Sygn. akt: KIO 3242/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Matecka

Mateusz Paczkowski Irmina Pawlik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu

przy udziale:

A. uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie

B. uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy „Polbud-Pomorze" Sp. z o.o. z siedzibą w Łącku

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt: KIO 3242/24

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi w imieniu Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „Zamawiający") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 4 - odc. węzeł Łagiewniki Zachód (bez węzła) -węzeł Niemcza (z węzłem), długości ok. 9,34 km, nr referencyjny: O/WR.D-3.2410.10.2023 (dalej jako „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 grudnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr Dz.U. S 251/2023 nr 795320-2023.

I. W dniu 5 września 2024 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) wyborze oferty wykonawcy Polbud-Pomorze sp. z o.o. (dalej: „ wykonawca Polbud") jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Polbud, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w dokumentacji,

3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Polbud w sytuacji, gdy została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania,

4) dokonaniu nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Polbud i

nieuzasadnione uznanie, że oferta złożona przez tego wykonawcę jest zgodna z warunkami zamówienia, a wykonawca Polbud nie wprowadził Zamawiającego w błąd oraz nie działał w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polbud, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (w tym Programu Funkcjonalno – Użytkowego) (dalej: „PFU") w zakresie następujących elementów:

- likwidacji składowiska odpadów na wymaganych przez Zamawiającego działkach i w odniesieniu do wymaganej minimalnej ilości odpadów,

- zakresu monitoringu geotechnicznego,

- szerokości warstwy wiążącej konstrukcji nawierzchni KR2,

co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polbud, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że zmaterializowała się wobec wykonawcy Polbud przesłanka wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca Polbud, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie zgodności treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia (w tym PFU),

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polbud, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Polbud,

- odrzucenia oferty wykonawcy Polbud na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania,

- dokonania ponownego badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu (a więc z wyłączeniem oferty wykonawcy Polbud).

II. Pismem wniesionym w dniu 2 października 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili: wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (po stronie odwołującego) oraz wykonawca Polbud (po stronie zamawiającego).

W dniu 2 października 2024 r. do akt sprawy wpłynęło pismo przygotowawcze wykonawcy Polbud zawierające odniesienie się do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wykonawca Polbud uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polbud, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (w tym PFU):

1. w zakresie likwidacji składowiska odpadów na wymaganych przez Zamawiającego działkach i w odniesieniu do wymaganej minimalnej ilości odpadów:

Uzasadniając ww. zarzut Odwołujący odwołał się do postanowień PFU, a w szczególności postanowienie zawartego w pkt 1.1.1.17 tego dokumentu. Z postanowieniem przywołanych przez Odwołującego wynika obowiązek wykonawcy zaprojektowania i wykonania robót m.in. w zakresie wydobycia, wywiezienia i zagospodarowania odpadów zdeponowanych na działkach 164/6 i 164/5 tj. w km od ok. 89 + 915 do ok. 90 + 120, o kodzie odpadu 20 03 99, w ilości min. 41.420 Mg, z zastrzeżeniem obowiązku uwzględnienia w cenie oferty możliwości wystąpienia innych odpadów, w szczególności wymienionych przez Zamawiającego. Ponadto, z postanowień PFU wynika, że wykonawca obowiązany jest do pozyskania w tym celu odpowiednich zgód i pozwoleń. Odwołujący podniósł, że wykonawca Polbud uwzględnił w zaoferowanej cenie wydobycie, transport, utylizację i przetworzenie odpadów jedynie z działki 164/6. Odwołujący podniósł również, że wykonawca Polbud w ramach dokonanej wyceny przyjął wydobycie, transport i utylizację jedynie 41.140 Mg odpadów. Odwołujący powołał się na treść wyjaśnień wykonawcy Polbud z 9 maja 2024 r. przedstawionych w

odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (wezwanie z dnia 16 kwietnia 2024 r.).

Bezsporny jest fakt, że wykonawca Polbud w kalkulacji kosztów wydobycia, transportu i utylizacji odpadów (tabela na str. 14 pisma z wyjaśnieniami z dnia 9 maja 2024 r.) nie wskazał działki nr 164/5 oraz podał zaniżoną ilość odpadów, tj. 41.140,00 Mg zamiast 41.420 Mg. Izba nie podzieliła jednak stanowiska Odwołującego, że ww. okoliczność stanowi podstawę odrzucenia oferty wykonawcy Polbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Za takim stanowiskiem nie przemawia kompleksowa ocena wyjaśnień wykonawcy wraz z załączonymi dowodami. Za nietrafne należy uznać dokonywanie wybiórczej oceny wyjaśnień w oparciu o informacje przedstawione wyłącznie w samej kalkulacji (z pominięciem pozostałej treści wyjaśnień oraz załączonych dowodów). Tym bardziej, że głównym celem tej kalkulacji było przedstawienie Zamawiającemu zakładanych kosztów, a nie zakresu przedmiotowego poszczególnych prac. Zgodnie z pytaniem Zamawiającego nr 10 zd. drugie (zamieszczonym w wezwaniu z dnia 16 kwietnia 2024 r.): „Dla wskazanego rozwiązania należy przedłożyć

kalkulację wraz z dokumentami potwierdzającymi możliwość realizacji we wskazanych kwotach.”. Natomiast nad tabelą zawierającą ww. kalkulację wykonawca Polbud złożył następujące oświadczenie: „Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił zapisy PFU dotyczące wydobycia, wywiezienia i zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 99, a także innych odpadów wymienionych w dokumentacji przetargowej.” Ponadto, wraz z wyjaśnieniami wykonawca Polbud przedstawił Zamawiającemu dwie oferty podwykonawcze. Oferta F.H.U. „DRO-KOM” Usługi Drogowo Komunalne M. K. dotyczy również działki 164/5, a ponadto ilości odpadów: 41.420 Mg. W świetle powyższych faktów za nielogiczny należy uznać wniosek, że wykonawca Polbud – pomimo pozyskania od potencjalnego podwykonawcy oferty dotyczącej pełnego zakresu prac wymaganych zgodnie z dokumentacją Postępowania oraz złożenia oświadczenia o uwzględnieniu postanowień PFU dotyczących „wydobycia, wywiezienia i zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 99, a także innych odpadów wymienionych w dokumentacji przetargowej”, zamierza zrealizować zamówienie niezgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego. W zaistniałym stanie faktycznym sprawy co najwyżej można mówić o wystąpieniu wątpliwości w zakresie treści oferty wykonawcy Polbud. Jeżeli takie wątpliwości pojawiłyby się po stronie Zamawiającego, to powinien on wystosować do wykonawcy Polbud, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, dodatkowe wezwanie do wyjaśnienia treści oferty. Z pewnością jednak nie można uznać, że w aktualnym stanie faktycznym sprawy zaistniała podstawa do odrzucenia oferty, wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten może znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku jednoznacznego stwierdzenia, że oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

2. w zakresie monitoringu geotechnicznego

Odwołujący podniósł, że wykonawca Polbud nie przewidział wykonania monitoringu geotechnicznego na czterech obszarach wzmocnień podłoża w technologii kolumn DSM oraz kolumn kamiennych (od km 81 + 175 do km 81 + 193; od km 81 + 208 do km 81 + 235; od km 82 + 525 do km 82 + 571; od km 82 + 590 do km 82 + 650). Odwołujący zauważył, że wykonawca Polbud przewidział wykonanie monitoringu dla obszarów wzmocnionych kolumnami o długości już nawet 1,8 m czy 2,5 m, podczas gdy nie przewidział monitoringu geotechnicznego na obszarach, na których kolumny (kamienne czy DSM) są dłuższe (np. o długości 3 czy 4 m).

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał zasadności ww. zarzutu. Stawiając ten zarzut Odwołujący oparł się na treści dokumentu WWIORB D-02.01.01G „Wzmocnienie podłoża gruntowego kolumny żwirowe", który dotyczy wyłącznie kolumn żwirowych. Natomiast wykonawca Polbud przewidział w zakresie czterech ww. obszarów wzmocnienia w technologii kolumn kamiennych i kolumn DSM. Skoro ww. dokument (WWIORB D-02.01.01G) nie dotyczy

zaplanowanych przez wykonawcę Polbud technologii wzmocnień, nie może być on brany pod uwagę w ramach badania oferty pod kątem zgodności z warunkami zamówienia.

Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że kolumn DSM dotyczy dokument WWiORB D-02.01.01E, w którym Zamawiający nie zamieścił wymogu instalacji monitoringu geotechnicznego. Natomiast w odniesieniu do technologii kolumn kamiennych Zamawiający nie przekazał żadnego dokumentu WWiORB.

3. w zakresie szerokości warstwy wiążącej konstrukcji nawierzchni KR2

Odwołujący podniósł, że zgodnie z dokumentacją Postępowania konstrukcje nawierzchni podatnych należy wykonać zgodnie z kategorią poszczególnych dróg podanych w PFU oraz z rozwiązaniami przestawionymi w Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych dla określonej kategorii ruchu. Zgodnie z tym Katalogiem (tablica 9.1. Katalogu) dla kategorii ruchu KR2 konstrukcja winna posiadać: 4 cm warstwy ścieralnej z mieszanki mineralno-asfaltowej, 8 cm warstwy wiążącej z betonu asfaltowego, 20 cm warstwy podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3. Odwołujący wskazał, że w ramach wyjaśnień z dnia 9 maja 2024 r. wykonawca Polbud przekazał Zamawiającemu Załącznik nr 20 – wykaz konstrukcji, w którym wskazał dla kategorii KR2 niezgodną z wymaganiami PFU konstrukcję: 4 cm warstwy ścieralnej z mieszanki mineralno-asfaltowej, 5 cm warstwy wiążącej z betonu asfaltowego, 20 cm warstwy podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3.

Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne sprawy wskazują na fakt popełnienia przez wykonawcę Polbud omyłki w zakresie podania informacji o grubości warstwy wiążącej z betonu asfaltowego. Izba dała wiary twierdzeniom wykonawcy Polbud, że doszło do niezamierzonego błędnego przekopiowania do wyjaśnień informacji dotyczącej grubości ww. warstwy zawartej w Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych. W ramach wyjaśnień wykonawca zobowiązany był wskazać w szczególności koszt warstwy wiążącej z betonu asfaltowego, który to element cenotwórczy (8 cm warstwy wiążącej z betonu asfaltowego) został już podany w Katalogu Typowych Konstrukcji

Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych. Dodatkowo, okoliczność zaistnienia omyłki potwierdza złożony przez wykonawcę Polbud w postępowaniu odwoławczym dowód w postaci przedmiaru robót sporządzonego na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej i przesłanego w dniu 18 marca 2024 r. przez biuro projektowe DAMART, które na zlecenie wykonawcy Polbud opracowało przedmiary robót na potrzeby sporządzenia oferty w Postępowaniu (zapis dla pozycji TER 800: „Warstwa wiążąca z AC 16W gr 8cm (KR2)"; zapis właściwości pliku (zakładka Szczegóły): data ostatniego zapisania 18.03.2024 09:43). Jeżeli po stronie Zamawiającego pojawiłyby się wątpliwości co do zgodności

oferty wykonawcy Polbud z warunkami zamówienia w ww. zakresie, to powinien on skierować wezwanie do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaistniałych wątpliwości. Z pewnością jednak nie można uznać, że w aktualnym stanie faktycznym sprawy zaistniała podstawa do odrzucenia oferty, wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten może znaleźć zastosowanie jedynie w przypadku jednoznacznego stwierdzenia, że oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polbud, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że zmaterializowała się wobec wykonawcy Polbud przesłanka wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca Polbud, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie zgodności treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia (w tym PFU)

oraz

zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Polbud, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk, a w konsekwencji naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie ww. zarzutów Odwołujący przedstawił jedynie ogólne uzasadnienie. Należy z tego wnosić, że zarzuty te zostały postawione jako wynikowe względem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W konsekwencji oddalenia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, również ww. zarzuty zostały uznane za niepodlegające uwzględnieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba postanowiła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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). Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia Izba zasądziła na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika, zgodnie ze złożonym do akt sprawy rachunkiem.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……