2022 r. udzieliła wyjaśnień, wskazując:

Odpowiedź na pytanie nr 49:

„Uwzględniono w ofercie wszystkie wymagania dla materiałów i technologii wskazane w dokumentach przetargowych? Czy oferta sporządzona została w oparciu o koszt materiałów

spełniających wszystkie wymagania zapisane we WWiORB, z uwzględnieniem specjalnych wymagań Zamawiającego”.

Odpowiedź na pytanie nr 51:

„Oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w przytoczonym punkcie PFU. Oferta zawiera związane z tym koszty. Koszty są częścią składową Wymagań ogólnych wykazu płatności oraz Dokumentów Wykonawcy wykazu płatności i zawierają wszystkie nie zbędne

koszty związane z punktem 1.2.3 PFU do prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia”.

W odpowiedzi na pytania nr 87 i 88 POLAQUA Sp. z o.o. załączyła tę samą tabelę o treści j.n.:

Lp.	obiekt	Długość całkowita	Szerokość całkowita	Rodzaj konstrukcji	Rodzaj posadowienia/ technologia	Koszt całkowity (netto)	koszt posadowienia (netto)
1	MS-1	44,30	28,68	Belkowy	bezpośrednie	5 506 933,15	0,00
2	MD-1A	44,30	11,50	Belkowy	bezpośrednie	2 646 035,92	0,00
3	WD-2	49,00	12,31	Belkowy	bezpośrednie	2 603 391,58	0,00
4	MS-3	14,20	28,50	żelbetowy	bezpośrednie	2 447 782,51	0,00
5	WD-4	42,30	11,90	Belkowy	Pale CFA 1200	3 353 964,92	694 014,20
6	ES-4A	8,00	28,40	żelbetowy	Pale Franki 610	2 304 444,14	1 140 984,81
7	WE-5	41,60	51,00	Belkowy	bezpośrednie	9 176 886,29	0,00
8	WS-6	22,20	28,30	Belkowy	bezpośrednie	5 018 987,16	0,00

9	MS-7	40,00	28,68	Belkowy	Pale CFA 1000	7 056 059,58	909 750,50
10	MD-7a	40,00	10,10	Belkowy	Pale CFA 1000	3 458 035,03	328 825,48
11	MS-8	63,30	28,58	Belkowy	Pale CFA 1000	9 277 816,37	1 254 234,34
12	WD-9	52,54	17,88	Belkowy	Pale CFA 1200	4 825 870,33	679 157,62
13	WD-10	50,65	14,1	Belkowy	Pale CFA 1200	4 061 390,88	747 073,39
14	WD-11	44,30	11,23	Belkowy	bezpośrednie	2 255 620,13	0,00
15	WD-12	46,41	12,39	Belkowy	Pale CFA 1200	3 038 394,23	623 976,07
16	MS-13	16,50	30,68	Belkowy	Pale CFA 1000	4 826 638,41	920 711,35
17	MD-13A	16,50	11,50	Belkowy	Pale CFA 1000	2 784 981,08	338 220,50
18	WD-14	50,40	14,39	Belkowy	bezpośrednie	2 913 284,18	0,00
19	WD-15	44,24	11,89	Belkowy	bezpośrednie	2 563 940,39	0,00
20	WD-16	48,30	14,39	Belkowy	bezpośrednie	2 884 594,20	0,00

Kolejno Zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2022 r. zwrócił się do Przystępującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących:

„Załączników do wyjaśnień tj. ofert i umów, na które się Państwo powołują np. w odpowiedziach na pytania nr 1, 6, 7, 10, 16. W uzasadnieniu ceny oferty przywołano załączniki z ukrytymi cenami. Proszę o przedstawienie rzetelnych dokumentów na poparcie wyliczeń kosztów i cen jakie Wykonawca przyjął w ofercie".

Pismem z dnia 18 lutego 2022 r. POLAQUA Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia, załączając dowody na poparcie wyliczeń kosztów, jakie wykonawca ten wycenił w swojej ofercie tj. oferty z ujawnionymi cenami.

Następnie pismem z dnia 23.02.2022 r. Zamawiający wezwał POLAQUA Sp. z o.o. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących:

„1. Odpowiedzi na pytanie nr 49. Nie udzielono odpowiedzi. Proszę o udzielenie odpowiedzi.

2. Odpowiedzi na pytanie nr 51 o treści: Jak Wykonawca wycenił wymagania zawarte w PFU pkt. 1.2.3. „Wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z przygotowaniem budowy i jej przeprowadzeniem"? Prosimy o informację czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w przytoczonym punkcie PFU, czy zawiera związane z tym koszty oraz ile te koszty wynoszą?

W odpowiedzi Wykonawca poinformował, iż Oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w przytoczonym punkcie PFU, zawiera związane z tym koszty niezbędne do prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia. W odpowiedzi Wykonawca nie wskazuje jednak ile te koszty wynoszą. Zamawiający prosi o uzupełnienie powyższej

odpowiedzi.

3. W odpowiedzi na pytanie nr 76 Wykonawca powołuje się na załączony dokument przejęcia środka trwałego w postaci wytwórni Ammann na stan firmy. Zamawiający nie znajduje takiego załącznika w dokumentach złożonych z wyjaśnieniami. Prosimy o uzupełnienie.

4. Odpowiedzi na pytanie 87 i 88 - proszę o uzupełnienie odpowiedzi na pytanie nr 87 i 88 o przepusty przewidziane do wykonania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia".

W dalszej kolejności pismem z dnia 1 marca 2022 r. POLAQUA Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia wskazując, co następuje:
w odpowiedzi na pytanie nr 49:

„Wykonawca przedstawia prawidłową odpowiedź na pytanie:

W ofercie Uwzględniono wszystkie wymagania dla materiałów i technologii wskazane w dokumentach przetargowych. Oferta sporządzona została w oparciu o koszt materiałów spełniających wszystkie wymagania zapisane we WWiORB, z uwzględnieniem specjalnych wymagań Zamawiającego";

- w odpowiedzi na pytanie nr 51:

„Oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w przytoczonym punkcie PFU. Oferta zawiera związane z tym koszty. Koszty są częścią składową Wymagań ogólnych wykazu płatności oraz Dokumentów Wykonawcy wykazu płatności i zawierają wszystkie nie zbędę koszty związane z punktem 1.2.3PFU do prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia.

Koszty te wynoszą: 3 000 000 PLN.

Koszty dokumentów projektowych wykonawcy ujęte są w wykazie płatności p. II Dokumenty

Wykonawcy.

Koszt robót budowlanych wynikających tych wymagań ujęty jest w wykazie płatności p. III

Roboty";

- w odpowiedzi na pytanie nr 76 POLAQUA Sp. z o.o. załączyła dokument dotyczący wytwórni Amman;

- w odpowiedzi na pytania nr 87 i nr 88 Przystępujący zamieścił następującą tabelę:

Lp.	Oznaczenie przepustu wg PB	kilometraż	Przeszkoda	Konstrukcja (szer., wys.)	Koszt całkowity
1	2	3	4	5	6
1	PZC-1	166+015(S6) 0+656,32 (DZ1)	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	625 010,27
2	PZ-2	167+240(S6) i DK6 (DZ1)	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	591 914,75
3	PZC-3	168 + 383 (S6) i DK6 (DZ4b)	Ciek + szlak migracji płazów	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	553 485,29
4	PZC-4	169+289	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	393 441,30
5	PZC-5	170+052	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	402 852,48
6	PZC-6	170+206	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	431 086,02
7	PZC-7	170+295	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	432 027,14
8	PZ-8	171+940	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	316 433,83
9	PZ-9	172+080	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	397 566,96
10	PZ-9a	172+130	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	397 566,98
11	PZ-10	172+720	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	429 247,52
12	PZ-11	173+665	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	368 972,22

13	PZC-12	175+060	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	656 954,38
14	PZC-13	175+245	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	367 431,80
15	PZ-14	175+650	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	297 889,12
16	PZ-15	178+100(S6) 1 + 747 (DZ12)	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	468 283,31
17	PZ-16	185 + 450 (S6) 0+605 (DK6)	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	459 010,95
18	PZ-17	186+800(S6) 0+280(DZ20)	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	475 237,58
19	PZ-18	187+500	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	311 797,65
20	PZ 19	187+600	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	331 887,76
					8 708 097,31

Pismem z dnia 7 marca 2022 r. Zamawiający wezwał POLAQUA Sp. z o.o. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, formułując następujące pytanie:

„W jaki sposób Wykonawca uwzględnił w Ofercie uwarunkowania zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 279, zgodnie z którą „przepusty należy wykonać zgodnie z przekazanym projektem budowlanym”?

Proszę o przedstawienie rzetelnych dokumentów na poparcie wyliczeń kosztów i cen jakie Wykonawca przyjął w ofercie”.

Pismem z dnia 10 marca 2022 r. POLAQUA Sp. z o.o. udzieliła następującej odpowiedzi:

„Wykonawca przygotował ofertę zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 279 i wycenił przepusty zgodnie z przekazanym projektem budowlanym.

Poniżej przedstawiamy wyliczenia kosztów przedmiotowego asortymentu robót:

Nazwa przepustu	Nazwa drogi	Km wg przecięcia z osią drogi	Tabela Długość H Tabela PA-B pukt 14 str.43	Rysunki Długość [m] plan	Średnica [m] Tabela PA-B pukt 14 str.43	Średnica Plan sytuacyjny zgodna z rys	nr. Rys	Wartość netto
PD-se-i	Sa	1M«O15	1SJ5	16 50	▪	120	221	29 948,49
PD-S6-2	se	-=, -i	10	10JOO	12	120	220	8 51620
PD-S6-3	56	175*245	11	11JOO	12	120	220	9 367,82
PO-OZ4-1	DZ4	0*153.5	25.6	2750	12	120	2.06	23 760 20
PD-DZ4A-1	DZ4A	0*0562	17J8	1920	0.8	ojao	226	11809,91
PODZ5 1	DZ5	0*471,1	22.4	22.40	12	120	226	1907629
PDDZ6 1	DZB	0*156,1	18.1	13.10	0,7	020	2,02	10 795,93
PD-OZ6-2	DZB	0*928,9	15.1	15.10	1.0	120	2,02	12 859.46
PD-OZ6-3	DZB	1*083,1	18J5	1820	0.8	020	229	11 034,51
PD-OZ6-4	DZB	1*173,5	17	1720	1.3	120	2,09	27 55122
PD DZ7 1	DZ7	0*261,5	16,7	16.70	0.7	020	2,06	9 960,88
PDDZ8 1	□13	0*528.0	122	brak	0.8	na DZ8 występują tylku przepusty zabezpeczajęce gazociąg PG-IAiPG-IC o<az inf. Towarzysząca	2.12 i 1.19PD PZT2.12	7 336,46
PO-DZ8-2	DZB	0*718.0	146	brak	0,8	na DZS wstępują tylku przepusty zabezpieczające gazod ąg PG1A i PG-1C oraz inf. Towarzysząca	2.121 1.19PD P2T2.12	8 827,61
PDD29 1	DZS	0*013.9	16.7	16 70	D.B	020	2,16	9 960,88
PDDZ9 2	DZS	1*328,8	13J5	13 50	0.9	120	220	11 49667
PD-DZ10-1	DZID	0*840,0	21	2150	1.0	120	223	17 684,02
PD -DZI2 1	DZ12	0*100,0	iaja	15 50	0.8	020	Ł53	9 424.07
PD DZ12 2	DZ12	1 «379.0	24.4	22.40	10	120	Z2S	1907629
PD DZ13-1	□ZI 3	1*081,0	29J5	2920	u	120	131	32 748,54
PD-OZ18A1	DZ1BA	0*150,0	23,1	2720	10	120	2,36	23 164,06
PD-OZ18A2	DZ1BA	0*190,0	19.1	2320	10	120	2,36	2001307
PD-DP0389Z-1	DPO389Z	0«1B3,0	21JS	2120	u	120	1.04 Dr. Roz	23 978,59
PD DPO389Z-2	DP0389Z	0*271,4	21.7	21.70	u	120	1.04 Dr. Roz	24 089,60
PD DP3541Z-1	DP3541Z	0*145,7	23.1	23.10	12	120	I.OIDr.Poz	23 930,52
PD DZ35412(2)-1	DP3541Z	0*0512	192	1920	0.8	020	1.02Dr. Poz	11 511,68
PD LI KAWNO1	LI KAWNO	0*0662	172	1720	0.8	020	1 01 węzły	10 259,11
PDŁ2 KAWNO1	L2 KAWNO	0*150,5	172	1720	0,8	020	2.06	10 438,05
PDŁ3 KAWNO1	L3 KAWNO	0*070,3	16.4	16.40	0,8	020	2,05	9 781,94
PD-Ł3 KAWNO2	L3 KAWNO	0*323,5	32,7	32.70	12	120	2,05	27 847,97
PD <4 KAWNO-1	L4 KAWNO	/ -	162	1620	0,8	020	225	9 841,59
PD-LI MALECHOWCH	LI-MALECHWO		16.00	16.00	1,00	120	223	13 625,92
PD-LI MALECHOWO-2	LI-MALECHWO	▪▪	37.00	37.00	1,50	120	213	59 964,42
PD-Ł2 MALECHOWO-I	Ł2MALECHWO		2220	2220	1,00	120	2.23	19161,45
PD-L3 MALECHOWO-I	Ł3-MALECHWO		16.00	16.00	120	120	223	13 625,92
PD-L4 MALECHOWO-I	Ł4-MALECHWO	▪	1720	1720	1.00	120	223	14 903,35
PD DZ10&-J	DZIOa	0*080.00	21.00	2120	120	120	223	17 684,02
PD DZIOa 2	DZIOa	0*252.00	22.00	22.00	120	120	223	18 735,64
PD DZ16 1	DZ16	. . ..	202	20.30	120	120	2.34	23 090,50
PD DZ1612)-1	DZ16(2)	0* 1 16.&1	212	2120	120	120	2.34	23 534.54
PD-DZ17-1	DZI7	1*01128	172	17220	0.80	020	2,36	10 259.11
PD W.KARWŁ1-1	Ł1 WKARWICE	0*078,33	19	1920	1,00	120	2.34	16 180,78
PDW.KARWŁ21	L2 WKARWICE	i . ~	202	2020	1,00	120	2,34	17 798,86
PDW.KARWL3 1	L3 WKARWICE	□ ♦.720 70	202	2020	1,00	120	2J4	1745821
PD W.KARWL4 1	Ł4 WKARWICE	0*305,43	18 J	1820	1,00	120	2.34	15 564,65
PD-L1 BOBROWICE-1	'Li i ';7 :i		16.00	16.00	1,00	120	2,42	13 625,92
PD-Ł2 BOBROWICE-1	L2 BOBOROWICE	0* 157.15	1520	1520	1,00	120	2,42	13 200,11
PO-Ł4 BOBROWICE-1	Ł3 L4 BOBOROWICE	0*212-54/ 0*046.01	3720	3720	1,00	120	242	31 509,94
PD-Ł4 BC6ROWICE-2	L4 BOBOROWICE	0*17227	1320	1620	120	120	2,42	13 625.92
PD-DZ20a-1	DZ20S	0-103.64	3420	3420	120	120	2,42	28 955,08
PD DZ20 1	DZ20	0*121.5,	1720	1720	120	120	2.41	14 477.54

9&B.30 979.00 883 493.71

W dniu 17 marca 2022 r. Zamawiający zwrócił się do POLAQUA Sp. z o.o. o uzupełnienie wyjaśnień z dnia 11 marca 2022 r. o przepusty wyszczególnione w wyjaśnieniach z dnia 1 marca 2022 r., prosząc jednocześnie o przedstawienie rzetelnych dokumentów na poparcie wyliczeń kosztów i cen jakie wykonawca przyjął w ofercie.

Przystępujący w dniu 22 marca 2022 r. wysłał do GDDKiA dokumenty na poparcie wyliczeń kosztów i cen jakie zostały przyjęte w ofercie.

Kolejno pismem z dnia 24 marca 2022 r. Zamawiający zwrócił się o niezwłoczne uzupełnienie wyjaśnień z dnia 11 marca 2022 r. o przepusty wyszczególnione w wyjaśnieniach z dnia 1 marca 2022 r. (odpowiedź na pytanie nr 4).

W piśmie z dnia 28 marca 2022 r. POLAQUA Sp. z o.o. wskazała, co następuje: „Wykonawca uzupełnienia wyjaśnienia z dnia 11.03.2022 o przepusty wyszczególnione w swoich wyjaśnieniach z dnia 1.03.2022 (odpowiedź na pytanie nr 4). W tabeli poniżej

podane są dane na temat wartości materiałów, sprzętu, robocizny i innych czynników cenotwórczych. Wyliczenia tych wartości zostały opracowane na podstawie ofert dostawców materiałów takich jak beton, kruszywa, aktualnej na dzień składania oferty stali oraz kosztów pracy sprzętu i robocizny. W załączeniu przedstawiamy ponownie dokumenty na poparcie tych wyliczeń".

POLAQUA Sp. z o.o. dołączyła tabelę o następującej treści:

Lp.	Oznaczenie przepustu wg	kilometraż	Przeszkoda	Konstrukcja (szer., wys.)	Koszt całkowity	Materiały	Sprzęt	Robocizna	Inne
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
1	PZC-1	166+015 (S6) 0+656,32 (DZ1)	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	625 010,27	390 631,42	40 000,66	138 127,27	56 250,92
2	PZ-2	167 + 240 (S6) i DK6 (DZ1)	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	591 914,75	369 946,72	37 882,54	130 813,16	53 272,33
3	PZC-3	168 + 383 (S6) i DK6 (DZ4b)	Ciek + szlak migracji płazów	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	553 485,29	345 928,31	35 423,06	122 320,25	49 813,67
4	PZC-4	169+289	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	393 441,30	245 900,81	25 180,24	86 950,53	35 409,72
5	PZC-5	170+052	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	402 852,48	251 782,80	25 782,56	89 030,40	36 256,72
6	PZC-6	170+206	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	431 086,02	269 428,76	27 589,51	95 270,01	38 797,74
7	PZC-7	170+295	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	432 027,14	270 016,96	27 649,74	95 478,00	38 882,44
8	PZ-8	171+940	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	316 433,83	197 771,14	20 251,77	69 931,88	28 479,04
9	PZ-9	172+080	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	397 566,96	248 479,35	25 444,29	87 862,30	35 781,02
10	PZ-9a	172+130	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	397 566,98	248 479,36	25 444,29	87 862,30	35 781,03
11	PZ-10	172+720	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	429 247,52	268 279,70	27 471,84	94 863,70	38 632,28
12	PZ-11	173+665	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	368 972,22	230 607,64	23 614,22	81 542,86	33 207,50
13	PZC-12	175+060	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	656 954,38	410 596,49	42 045,08	145 186,92	59 125,89
14	PZC-13	175+245	Ciek + szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2x1,0 x 1,5	367 431,80	229 644,88	23 515,64	81 202,43	33 068,85
15	PZ-14	175+650	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	297 889,12	186 180,70	19 064,90	65 833,50	26 810,02
16	PZ-15	178+100(S6) 1 + 747 (DZ12)	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	468 283,31	292 677,07	29 970,13	103 490,61	42 145,50
17	PZ-16	185+450(S6)0+605 (DK6)	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	459 010,95	286 881,84	29 376,70	101 441,42	41 310,99
18	PZ-17	186+800 (S6) 0 + 280 (DZ20)	Szlak migracji zwierząt małych	żelbetowy 2,0 x 1,9	475 237,58	297 023,49	30 415,21	105 027,51	42 771,37
19	PZ-18	187+500	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	311 797,65	194 873,53	19 955,05	68 907,28	28 061,79
20	PZ-19	187+600	Szlak migracji płazów	żelbetowy 2,0 x 1,9	331 887,76	207 429,85	21 240,82	73 347,19	29 869,90

8 708 097,31 5 442 560,82 557 318,25 1 924 489,52 783 728,72

Następnie w dniu 4 kwietnia 2022 r. Zamawiający w związku z faktem, że wymiary przepustów podane w wyjaśnieniach przesłanych dnia 28 marca 2022 r. nie są zgodne z wymiarami podanymi w Projekcie budowlanym zwrócił się do POLAQUA Sp. z o.o. z prośbą o potwierdzenie, że wykonawca ten wykona przepusty zgodnie z Projektem budowlanym i odpowiedzią na pytanie do przetargu nr 279.

W dniu 6 kwietnia 2022 r. Przystępujący potwierdził, że wykona przepusty zgodnie z Projektem budowlanym i odpowiedzią na pytanie do przetargu nr 279.

W piśmie z dnia 8 lutego 2022 r. KOBYLARNIA S.A. wskazała, że wyjaśnienia z dnia 8 lutego 2022 r. w zakresie zastrzeżonym, załączniki do wyjaśnień oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz załączniki do uzasadnienia tajemnicy oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa, są zastrzeżone i Zamawiający nie powinien udostępniać tych dokumentów. Odwołujący 2 utajnił odpowiedzi na pytania nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 51, 53, 56, 57, 74, 77, 78, 81, 85, 95 oraz załączniki. W dniu 1 marca 2022 r. KOBYLARNIA S.A. powołując się na uzasadnienie z dnia 8 lutego 2022 r. utajniła również odpowiedź na wniosek Zamawiającego z dnia 23 lutego 2022 r. o uszczegółowienie wyjaśnień wykonawcy z dnia 8 lutego 2022 r.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia skład orzekający Izby uznał, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (dalej: „Przystępujący") i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Izba wskazuje, że okazał się on niezasadny.

W ocenie składu orzekającego analiza treści tego zarzutu postawionego w obu odwołaniach, nie pozwala na stwierdzenie, iż Odwołujący wykazali zaistnienie wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co jest konieczne dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przywołanego przepisu.

Należy bowiem wskazać, że wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może nastąpić jeśli ziszczą się łącznie następujące przesłanki:

1) wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji;

2) wskazane wyżej okoliczności nastąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

3) okoliczności te doprowadziły do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Izba zaznacza, że zarówno Odwołujący 1 jak i Odwołujący 2 podjęli próbę wykazania wyłącznie winy POLAQUA Sp. z o.o. przy rozwiązaniu umowy z Gminą Miasto Szczecin (dalej: „GMS") powołując się w tym zakresie na oświadczenie GMS o odstąpieniu od umowy nr CRU 17/0003358 z dnia 7 sierpnia 2020 r.

Odwołujący podnieśli, że analiza przedmiotowego oświadczenia prowadzi do jednoznacznych wniosków, że Przystępujący w trakcie realizacji wyżej wymienionej umowy miał dopuścić się rażących zaniedbań w realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołujących w szczególności chodzi o błędy projektowe skutkujące koniecznością wprowadzania zmian, a nawet wszczęciem postępowania o uchylenie decyzji o pozwoleniu na budowę, niezgłaszanie umów podwykonawczych czy odmowę dalszej realizacji części przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że zarówno STECOL CORPORATION jak i KOBYLARNIA S.A. podnieśli, iż lista zarzutów GMS jest niebagatelna, jednak w treści uzasadnienia zarzutu odwołania Odwołujący nie przywołali żadnych konkretnych informacji, ograniczając się tym samym do ogólnych twierdzeń, które w ich ocenie miały doprowadzić do uzasadnionego wniosku, że odstąpienie od umowy nr CRU 17/0003358 nastąpiło z przyczyn leżących po stronie POLAQUA Sp. z o.o. Skład orzekający podziela stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku o sygn. akt KIO 1104/22, zgodnie z którym „(...) ciężar wykazania spornej okoliczności faktycznej spoczywał na odwołującym, jako na tej stronie, która z faktu tego wyprowadzała skutek prawny, w postaci konieczności odrzucenia oferty przystępującego, jako podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)". W postępowaniu prowadzonym pod sygn. akt KIO 1104/22 Izba odnosząc się m.in. do treści oświadczenia GMS o odstąpieniu od umowy nr CRU 17/0003358 z dnia 7 sierpnia 2020 r. słusznie stwierdziła, że odwołujący - STECOL CORPORATION nie uniósł spoczywającego na nim ciężaru wykazania spornych faktów. Również w niniejszym postępowaniu skład orzekający uznał, że próba wykazania przez Odwołujących winy POLAQUA Sp. z o.o. przy rozwiązaniu umowy z GMS okazała się bezskuteczna.

Ponadto jak trafnie zauważył Przystępujący zarówno Odwołujący 1 jak i Odwołujący 2 poprzestali w odwołaniach na teoretycznym wywodzie, w którym wyłącznie skrótowo przytoczyli argumenty Gminy Miasta Szczecin, bez jakiegokolwiek skonfrontowania ich z treścią pisma złożonego przez POLAQUA Sp. z o.o. wraz z JEDZ. Należy mieć przy tym na uwadze, że zgodnie z art. 534 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym to na Odwołujących spoczywał ciężar wykazania ewentualnych błędów w dokonanej przez Zamawiającego ocenie, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Odwołujący nie zawarli jednak żadnych odniesień do złożonych dokumentów, a co za tym idzie - zaniechali inicjatywy dowodowej w wykazaniu winy POLAQUA Sp. z o.o. w rozwiązaniu umowy z Gminą Miasta Szczecin.

Izba zwróciła również uwagę na to, że Odwołujący 2 dodatkowo odwołał się do fragmentu informacji GDDKiA Oddział w Katowicach z dnia 19 listopada 2021 r. tj. uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty POLAQUA Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp wskazując na okoliczności związane z odstąpieniem przez GMS od umowy nr CRU 17/0003358 z dnia 7 sierpnia 2020 r. Należy jednak zauważyć, że - jak wynika z treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3467/21 - podstawą wykluczenia Przystępującego z tamtego postępowania był wyłącznie błąd w wypełnieniu formularza JEDZ skutkujący wypełnieniem przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego zarzut nr 2 odwołania postawiony przez Odwołującego 2 we wskazanym powyżej zakresie opiera się zatem na wadliwych ustaleniach faktycznych, co potwierdza, że zarzut ten nie został uzasadniony w sposób prawidłowy.

Nadto należy zauważyć, że wbrew wrażeniu, jakie próbowano wywrzeć w treści obu odwołań, Przystępujący wcale nie usiłował dokonać czynności tzw. samooczyszczenia w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Dokument pn.

„Oświadczenie POLAQUA Sp. z o.o. o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia (SELF-CLEANING)" powoływany przez STECOL CORPORATION oraz KOBYLARNIA S.A. dotyczył bowiem zaistnienia wobec Przystępującego innej fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, co zostało przesądzone przez Izbę w wyroku o sygn. akt KIO 3467/21.

W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, że na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Innymi słowy, Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to mogą one zostać uznane za spóźnione i to również w sytuacji, gdy Odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi.

To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (por. wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 401/20, KIO 403/20).

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 stycznia 2020 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 113/20 stwierdziła, co następuje: „Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

W konsekwencji, o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych 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 z uwagi na art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych".

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby argumentacja zawarta przez Odwołujących w złożonych pismach procesowych z dnia 17, 18, 27 oraz 30 maja 2022 r. odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia POLAQUA Sp. z o.o. z

Postępowania wykracza poza zarzuty odwołań wraz z załączonymi dowodami i dlatego nie została wzięta przez skład orzekający pod uwagę.

Kolejno Izba uznała, że oddaleniu podlegał również zarzut odwołania w sprawie KIO 1170/22 dotyczący błędnej oceny, że informacje zawarte w wyjaśnieniach KOBYLARNIA S.A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie składu orzekającego Odwołujący 1 nie wykazał, że przedstawione przez konsorcjum informacje nie spełniają wymagań określonych

w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie tajemnicy. Uzasadnienie zarzutu STECOL CORPORATION sprowadza się jedynie do zakwestionowania decyzji Zamawiającego i stwierdzeniu, że ocena GDDKiA prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa była niezasadna, a uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa miało charakter ogólny. Odwołujący 1 we wniesionym odwołaniu nie opisał w czym upatruje naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, ani nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie postawionego w odwołaniu zarzutu. Jednocześnie - jak słusznie podniósł Przystępujący KOBYLARNIA S.A. - STECOL CORPORATION w swych pisemnych stanowiskach budował zarzut na nowo precyzując okoliczności, których wcześniej w odwołaniu nie wyraził. Izba podobnie jak w przypadku argumentacji dotyczącej zarzutu nr 2 obu odwołań wskazuje, że zasadne jest pominięcie tych stanowisk jako wykraczające poza odwołanie i jako takie stanowiące jego uzupełnienie.

Również zarzuty odwołań dotyczące zaniechania odrzucenia oferty POLAQUA Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie obiektów inżynierskich oraz przepustów podlegał oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazali, że niewielkie odstępstwa od wymiarów w zakresie niektórych obiektów inżynierskich, które nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez Zamawiającego oraz Przystępującego w trakcie postępowania odwoławczego, mają charakter zmian istotnych i wymagają zmian decyzji ZRiD, decyzji środowiskowej czy też decyzji wodnoprawnej. Wprowadzenie zmian do Projektu budowlanego w zakresie wymiarów projektów nie było bezwzględnie niedopuszczalne, co wynika jednoznacznie z pkt 1.1 PFU. Jak bowiem wynika z wyżej wymienionego postanowienia PFU „wszelkie zmiany w stosunku do rozwiązań Projektu

Budowlanego nie mogą przewidywać konieczności zmiany ZRID i DSU- dopuszcza się jedynie zmiany nieistotne". Powyższy zapis koresponduje z przepisem art. 32a ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 176, dalej: „specustawa drogowa"), w myśl którego „Odstąpienie od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego, w zakresie objętym projektem zagospodarowania terenu w liniach rozgraniczających drogi, nie stanowi istotnego odstąpienia, o którym mowa w art. 36a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, jeżeli nie wymaga uzyskania opinii, uzgodnień, pozwoleń i innych dokumentów, wymaganych przepisami szczególnymi". W tym kontekście dostrzeżenia wymagało w szczególności, że Odwołujący w treści odwołań nie zarzucili, iż wskazywane przez nich rzekome zmiany, dokonane przez Przystępującego względem rozwiązań z Projektu budowlanego, były istotne.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że słusznie podkreślił Przystępujący, iż do nielicznych uchybień POLAQUA Sp. z o.o. przyczyniły się m.in. rozbieżności pomiędzy parametrami zawartymi w części opisowej Projektu Architektoniczno-Budowlanego, a parametrami umieszczonymi na rysunkach z tego projektu, czy też rozbieżności w danych zawartych w PFU względem rysunków z Projektu Architektoniczno-Budowlanego. Mając na uwadze sprzeczności w dokumentacji przygotowanej przez projektanta Izba przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego i Przystępującego odnośnie niewielkich rozbieżności w zakresie parametrów obiektów, o których mowa w wyjaśnieniach z dnia 4 lutego 2022 r. W ocenie Izby Zamawiający słusznie zauważył, że rozbieżności te wynikały m.in. z faktu, że wykonawca przyjmował w kolumnie „Długość całkowita" rozpiętości przęseł lub długość całkowitą obiektu czy też zaokrąglał poszczególne wartości w górę.

Odnośnie natomiast zarzutu dotyczącego braku zaoferowania przez Przystępującego wykonania konstrukcji oporowej dla obiektu MD-1A należy podnieść, że jest on bezpodstawny. Izba wskazuje, że Przystępujący potwierdził, iż wykona konstrukcję oporową zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. POLAQUA S.A. wskazała, że uwzględniła obiekt MD-1A w tabeli, zaś konstrukcja oporowa stanowi jego immanentny element, bez którego wykonanie obiektu MD-1A nie jest możliwe. Słusznie podniósł Przystępujący, że z faktu, iż w nazwie zaoferowanego obiektu MD-1A nie dodał dodatku „+konstr. oporowa" w żadnym razie nie można wywodzić braku wyceny tej konstrukcji, gdyż stanowi ona nieodłączny element obiektu MD-1A. Nadto należy zauważyć, że w odpowiedzi na pytanie nr 86 POLAQUA S.A. zadeklarowała, że uwzględniła w ofercie wszystkie obiekty inżynierskie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, z zachowaniem ich ilości i parametrów. Izba przyjęła również za trafne stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym konstrukcje oporowe opisane w Projekcie budowlanym dla obiektu MD-1A nie stanowią odrębnych obiektów inżynierskich w ramach opracowania projektowego przekazanego w ramach SWZ. Jak zaznaczyła GDDKiA opisane są one bowiem w Projekcie budowlanym jako elementy tego obiektu: „W celu ograniczenia nasypu drogowego za przyczółkami należy wykonać konstrukcje oporowe w technologii gruntu zbrojonego". Mając na uwadze powyższe - w ocenie składu orzekającego - nie można konkludować, że POLAQUA Sp. z o.o. nie uwzględniła w swojej ofercie wykonania konstrukcji oporowej dla obiektu MD-1A.

Odnosząc się z kolei do przepustów ekologicznych Izba zauważa, że z tabeli przedstawionej przez Przystępującego w odpowiedzi na pytanie GDDKiA wynika, że POLAQUA Sp. z o.o. wskazała te przepusty uwzględniając parametry z PFU stanowiącego część SWZ. Na stronach 30 i 31 głównego dokumentu PFU w znajdującej się tam tabeli określono charakterystyczny parametr dla każdego przepustu ekologicznego, którym był „Przewidywany przekrój poprzeczny (szer., wys.)". W toku postępowania odwoławczego Przystępujący podniósł, że sądził, iż taki też parametr należy wskazać w kolumnie „Konstrukcja (szer., wys.)" w tabeli w odpowiedzi na pytanie nr 87 i nr 88 z wezwania Zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że wskazane przez Zamawiającego w pkt 1.1.3.4 PFU (strona 30) w kolumnie piątej tabeli pn. „Przewidywany przekrój poprzeczny (szer., wys.) wymiary odpowiadają parametrom strefy dostępnej dla zwierząt według załącznika nr 2 do postanowienia Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie z dnia 26 lipca 2021 r. znak: WONS-OŚ.4222.1.2021.AW.6. W przywołanym załączniku znajduje się również tabela z kolumną pn. „Parametry całkowite (m) (h x d)", która zawiera wymiary dla poszczególnych przepustów ekologicznych odpowiadające parametrom określonym w Projekcie budowlanym. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Przystępującego na rozprawie w dniu 22 czerwca 2022 r., zgodnie z którym tabela, którą złożyła POLAQUA Sp. z o.o. wskazywała dane z przekroju poprzecznego tj. prześwitu dla zwierząt, natomiast oczywistym jest, że konstrukcja będzie większa - będzie miała wymiary określone w Projekcie budowlanym, a zatem zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe potwierdza również oferta „SIBET" złożona przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 4 lutego 2022 r., a także ostateczne potwierdzenie złożone przez POLAQUA Sp. z o.o. w piśmie z dnia 6 kwietnia 2022 r., iż Przystępujący zamierza wykonać przepusty zgodnie z Projektem budowlanym, które GDDKiA uznała za wystarczające.

Niezależnie od powyższego w tym miejscu wskazać należy, że z treści pytania nr 279 do SWZ wynika, że dotyczyło ono przepustów drogowych, a zatem zasadny jest wniosek, zgodnie z którym udzielona odpowiedź, iż przepusty należy wykonać zgodnie z przekazanym Projektem budowlanym w tym zakresie dotyczyła przepustów drogowych. Z kolei z odpowiedzi na pytanie 282 do SWZ wynika, że należy wykonać przepust ekologiczny opisany w PFU, który nie został wskazany w Projekcie budowlanym.

Odnosząc się w dalszym ciągu do kwestii przepustów Izba podkreśla, że POLAQUA Sp. z o.o. już w wyjaśnieniach z dnia 1 marca 2022 r. zawarła tabelę z przepustami ekologicznymi, którą załączyła ponownie w odpowiedzi na wezwanie GDDKiA z dnia 24 marca 2022 r. Kolejno w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie przepustów z dnia 7 marca 2022 r. „W jaki sposób uwzględnił w Ofercie uwarunkowania zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 279, zgodnie z którą „przepusty należy wykonać zgodnie z przekazanym projektem budowlanym", pismem z dnia 10 marca 2022 r. POLAQUA Sp. z o.o. potwierdziła, że przygotowała ofertę zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 279 i wyceniła przepusty zgodnie z przekazanym Projektem budowlanym, a także załączyła tabelę z przepustami drogowymi, których dotyczyło pytanie nr 279. Następnie w dniu 17 marca 2022 r. Zamawiający zwrócił się do POLAQUA Sp. z o.o. o uzupełnienie wyjaśnień z dnia 10 marca 2022 r. o przepusty wyszczególnione w wyjaśnieniach z dnia 1 marca 2022 r. tj. o przepusty ekologiczne. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Przystępujący załączył wyłącznie dokumenty na poparcie wyliczeń kosztów i cen przyjętych w ofercie. Pismem z dnia 28 marca 2022 r. Przystępujący uzupełnił wyjaśnienia z dnia 11 marca 2022 r. załączając ponownie tabelę z przepustami ekologicznymi z takimi samymi wymiarami jak w tabeli złożonej w dniu 1 marca 2022 r. Nadto z uwagi na to, że Zamawiający stwierdził, iż wymiary przepustów ekologicznych podane w wyjaśnieniach z dnia 28 marca 2022 r. nie są zgodne z wymiarami podanymi w Projekcie budowlanym, w dniu 4 kwietnia 2022 r. poprosił Przystępującego o potwierdzenie, że wykonawca ten wykona przepusty zgodnie z Projektem budowlanym i odpowiedzią na pytanie nr 279. Pismem z dnia 6 kwietnia 2022 r. POLAQUA Sp. z o.o. potwierdziła, że wykona przepusty zgodnie z Projektem budowlanym i odpowiedzią na pytanie nr 279.

Mając na uwadze przywołaną korespondencję pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym uzasadnione jest przyjęcie, że powielanie pytań dotyczących parametrów przepustów ekologicznych było wyłącznie przejawem rozbieżności w zakresie interpretacji zapisów SWZ, a w konsekwencji brakiem kierowania do wykonawcy precyzyjnych wezwań oraz wątpliwości Przystępującego jakie kwestie mają stanowić przedmiot dodatkowych wyjaśnień.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego nie można przyjąć, że w niniejszym stanie faktycznym doszło do nieuprawnionych negocjacji dotyczących oferty złożonej przez POLAQUA Sp. z o.o. i w konsekwencji do zmiany jej treści, a zatem zarzut nr 6 odwołania KOBYLARNIA S.A. podlegał oddaleniu. Zasadnym jest podkreślenie, że wbrew twierdzeniom Odwołującego 2 Przystępujący nie dokonał zmiany treści oferty w zakresie dotyczącym realizacji przepustów, gdyż w piśmie z dnia 6 kwietnia 2020 r. wyłącznie potwierdził fakt wykonania przepustów ekologicznych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co - jak wynika z okoliczności opisanych powyżej - zaoferował już w dniu

Odnosząc się z kolei do zarzutu postawionego przez Odwołującego 2 dotyczącego braku uwzględnienia w ofercie POLAQUA Sp. z o.o. przepustów zabezpieczających Izba wskazuje, że również podlegał on oddaleniu. Jak słusznie zaznaczył Przystępujący twierdzenie to opiera się wyłącznie na rozszerzającej, nieprawidłowej interpretacji pytania Zamawiającego dotyczącego przepustów, które w myśl twierdzeń Odwołującego 2 miałoby dotyczyć także konstrukcji odciążających gazociąg, potocznie określanych mianem „przepustów gazowych". Należy jednak podkreślić, że Zamawiający w pkt 16 odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 maja 2022 r. trafnie wskazał, że nie zamieścił w zestawieniach zawartych w PFU przepustów zabezpieczających gazociąg. GDDKiA podkreśliła, że POLAQUA Sp. z o.o. odniosła się w wyjaśnieniach do przepustów wymienionych w PFU. Ponadto w odpowiedziach na pytania Zamawiającego wykonawca ten wielokrotnie podkreślał, że oferta obejmuje wszelkie inne roboty konieczne do realizacji kontraktu. Izba zwróciła również uwagę na argumentację Przystępującego, zgodnie z którą uwzględniając różnice pomiędzy celem przepustów ekologicznych a konstrukcji obciążających gazociąg, zasadnym jest przyjęcie, że Przystępujący nie musiał domyślić się, że w pytaniu Zamawiającego rzekomo chodziło również o konstrukcje odciążające gazociąg. Ponadto nie potwierdził tego również sam Zamawiający. Niezależnie od powyższego skład orzekający wskazuje, że Przystępujący podczas rozprawy w dniu 22 czerwca 2022 r. przywołał pismo z dnia 10 marca 2022 r. i załączoną do niego tabelę z przepustami drogowymi, z której wynika, że przepusty gazowe zostały przez niego wkalkulowane w cenę oferty. POLAQUA Sp. z o.o. wskazała na przepusty PD-DZ8-1 oraz PD-DZ8-2 i na zapis, iż „na DZ8 występują tylko przepusty zabezpieczające gazociąg PG-1A i PG-1C oraz inf. Towarzyszące".

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty POLAQUA Sp. z o.o. z powodu nieudzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Izba wskazuje, że należy patrzeć na udzielone odpowiedzi całościowo, a nie wyłącznie na pojedyncze pytania oraz zwrócić uwagę, czy wykonawca stara się odpowiedzieć na zadane pytania, czy celowo uchyla się od odpowiedzi. W ocenie Izby mając na uwadze ilość pytań skierowanych do Przystępującego w wezwaniu z dnia 18 stycznia 2022 r. (95 pytań) rażąco nieproporcjonalne i niesprawiedliwe byłoby odrzucenie najkorzystniejszej oferty niepodlegającej wykluczeniu tylko dlatego, że w jednostkowych przypadkach POLAQUA Sp. z o.o. udzieliła odpowiedzi niewystarczająco precyzyjnie (pytanie nr 51), popełniła niezamierzony błąd edytorski (pytanie nr 49) czy omyłkowo nie dołączyła załącznika bądź załączyła dowody, które miały wadę w postaci niewidocznych cen (pytania nr 1,6,7,10, 16 i 46). Niezależnie od powyższego zasadnym jest również wskazanie, że w orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość wezwania wykonawcy przez zamawiającego do uściślenia już złożonych wyjaśnień, jeśli dotychczas złożone wyjaśnienia budzą wątpliwości zamawiającego (tak: KIO w wyroku z dnia 2 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1104/22).

Ponadto Izba stwierdziła, że żaden z Odwołujących nie wykazał, iż cena zaoferowana przez POLAQUA Sp. z o.o. jest rażąco niska. W tym miejscu należy podkreślić, że jak wynika z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym co oznacza, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przypadku rozpoznania zarzutu rażąco niskiej ceny na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (vide: art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). Oznacza to, że stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Skład orzekający w tej sprawie podziela prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia odwołującego, który podnosi zarzut rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2019 r. o sygn. akt KIO 2617/18). Innymi słowy treść art. 537 ustawy Pzp nie uprawnia odwołującego do poprzestania na samych twierdzeniach i przerzucenia na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodu.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zaistniałe okoliczności faktyczne nie powinny skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, o co wnosili Odwołujący. Ponadto zdaniem składu orzekającego nie potwierdził się również zarzut nr 5 obu odwołań.

Izba uznała również, że nie potwierdził się zarzut odwołania wniesionego przez KOBYLARNIA S.A. dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Skład orzekający podziela stanowisko, zgodnie z którym gwarancje wadialne takie jak złożona przez Przystępującego tj. przewidujące możliwość zgłaszania przez zamawiającego żądania

zapłaty wyłącznie w terminie ważności wadium, który jest równy terminowi związania ofertą są prawidłowe, a w konsekwencji oferta wykonawcy, który złożył wadium w taki sposób nie podlega odrzuceniu (por. wyrok KIO z dnia 26 listopada 2021 r. o sygn. akt KIO 3362/21, wyrok KIO z dnia 15 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2806/21, wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3628/21, wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3482/21, wyrok KIO z dnia 21 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 201/22).

Należy podkreślić, że to do zamawiającego należy zadbanie o to, aby podjąć decyzję o wystosowaniu żądania do zapłaty w odpowiednim momencie przed upływem terminu związania ofertą. Po upływie terminu związania ofertą na zamawiającym spoczywa już bowiem obowiązek zwrotu wadium, wówczas nie może już być więc mowy o dochodzeniu zapłaty od gwaranta i to nawet wówczas, gdyby gwarancja wadialna zachowywała swoją ważność.

Powyższa konkluzja w sposób jednoznaczny wynika z przepisów obecnie obowiązującej ustawy Pzp. W tym kontekście wymaga podkreślenia przede wszystkim aktualne brzmienie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w którym jednoznacznie przesądzono, że przesłanką zwrotu wadium jest m.in. upływ terminu związania ofertą oraz art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, w którym to przepisie wskazano, że wadium utrzymuje się do dnia upływu terminu związania ofertą.

Skład orzekający zauważa, że w dniu 22 kwietnia 2022 r. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych wydał istotny wyrok dotyczący kwestii okresu ważności gwarancji wadialnej (sygn. akt XXIII Zs 13/22). Sąd Okręgowy wskazał, że w pełni podziela i uznaje za słuszną argumentację przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 3482/21. Izba w wyżej wymienionym wyroku nie tylko potwierdziła, że przy braku ustalenia szczególnych wymagań zamawiającego co do wadium błędne jest odrzucanie oferty wykonawcy, gdy gwarancja wadialna nie przewiduje możliwości wystosowania przez zamawiającego żądania zapłaty po upływie terminu ważności wadium równego terminowi związania ofertą, ale także przesądziła, że nieważne jest postanowienie SWZ, które by taki wymóg przewidywało.

Mając na uwadze powyższe - w ocenie Izby - niezasadna jest argumentacja przedstawiona przez Odwołującego 2, jakoby wniesienie gwarancji wadialnej z terminem ważności równym terminowi związania ofertą miało pozbawić zamawiającego zabezpieczenia oraz stanowić podstawę do odrzucenia oferty takiego wykonawcy.

O kosztach postępowania odwoławczego w obu sprawach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołujących.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....