

sygn. akt: **KIO 2299/22**

WYROK
z dnia 26 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Aleksandra Kot
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 i 22 września 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2022 r. przez wykonawcę **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, Horasan Sokak: nr 14, GOP, Ankara/Turcja**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 i w części zarzutu nr 5.**
2. **Oddala odwołanie.**
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, Horasan Sokak: nr 14, GOP, Ankara/Turcja** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, Horasan Sokak: nr 14, GOP, Ankara/Turcja**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, Horasan Sokak: nr 14, GOP, Ankara/Turcja** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych pt: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 9. Tomaszów Lubelski (koniec obwodnicy) – Hrebenne (początek obwodnicy), długości ok. 17,3 km”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2021 r., pod nr 2021/S 248-655242.

Dnia 23 sierpnia 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 2 września 2022 roku, wykonawca KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, Horasan Sokak: nr 14, GOP, Ankara/Turcja (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na wyborze dnia 23 sierpnia 2022 r. najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex S.A. (dalej jako: „Budimex”), w sposób sprzeczny z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych, a także wobec zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był zobowiązany, w zakresie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz do złożenia wyjaśnień, w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Budimex S.A. oraz w zakresie zaniechania wykluczenia tego wykonawcy, zaniechania wezwania wykonawcy Budimex do złożenia dalszych wyjaśnień, zaniechana wezwania wykonawcy Budimex do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz art. 7 pkt 17) p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 57 pkt 2) p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) p.z.p. w zw. z art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 126 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 127 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) p.z.p. w zw. z art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Budimex w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zaniechanie wezwania Wykonawcy Budimex do uzupełnienia

podmiotowych środków dowodowych, a w szczególności referencji, w zakresie wykonania przez Wykonawcę bezpośrednio robót w ramach konsorcjum dla zamówienia pn. „Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn-Olsztynek, pododcinek Ostróda Północ - Ostróda Południe w ciągu drogi S7 wraz z budową obwodnicy Ostródy w ciągu drogi krajowej nr 16 (pododcinek "B")" celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

i zawodowej dotyczącej wykonawcy na podstawie pkt. 8.2.4.1 Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia – Instrukcja dla Wykonawców i w efekcie zaniechanie odrzucenia tej oferty, do czego Zamawiający był zobowiązany, pomimo iż Wykonawca Budimex nie wykazał przedmiotowej okoliczności w drodze przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, a w szczególności nie wynikało to z przedstawionych referencji wystawionych przez GDDKiA, a Zamawiający nawet jeśli posiadał podmiotowe środki dowodowe w tym zakresie, np. umowę konsorcjum, to stosownie do art. 127 ust. 2 p.z.p. wykonawca ma obowiązek w wykonaniu wezwania do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych wskazać te środki oraz potwierdzić ich prawidłowość i aktualność, czego nie uczynił, poprzestając na przedstawieniu referencji, a zamawiający nie wezwał Wykonawcy Budimex do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., co w efekcie doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Budimex niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz art. 7 pkt 17) p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 57 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2) p.z.p. w zw. z 109 ust. 1 pkt 3) p.z.p. w zw.

z art. 126 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) p.z.p. w zw. z art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1) ww. Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w zw. z art. 1a ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (dalej: „u.k.r.k.”) w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 5a u.k.r.k. w zw. z art. 7 ust. 1a u.k.r.k. poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Budimex w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji i zaniechanie wezwania Wykonawcy Budimex do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

w odniesieniu do podstaw wykluczenia Wykonawcy związanych z niekaralnością

nowego członka Rady Nadzorczej Spółki Budimex S.A. – M. M. M. M., obywatela Hiszpanii – państwa członkowskiego Unii Europejskiej, zamieszkałego w Madrycie, poprzez przedstawienie zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego Europejski z uwzględnieniem załączanej do tego zaświadczenia odpowiedzi na zapytanie z Centralnego Rejestru Osób Skazanych (Registro de Penados) w ramach Systemu Przekazywania Informacji z Rejestrów Karnych (ECRIS European Criminal Records Information System), co spowodowało, że Zamawiający zaniechał weryfikacji niekaralności tego członka organu nadzorczego i wykluczenia Wykonawcy Budimex;

3. art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz art. 7 pkt 17) p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 57 pkt 1) p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) p.z.p. w zw. z art. art. 109 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 110 ust. 2 pkt 1)-3) p.z.p. w zw. z art. 110 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 126 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i ca) p.z.p.

w zw. z art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Budimex w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem nienależyte wykonanie zobowiązania i wprowadzenia w błąd zamawiającego skutkowało w przeszłości wykluczeniem Wykonawcy Budimex z kilku przetargów przez GDDKiA na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) i 10) p.z.p., a wprowadzenie w błąd polegało na tym,

że Wykonawca Budimex twierdził, że nie podlega wykluczeniu na podstawie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p., a mianowicie, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia polegająca na tym, że „z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyte wykonał albo długotrwale nienależyte wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”. Z dokumentacji przedstawionej przez Wykonawcę Budimex jasno wynika, że w przeszłości nie wykonał wielu zamówień publicznych,

w związku z czym naliczono mu kary umowne, stanowiące w zamówieniach publicznych standardowe i efektywne zryczałtowane odszkodowanie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie niepieniężnego przedmiotu świadczenia, względnie rozwiązano umowy przed czasem, a Wykonawca Budimex zamiast dokonać w tym

zakresie samooczyszczenia, zaprzecza podstawom naliczenia przez zamawiających kar umownych, wskazuje, że są one sporne i nienależne, względnie nie odpowiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jako członek konsorcjum, jednocześnie nie przedstawiając jakichkolwiek dokumentów przedstawiających stanowisko zamawiających w sprawie zasadności naliczenia tych kar, rozwiązania umów przed czasem, względnie umowy konsorcjum, a jedynie przedstawia jednostronną wersję wydarzeń, niepopartą odpowiednimi dowodami i gołosłowną, co jest sprzeczne z istotą instytucji samooczyszczenia. W konsekwencji Budimex zaprzecza podstawom wykluczenia, co skutkuje brakiem możliwości uznania samooczyszczenia za skuteczne, a także nie przeprowadził w ogóle procedury samooczyszczenia w zakresie z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p., wprowadza w błąd Zamawiającego swoimi wyjaśnieniami, co wyczerpuje tezę art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p. i z tych powodów podlega wykluczeniu w niniejszym postępowaniu;

4. art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz art. 7 pkt 17) p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. względnie art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A., względnie wezwanie do dalszych wyjaśnień Wykonawcy Budimex w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie odpowiedział na część pytań Zamawiającego lub też odpowiedział jedynie na część pytania, a więc zaniechał wyjaśnienia treści oferty;
5. art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz art. 7 pkt 17) p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. oraz art. 224 ust. 1. p.z.p. poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A. w sytuacji gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i Zamawiający dwukrotnie (zamiast jednokrotnie) wzywał Wykonawcę Budimex do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny w zakresie kosztów wykonania nasypów, zaś Wykonawca Budimex nie złożył wyczerpujących wyjaśnień i nie przedstawił dowodów uzasadniających prawidłowe wskazanie ceny w ofercie, co oznacza, że nie wykazał, aby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc ziszczona została przesłanka obligatoryjnego odrzucenia oferty Wykonawcy Budimex S.A. przez zamawiającego;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu, zarzucam naruszenie:

art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz art. 7 pkt 17) p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 224 ust. 1. p.z.p. poprzez jego niezastosowania i zaniechanie wezwania Wykonawcy Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 p.z.p., tj. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny lub kosztów, lub ich istotnych części składowych, pomimo, że istniały uzasadnione wątpliwości, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, są rażąco niskie w

stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem Zamawiający wprost takie wątpliwości co kosztów wykonania nasypów wyrażał w wezwaniach, przy czym wartość zniżenia ceny jest wyższa niż różnica w cenie ofert Odwołującego i Wykonawcy Budimex;

z ostrożności wraz z naruszeniem

art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz art. 7 pkt 17) p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 223 ust 1. p.z.p. poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści i zmianę treści oferty w zakresie kosztów wykonania nasypów w ciągu drogi ekspresowej, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty w jej pierwotnym kształcie;

6. art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz art. 7 pkt 17) p.z.p. w zw. z art. 17 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust 1. Pkt 5) p.z.p. wobec braku odrzucenia oferty niezgodnej z PFU na skutek trwałego zaburzenia stosunków wodnych na skutek budowy obiektu WS-28.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) w każdym przypadku unieważnienie czynności zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex, a także:
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy Budimex z uwagi na:
 - nieprzedłożenie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
 - nieprzedłożenie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia,
 - przedłożenie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających istnienie podstaw wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. i jednocześnie potwierdzających brak przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przed złożeniem oferty oraz zaprzeczanie podstawom wykluczenia;
 - naruszenie konkurencji poprzez złożenie oferty zawierającej rażąco niższą cenę;
 - niezgodność treści oferty z SWZ, tak na skutek zaniechania wyjaśnień jak i zmiany treści oferty na skutek negocjacji oraz nieuwzględnienia wszystkich zjawisk krasowych;

względnie nakazanie zamawiającemu:

- 3) wykluczenia wykonawcy Budimex i odrzucenia jego oferty;

względnie nakazanie zamawiającemu:

- 4) wezwania wykonawcy Budimex do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych i złożenia wyjaśnień w zakresie braku podstaw wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
- 5) wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie ceny wykonania nasypów;

6) wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie, których tych wyjaśnień wykonawca Budimex zaniechał;

Odwołujący wniósł również o orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 557 p.z.p.

Na podstawie art. 536 p.z.p. odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego GDDKiA do przedłożenia dokumentu istotnego dla sprawy w postaci: Umowy konsorcjum lub innej odpowiedniej umowy łączącej wykonawcę Budimex i Ferroviał Agroman w ramach realizacji zamówienia „*Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn-Olsztynek, pododcinek Ostróda Północ - Ostróda Południe w ciągu drogi S7 wraz z budową obwodnicy Ostródy w ciągu drogi krajowej nr 16 (pododcinek "B")*” oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu na okoliczność, iż: wykonawca Budimex nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z uwagi na fakt, że nie brał udziału bezpośrednio w realizacji całości objętych ww. zamówieniem robót z uwagi na charakter rzeczowy umowy konsorcjum lub innej odpowiedniej umowy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem jego oferta nie została odrzucona i w ramach badania i oceny ofert została uznana zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty za drugą w kolejności co do korzystności, zaraz po ofercie wykonawcy Budimex. Z kolei wady czynności zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz jego zaniechania w zakresie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, jak i wady tych środków pozwalające uznać, że wykonawca Budimex nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, pozwalają sądzić, że oferta wykonawcy Budimex winna zostać odrzucona, względnie wykonawca ten winien zostać wykluczony. W takim przypadku oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza i to odwołującemu udzielono by zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wykonawca Budimex S.A. złożył pismo procesowe wraz ze stanowiskiem w sprawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada 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 go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wycofał w części zarzut nr 5, tj. w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na okoliczność, iż skoro zamawiający nie przeprowadził badania rażąco niskiej ceny, brak jest możliwości postawienia zarzutu w tym zakresie oraz w całości zarzut nr 1.

Zarzut nr 2.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Wykonawca Budimex złożył podmiotowe środki dowodowe na wezwanie zamawiającego, jednakże były one nieprawidłowe w zakresie zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności nowego członka Rady Nadzorczej Budimex – M. M. M. M., obywatela Hiszpanii, zamieszkałego w Madrycie. W sposób wadliwy przedstawiono w przypadku tej osoby wyłącznie zaświadczenie z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, bez załącznika w postaci odpowiedzi na zapytanie z Centralnego Rejestru Osób Skazanych (Registro de Penados) w ramach Systemu Przekazywania Informacji z Rejestrów Karnych (ECRIS - European Criminal Records Information System). Spowodowało to, że zamawiający zaniechał weryfikacji niekaralności tego członka organu nadzorczego i wykluczenia wykonawcy Budimex. W przypadku członków organów spółki posiadającej siedzibę w Polsce zamieszkałych za granicą właściwym podmiotowym środkiem dowodowym jest albo zaświadczenie z lokalnego rejestru karnego albo zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego uwzględniające odpowiedź na zapytanie z bazy ECRIS, jeśli miejsce zamieszkania członka organu znajduje się na terenie państwa członkowskiego UE. Stosownie do art. 7 ust. 1a u.k.r.k. *„Każdemu obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz każdej osobie, która mieszka lub mieszkała w jednym z tych państw, przysługuje prawo do złożenia do Rejestru wniosku o wystąpienie z zapytaniem o informację dotyczącą jego osoby zawartą w rejestrze karnym innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jeżeli jest lub była obywatelem państwa, do którego kierowane jest zapytanie, lub mieszka albo mieszkała na jego terytorium”*. Zgodnie z art. 1a

ust. 1 pkt 3) u.k.r.k. przez system ECRIS należy rozumieć „zdecentralizowany system teleinformatyczny oparty na bazach danych rejestrów karnych, służący do wymiany informacji pomiędzy organami centralnymi państw członkowskich Unii Europejskiej poprzez zabezpieczoną sieć teleinformatyczną”. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 5a) u.k.r.k. do zadań biura informacyjnego należy „występowanie do organów centralnych państw członkowskich Unii Europejskiej, zgodnie z prawem danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, z zapytaniem o udzielenie informacji z rejestru karnego tego państwa o osobie będącej jego obywatelem, w przypadku, gdy osoba ta złożyła wniosek o udzielenie informacji z Rejestru”.

Przedstawienie zaświadczenia z polskiego Krajowego Rejestru Karnego wraz z informacją w ramach systemu ECRIS jest obligatoryjne na podstawie § 2 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z powodu zamieszkiwania p. M. M. M. M. poza terytorium Polski. Wynika to z faktu, że polskie przepisy o Krajowym Rejestrze Karnym umożliwiają pozyskanie takiej informacji i powinna być ona pozyskana. Może ona zostać zastąpiona wyłącznie zaświadczeniem z odpowiedniego rejestru karnego w Hiszpanii (Centralnego Rejestru Osób Skazanych - Registro de Penados).

W świetle powyższego, podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę Budimex w zakresie podstaw wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2) p.z.p. oraz art. 109 ust. 1 pkt 3) p.z.p. nie zostały zbadane zgodnie z wymogami prawa, a zamawiający nie wezwał do ich uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p.

W odpowiedzi na powyższą argumentację zamawiający wskazał, co następuje.

Odwołujący pomijając treść § 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, błędnie wskazuje, że w przypadku członków organów spółki posiadającej siedzibę w Polsce zamieszkałych za granicą właściwym środkiem dowodowym jest albo zaświadczenie z lokalnego rejestru karnego albo zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego uwzględniające odpowiedź na zapytanie z bazy ECRIS, jeśli miejsce zamieszkania członka organu znajduje się na terenie państwa członkowskiego UE oraz, że przedstawienie zaświadczenia z polskiego Krajowego Rejestru Karnego wraz z informacją w ramach systemu ECRIS jest obligatoryjne na podstawie § 2 ust. 1 pkt 1) ww. rozporządzenia. Odwołujący uzasadniając swoją tezę wyjaśnia, że powyższy obowiązek (równoważnie zaświadczenie

z odpowiedniego rejestru karnego w Hiszpanii) wynika jedynie z faktu umożliwiania przez polskie przepisy o Krajowym Rejestrze Karnym pozyskanie takiej informacji i dlatego też, w jego ocenie, winna zostać ona pozyskana. Tymczasem jak wynika to z § 4 ust. 1) ww.

rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1;

Z powyższego postanowienia wprost wynika, że tak jak w przypadku przystępującego, mającego siedzibę w Polsce (w Warszawie), winien on przedłożyć informacje z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, bez względu na obywatelstwo czy miejsce zamieszkania osoby, której takie zaświadczenie ma dotyczyć.

Zdaniem przystępującego, odwołujący bezpodstawnie żąda i wywodzi, aby BUDIMEX składał dokument niewynikający z przepisów prawa na potwierdzenie niekaralności członka Rady Nadzorczej, obywatela Hiszpanii, tam też zamieszkałego. Odwołujący zdaje się nie zauważać, że zgodnie z obecnie obowiązującym rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia niekaralności członka organu nadzorczego wykonawcy mającego siedzibę w Polsce składa się informację z Krajowego Rejestru Karnego. Ustawodawca nie czyni w tym zakresie jakiegokolwiek rozróżnienia, wskazując na konieczność składania innych, dodatkowych dokumentów przez osoby wchodzące w skład organu nadzorczego, mające miejsce zamieszkania poza granicami Polski. Decydujące znaczenie ma miejsce siedziby wykonawcy, a w przypadku wykonawcy mającego siedzibę w Polsce, rozporządzenie w takiej sytuacji jednolicie wskazuje w odniesieniu do członków organu takiego wykonawcy, na konieczność przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego (tożsamy dokument należy więc składać tak dla członków organu nadzorczego mających miejsce zamieszkania w Polsce, jak i poza jej granicami).

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, co następuje.

Zgodnie z wyrokiem Izby, z dnia 26 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 55/22, „W pierwszej kolejności należy wskazać, że wraz z wejściem w życie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych z dniem 1 stycznia 2021 r., zmieniły się także akty wykonawcze do tej ustawy. Z uwagi na to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego będące przedmiotem niniejszej sprawy opublikowane zostało już pod rządami nowego prawa zamówień publicznych, mają do niego także zastosowanie reguły wynikające z nowych aktów wykonawczych do tej ustawy. Nowe zasady związane ze składaniem podmiotowych środków dowodowych zostały opisane w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r, w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415, zwanym dalej: "Rozporządzeniem"). Ujęty w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia

podmiotowy środek dowodowy w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o osobie lub podmiocie zbiorowym służy potwierdzeniu odpowiednio, że:

1) wykonawca będący osobą fizyczną lub osoba pełniącą u wykonawcy funkcję kierowniczą nie została prawomocnie skazana za przestępstwo określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 i art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP;

2) wykonawca będący osobą fizyczną lub osoba pełniącą u wykonawcy funkcje kierownicze nie została prawomocnie skazana na karę aresztu za wykroczenie określone w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP;

3) wobec wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym nie orzeczono tytułem środka karnego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia stanowi odpowiednik § 5 pkt 1 dotychczasowego rozporządzenia uchylonego wraz z wejściem w życie nowego prawa. Regulacja ta różni się od poprzedniej przede wszystkim tym, że okres ważności informacji z KRK został powiązany z datą jej złożenia, a nie z terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak dotychczas, co w całej rozciągłości należy odnieść do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...). Zmiana bowiem ustawy PZP pociągnęła za sobą zmianę zapisów aktów wykonawczych do tej ustawy, w tym rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, także w zakresie rodzajów dokumentów potwierdzających brak karalności w stosunku do wykonawcy jak i osób wchodzących w skład jego organów zarządczych, nadzorczych i prokurentów, co oznacza to, że w odniesieniu do osoby będącej członkiem Rady Nadzorczej Wykonawcy przepisy rozporządzenia przewidują, na zasadach ogólnych, przedłożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego”.

Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 - składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1.

Z powyższego postanowienia wprost wynika, że tak jak w przypadku Przystępującego, mającego siedzibę w Polsce (w Warszawie), winien on przedłożyć informacje z polskiego

Krajowego Rejestru Karnego, bez względu na obywatelstwo czy miejsce zamieszkania osoby, której takie zaświadczenie ma dotyczyć.

§ 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w zw. z art. 108 ust. 2 PZP w odniesieniu do członków organów, w tym Rady Nadzorczej, jak w przedmiotowej sprawie, mających miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej wprost wskazuje na złożenie informacji z odpowiedniego rejestru kraju, w którym wykonawca ma siedzibę, co oznacza, że informacja z Krajowego Rejestru Karnego winna być wystawiona przez instytucję właściwą dla miejsca prowadzenia działalności wykonawcy (siedziby).

W związku z powyższym zarzut powyższy uznać należało za bezzasadny.

Zarzut nr 3.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Wykonawca Budimex w ramach przedłożenia wraz z ofertą oświadczenia wskazanego w art. 125 ust. 1 p.z.p. (JEDZ), ani przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 p.z.p. nie wykazał, że należycie przeprowadził tzw. procedurę samooczyszczenia (self-cleaningu) w trybie art. 110 ust. 2 p.z.p. w zakresie zaistnienia wobec niego przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) i 10) p.z.p. Co istotne, wykonawca Budimex w sposób nieprawidłowy, sprzeczny z istotą instytucji samooczyszczenia zaprzeczył, iż występuje w jego przypadku przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p., związana z istotnie wadliwym wykonaniem w przeszłości zamówień publicznych i to w wielu przypadkach, co wiązało się z naliczeniem przez zamawiających wielomilionowych kar umownych lub rozwiązaniem umowy o zamówienie publiczne przed czasem. W szczególności, wykonawca Budimex nie przedstawia żadnych dowodów pochodzących od zamawiających, w których zamawiający ci argumentują naliczenie kar umownych. Wykonawca zatem nie tylko kwestionuje przesłankę swojego wykluczenia sprzecznie z zasadą samooczyszczenia, ale przedstawia również nieobiektywną, jednostronną wersję wydarzeń, wprowadzając zamawiającego w błąd i podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p. Podkreślić przy tym należy, iż dokonanie obiorów przez zamawiających, a nawet wystawienie referencji w zakresie należytego wykonania przedmiotu umowy (braku istotnych wad zrealizowanych robót budowlanych) nie oznacza, że zamówienie publiczne zostało wykonane należycie w zakresie terminu jego realizacji. Zwłoka wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy jest jednym z kluczowych elementów jego nienależytego wykonania, za które w większości przypadków zostały wykonawcy Budimex naliczone kary umowne. Dokonanie odbioru przedmiotu zamówienia (obiektu) na podstawie art. 647 k.c. stanowi podstawowy obowiązek zamawiającego (inwestora), a w razie odmowy odbioru przy braku wad istotnych robót budowlanych inwestor popada w zwłokę wierzyciela

w rozumieniu art. 486 § 2 k.c. Aktualizacja obowiązku odbioru robót powstaje nawet wtedy, gdy wykonawca pozostawał w zwłoce w stosunku do terminu wynikającego z umowy. Wykonawca Budimex nie może zatem twierdzić zasadnie, że wykonał należycie zamówienie w aspekcie terminu wykonania, ponieważ zamawiający wystawił dokumenty odbioru potwierdzające brak wadliwości robót, bowiem terminowe wykonanie jest innym aspektem należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie wykonawca Budimex świadomie nie przedstawia jakichkolwiek dokumentów zamawiających związanych z naliczeniem kar umownych i zawierających uzasadnienie ich naliczenia. Zamiast tego przedstawia tylko całkowicie gołosłowną argumentację, pozbawioną jakichkolwiek dowodów, że opóźnienie powstało z przyczyn niezależnych od wykonawcy Budimex. Jak wskazują komentatorzy: *„Inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury samooczyszczenia należy co do zasady do wykonawcy. To podlegający wykluczeniu wykonawca ma być stroną aktywną procedury self-cleaning, od niego bezpośrednio zamawiający powinien dowiedzieć się o podjętych przez wykonawcę działaniach, które mają jednoznacznie zmierzać do uniknięcia wykluczenia z postępowania. Samooczyszczenie nie może zatem zostać przeprowadzone w sposób dorozumiany.*

W dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zdarzały się jednak także przypadki, gdy uznawano, że inicjatorem procedury samooczyszczenia może być zarówno zamawiający, jako podmiot posiadający wiedzę o zamiarze wykluczenia danego wykonawcy, jak i sam wykonawca. Nie zmienia to faktu, że samą procedurę samooczyszczenia ma przeprowadzić wykonawca i nie jest obowiązkiem zamawiającego poszukiwanie czy domaganie się dowodów na potwierdzenie przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przez wykonawcę” (A. Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany). W przedmiotowym zakresie wskazania wymaga, że ani wykonawca Budimex nie przeprowadził prawidłowo procedury samooczyszczenia, ani zamawiający nie wzywał go do przedłożenia uzupełniających dowodów, ani złożenia wyjaśnień (nie miał przy tym takiego obowiązku). W tym kontekście należy zwrócić uwagę, iż orzecznictwo KIO wyraźnie podkreśla, że zaprzeczanie przez wykonawcę przesłance wykluczenia jest sprzeczne z istotą instytucji samooczyszczenia. W szczególności, zgodnie z procedurą uregulowaną w art. 110 ust. 2 p.z.p. warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest to, że wykonawca „naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne”. W przypadku spełnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. wykonawca winien zatem zapłacić karę umowną, stanowiącą powszechnie stosowane w zamówieniach publicznych, efektywne, zryczałtowane odszkodowanie za nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego (nie jest zatem przy tym zasadna teza wykonawcy Budimex, że naliczona kara umowna nie stanowi odszkodowania w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7)

p.z.p.).

W przedmiotowym zaś przypadku wykonawca dokonał samooczyszczenia w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) p.z.p. w zakresie wprowadzenia w błąd, a wprost zakwestionował zaistnienie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p.

Podkreślenia wymaga, iż wykonawca Budimex w razie naliczenia kary umownej przez zamawiającego nie może się skutecznie ekskulpować z tego zarzutu, twierdząc, że kara umowna jest sporna, a nawet że jest przedmiotem sporu sądowego. W zasadzie każda kara umowna jest sporna i nie można bazować w ocenie tak istotnej przesłanki wykluczenia, podważającej rzetelność wykonawcy i rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia na subiektywnej ocenie wykonawcy zasadności naliczenia kary umownej. Tym bardziej, że w przypadku kar umownych za zwłokę w warunkach długoterminowych, złożonych kontraktów budowlanych opóźnienia mają zwykle charakter współbieżny, zależny od stron i niezależny od nich i tylko specjalistyczna analiza terminowa może doprowadzić do potwierdzenia lub zaprzeczenia okoliczności czy wykonawca był w zwłoce. W literaturze opisuje się różnorodne metody przeprowadzania tego typu specjalistycznych analiz. Wyjaśnienia wykonawcy Budimex, wskazujące na to, że wszystkie opóźnienia, za które naliczono mu kary umowne, są przez niego niezawinione, są nie tylko mało wiarygodne, ale też nie stanowią dowodu, że w istocie tak było i nie było żadnych opóźnień współbieżnych, zawinionych przez wykonawcę Budimex. Wykonawca Budimex nie przedstawia przy tym żadnych dokumentów pochodzących od zamawiających, które uzasadniają naliczenie kar umownych za zwłokę. Tematyką braku dopuszczalności zaprzeczenia przesłankom wykluczenia w ramach samooczyszczenia zajmowała się kompleksowo KIO w wyroku z dnia 16 czerwca 2021 r. KIO 1219/21.

Z „Informacji o przeprowadzeniu przez Wykonawcę procedury *self-cleaningu* w związku z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp” (dalej: „Informacja”) oraz dowodów załączonych do tego pisma, przedłożonych wraz z ofertą i oświadczeniem JEDZ wynika, iż wbrew wymogom procedury samooczyszczenia wykonawca Budimex nie zadośćuczynił szkodzie wynikającej z nienależytego wykonania zamówienia, bowiem nie uiścił naliczonych kar umownych i konsekwentnie podważa ich zasadność. Tym samym nie może skorzystać z dobrodziejstwa procedury *self-cleaningu*. Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z przedstawionymi informacjami wykonawca Budimex został wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. w następujących postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

A. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-10 Bydgoszcz- Toruń odcinek 1 od węzła Bydgoszcz Południe do węzła Emilianowo wraz z rozbudową DK 25”, Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, decyzja o odrzuceniu oferty wykonawcy z dnia 8 lutego 2022 r.,

B. „Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73, Odcinek II Morawica - Wola Morawicka (realizacja w systemie Projektuj i Buduj)”, Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, decyzja o odrzuceniu oferty wykonawcy z dnia 23 marca 2022 r.,

C. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz-Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec”, Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, decyzja o odrzuceniu oferty wykonawcy z dnia 24 marca 2022 r.

Wykonawca został wykluczony z ww. przetargów, bowiem zataił w formularzu JEDZ, iż w ramach umowy zawartej z Urzędem Miasta Tarnowa, pn.: „Budowa Centrum Przygotowań Paraolimpijskich – Przebudowa Hali Sportowo -Widowiskowej Jaskółka przy ul. Traugutta 3a”, w toku realizacji, której zamawiający w związku z naruszeniem przez Budimex S.A. warunków umowy – z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, w dniu 5.06.2019 r. naliczył wykonawcy karę umowną.

We wskazanej wyżej Informacji wykonawca Budimex tak przedstawia uzasadnienie i sposób przeprowadzenia przez siebie self-cleaningu, które zostanie przytoczone *in extenso* (...).

W świetle powyższej Informacji, wykonawca Budimex ewidentnie potwierdza, że dokonuje procedury samooczyszczenia tylko w odniesieniu do przesłanki wprowadzenia w błąd na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) p.z.p., a w odniesieniu do przesłanki nienależytego wykonania zamówień na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. już samooczyszczenia nie dokonuje, bowiem kwestionuje zastosowanie wobec siebie tej przesłanki. Twierdzi, że to zamawiający powinien przeanalizować jej spełnienie, jednakże nie wykazuje, że dokonał samooczyszczenia.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zaprzecza, iż wobec wykonawcy Budimex nie zachodzą przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) p.z.p., bowiem wykonawca Budimex prezentuje fakty związane z nienależytym wykonaniem zamówień publicznych wybiórczo, nie prezentuje dowodów w zakresie stanowiska zamawiających co do naliczenia kar umownych, a cała argumentacja wykonawcy Budimex może w sposób istotny wprowadzać zamawiającego w błąd i mieć wpływ na wynik niniejszego przetargu.

W odniesieniu do zamówienia związanego z wprowadzeniem w błąd i wykluczeniem z tego tytułu we wskazanym uprzednio przetargach, dla zadania pn.: „Budowa Centrum Przygotowań Paraolimpijskich – Przebudowa Hali Sportowo -Widowiskowej Jaskółka przy ul. Traugutta 3a” wykonawca w Informacji wyjaśnia (...).

Skoro zatem opóźnienie (któremu wykonawca Budimex nie przeczy) powstało wyłącznie z przyczyn od niego niezależnych, to miał obowiązek przedstawić dowody w zakresie zasadności naliczenia kary umownej przez zamawiającego, względnie dowodów przeciwnych. Dlaczego wykonawca nie przedstawia pisma zamawiającego w przedmiocie

naliczenia kar umownych, które zawierałoby uzasadnienie w tym względzie? Twierdzenia wykonawcy Budimex o braku zawinienia w zakresie opóźnienia są całkowicie gołosłowne, a wystawione referencje nie podważają, że umowa nie została wykonana w terminie z winy wykonawcy. Mogły występować opóźnienia współbieżne, zawinione przez wykonawcę Budimex, stanowiące podstawę do naliczenia kary umownej. Referencje dotyczą zaś wyłącznie braku wadliwości robót, a nie zwłoki w ich realizacji: „*Generalny Wykonawca Budimex S.A. wykonał prace zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, wytycznymi nadzoru inwestorskiego, projektanta i Inwestora z należytą starannością w sposób nie budzący zastrzeżeń co do jakości*”. Jak można zrozumieć z Informacji, zamawiający nadal dochodzi kary umownej przed sądem, zatem pomimo wystawienia referencji, uważa ją za zasadnie naliczoną. Nie zmienia powyższej oceny zawarta w referencjach standardowa formułka, iż *"Przy realizacji w/w obiektu firma wywiązywała się z obowiązków Generalnego Wykonawcy w sposób rzetelny i kompetentny"*. Zapis ten nie przesądza, że nie doszło do zwłoki z winy wykonawcy, a realizacja obowiązków mogła być rzetelna i kompetentna, a pomimo to opóźniona w sposób zawiniony. Jednocześnie podkreślić należy, iż naliczona kara umowna jest znaczna w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, co oznacza, że naruszenie było bardzo poważne i uzasadnia zastosowanie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. Odwołujący ponownie podkreśla, że przeciwne twierdzenia Budimexu, nie mogą zastąpić dowodów. Następnie wykonawca Budimex wskazuje w Informacji, że (...). Wykonawca zatem konsekwentnie, w stosunku do wszystkich wymienionych sytuacji zidentyfikowanych w ramach audytu i systemu raportowania kwestionuje zaistnienie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. i nie dokonuje w tym zakresie jakiegokolwiek samooczyszczenia w rozumieniu art. 110 ust. 2 p.z.p.

W zakresie zamówienia w zakresie rozbudowy Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Ostrowie Wielkopolskim Wykonawca wyjaśnia (...).

W szerokich wyjaśnieniach Budimex przytacza (być może) cytaty z dokumentów. Ponownie jednak wykonawca Budimex nie przedstawia jakichkolwiek pism zamawiającego w przedmiocie skorzystania z gwarancji oraz rękojmi, ani naliczenia odszkodowania. Nie przedstawia też dowodów, jakoby nawierzchnia uległa uszkodzeniu z winy zamawiającego. Podkreślić należy, iż zarzucenie zamawiającemu korzystania z obiektu niezgodnie z gwarancją jest niezmiernie częstą strategią obronną wykonawców, co powinno uruchomić szczególną czujność GDDKiA w niniejszym przetargu w odniesieniu do rzetelności wykonawcy Budimex i rękojmi należytego wykonania przez niego zamówienia. Tezy wykonawcy Budimex są w tym zakresie całkowicie gołosłowne, a dokumenty odbiorowe nie wykluczają, że po ich wystawieniu doszło do uszkodzenia nawierzchni w wyniku wad w niej tkwiących w dacie odbioru, a które ujawniły się dopiero później.

Podobnie, w odniesieniu do inwestycji w zakresie Zakładu Brachyterapii wykonawca Budimex wskazuje, że (...). Również i w przedmiotowym przypadku wykonawca w pełni kwestionuje, że odpowiada za jakiegokolwiek opóźnienie, twierdząc, że odpowiada za nie wyłącznie zamawiający, albo że są to okoliczności całkowicie niezależne od stron (...).

Analogicznie jak w pozostałych przypadkach, wykonawca nie przedstawia pisma zamawiającego wraz z uzasadnieniem naliczenia kary umownej, całkowicie gołosłownie przypisując całą winę za opóźnienie zamawiającemu albo okolicznościom od wykonawcy niezależnym, co jest wręcz nieprawdopodobne, by nie nastąpiły żadne opóźnienia współbieżne, za które odpowiada wykonawca. Rzekomo zależne od zamawiającego przyczyny opóźnienia także budzą wątpliwości co do zasadności ich podnoszenia. Co zaś się tyczy wskazanych przyczyn rzekomo niezależnych od wykonawcy, to są to takie przyczyny, które stanowią ryzyko wykonawcy i wykonawca Budimex winien im aktywnie przeciwdziałać, o ile nie mają charakteru nadzwyczajnego. Normalne wahania rynkowe, trudności w dostępie do siły roboczej, czy materiałów, stanowią standardowe ryzyko gospodarcze. Odwołujący zwraca uwagę na okres tych rzekomych problemów – jeszcze przed pandemią. W tym zakresie również brak jest podstaw do ekskulpowania się wykonawcy Budimex. W żadnej mierze powyższych konstatacji nie podważa wystawienie protokołu odbioru robót, bowiem jak już wskazano, ten dotyczy przede wszystkim ich wadliwości (wady występowały), a nie terminu wykonania zamówienia. Innymi słowy ocena zamawiającego już nawet w oparciu o wskazane twierdzenia, powinna prowadzić do uznania, że wykonawca Budimex podlega wykluczeniu, bowiem nie wykazał, że nie ponosi winy uzasadniającej karę umowną, a jednocześnie zaprzeczył podstawom swojej odpowiedzialności i nie dokonał samooczyszczenia.

W odniesieniu z kolei do zamówienia w zakresie Inwestycji pn. „Budowa Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica” wykonawca wyjaśnia, iż (...). Analogicznie jak w pozostałych przypadkach, wykonawca Budimex nie przedstawia żadnych pism zamawiającego w zakresie zasadności naliczenia kar umownych za zwłokę. Z protokołu końcowego odbioru inwestycji z 7 września 2018 r. jasno wynika, iż *„Termin zakończenia Inwestycji objętej Umową nr 1/2015 z dnia 24 lutego 2015 został opóźniony o 156 dni. Zakres odpowiedzialności za opóźnienie pozostaje sporny pomiędzy Stronami”*. Wykonawca Budimex nie oferuje żadnego kontr dowodu w tym zakresie, a jedynie całkowicie gołosłownie twierdzi, że do opóźnienia doszło bez jego winy. Następnie, w toku postępowania przetargowego wykonawca Budimex złożył jeszcze informacje wraz z dowodami w zakresie trzech przypadków mogących się kwalifikować jako przesłanka wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. Najpoważniejszym przypadkiem, świadczącym o ziszczeniu się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p., jest naliczenie bardzo wysokiej kary umownej w kwocie aż (...) zł w zakresie realizacji kontraktu pn. *„Zaprojektowanie i wykonanie w formule*

„pod klucz” bloku energetycznego w Oddziale Zamawiającego Elektrownia Turów”. Wykonawca Budimex realizował przedmiotowe zamówienie w ramach Konsorcjum firm w składzie: (...). Jak wyjaśnia wykonawca (...). W istocie jedynym i mało wiarygodnym twierdzeniem ekskulpującym wykonawcy jest to, że nie uczestniczył bezpośrednio w robotach objętych nienależytym wykonaniem z uwagi na rzeczowy podział w ramach konsorcjum (nota bene wyjaśnienia wykonawcy w tym miejscu, w którym dokładnie rozgranicza roboty wykonane przez siebie od robót wykonanych przez innych konsorcjantów zaprzeczają możliwości powoływania się wykonawcy Budimex na całość doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum, co stanowi treść zarzutu nr 1). Jednocześnie wykonawca Budimex do pisma nie załączył jakichkolwiek dowodów, zasłaniając się poufnością rozmów z uwagi na bezpieczeństwo energetyczne. Nie przedstawił także umowy konsorcjum, która rzekomo miałaby potwierdzać podział rzeczowy między wykonawcami. Jeśli jednak takowego podziału rzeczowego nie było, to znaczy, że wykonawca Budimex realizował zamówienie w całości, w sposób niepozwalający wyodrębnić poszczególnych części (w szczególności uczestniczył w nadzorze i zarządzaniu kontraktem), jak też nabył doświadczenie w tym zakresie w całości. Podstawowe wątpliwości budzi również teza, jakoby Budimex wykonał jedynie „roboty budowlane oraz niektóre pomocnicze układy technologiczne, których praca nie wpływa w sposób krytyczny na dyspozycyjność Bloku”. Powyższe oznacza, że wykonawca Budimex może potencjalnie wprowadzać zamawiającego w błąd, przedstawiając swój udział w inwestycji w sposób nieodpowiadający rzeczywistości. Wyjaśnienia wykonawcy są w tym zakresie niezwykle enigmatyczne i pozbawione merytorycznej treści, jak i jakichkolwiek dowodów. Wysokość kary umownej winna zaś u zamawiającego wzbudzić podejrzenia co do rzetelności wykonawcy Budimex. Niewątpliwie, przedmiotowy przypadek winien bezwzględnie być podstawą uznania przez zamawiającego, jak i KIO, że zachodzi wobec wykonawcy Budimex przesłanka wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p., a wykonawca nie dokonał samooczyszczenia, gdyż kwestionuje przesłanki swojej odpowiedzialności i nie zadośćuczynił szkodzie zamawiającego.

W literaturze i orzecznictwie jasno wskazano, że wdanie się przez wykonawcę w spór co do kar umownych może zagrażać prawidłowości wykonania przezeń zamówień w przyszłości i wskazuje na brak gotowości do odcięcia się od przeszłych zachowań w ramach procedury samooczyszczenia. Jednocześnie we wskazanych wyżej przypadkach nie doszło do zawarcia ugody między wykonawcą Budimex a zamawiającym. We wskazanych zatem przypadkach wykonawca Budimex nie dokonał skutecznie samooczyszczenia i podlega w tym zakresie wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający pragnie wskazać na rozbieżności i nieścisłości zawarte w treści zarzutu sformułowanego przez odwołującego powodujące jego nieczytelność i faktyczny brak możliwości odczytania rzeczywistego zakresu zaskarżenia. Na stronie 4 odwołania odwołujący zarzuca naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy p.z.p, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania (...), natomiast dalsza treść zarzutu (strona 4 i 5 odwołania) nie wskazuje (poza ograniczonym zakresem, o którym mowa poniżej) jakie czynności zamawiającego doprowadziły do naruszeń szeregu przepisów wskazanych przez odwołującego w zakresie wskazanym przez odwołującego w pkt. 3 odwołania (zdanie pierwsze). Na stronie 5 odwołania wykonawca starając się powiązać wskazane podstawy naruszenia z okolicznościami niniejszej sprawy wskazuje (...).

Ze wskazanego powyżej fragment zarzutu odwołującego nie sposób jednoznacznie odczytać jakiego zakresu naruszeń dotyczy, zamawiający może domniemać, iż chodzi wyłącznie o nieskuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczenia przez wykonawcę Budimex w związku z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP a więc naruszenia art. 110 ust. 2 i 3 PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP czego odwołujący podając podstawy prawne naruszeń ustawy PZP nie wskazuje. Na konieczność prawidłowej konstrukcji zarzutów, które powinny zawierać wskazanie naruszonego przepisu Prawa zamówień publicznych oraz wskazanie czynności lub zaniechania zamawiającego z uwagi na fakt, iż zarzut to określona okoliczność, na którą powołuje się odwołujący w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów, wielokrotnie wskazywała Izba, przykładowo w wyroku z dnia 31 lipca 2012r, sygn. KIO 1495/12.

Wobec powyższego w przedmiotowym stanie faktycznym nie sposób uznać za prawidłową konstrukcję zarzutu dokonaną przez odwołującego, która sprowadza się do wymienienia wszelkich możliwych artykułów bez wskazania ich faktycznych powiązań, gdyż za takie nie można uznać próby przyporządkowania wzajemnych powiązań naruszeń artykułów wskazanych przez odwołującego, występujących następczo (obok siebie) oraz brakiem powiązania domniemanych naruszeń przepisów Pzp z czynnościami lub zaniechaniami zamawiającego. Przykładowo wskazane przez odwołującego naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7). 8) i 10) p.z.p. w. zw. z art. art. 109 ust. 3 p.z.p. bez jakiegokolwiek wskazania przez odwołującego sposobu naruszenia tych przepisów przez zamawiającego na etapie wniesienia odwołania czyni ten zarzut całkowicie nieskutecznym i uniemożliwia odniesienie się zamawiającemu do potencjalnego naruszenia (dodać należy, iż w tym przypadku, jak i w zakresie innych naruszeń artykułów odwołujący nie odnosi się do nich także w uzasadnieniu) z uwagi na chociażby mnogość potencjalnych naruszeń, których może

dopuszczyć się zamawiający w związku z tymi artykułami (zamawiający może zastosować art. 109 ust. 3 do przypadków, o których mowa w art. 109 ust. 8 i 10 lub stosując art. 109 ust. 3 w sytuacji, o której mowa w art. 109 ust. 7 dokonać nieprawidłowej oceny nieproporcjonalności braku wykluczenia wykonawcy). Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 14 marca 2022r. sygn. KIO 508/22: *„Nie jest rolą Izby domyślanie się, co do istoty zarzutów - zarzuty mają być sformułowane w sposób jasny i nie budzący wątpliwości. Nie mogą one być skutecznie rozszerzone w toku posiedzenia czy rozprawy. Skoro Odwołujący BBC nie podjął nawet minimalnego wysiłku w celu uzasadnienia przyczyn, dla których uznał działanie Przystępującego ECM za niezgodne z przepisami Pzp to Izba musiała oddalić przedmiotowy zarzut”*.

Drugą i zarazem ostatnią próbą wskazania czynności zamawiającego skutkującym naruszeniem szeregu przepisów wskazanych przez odwołującego jest stwierdzenie (...), które całkowicie nie daje zamawiającemu możliwości do jednoznacznego określenia jakiego naruszenia określonego na wstępie zarzutu nr 3 dotyczy. Ponadto w ocenie zamawiającego niezrozumiałe jest stwierdzenie „nie przeprowadził w ogóle procedury samooczyszczenia w zakresie z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p.” w sytuacji gdy zakres procedury samooczyszczenia reguluje art. 110 ust. 2 Pzp, natomiast w zakresie jedyne konkretne art. wskazane przez odwołującego tj. art. 109 ust. 1 pkt 8) p.z.p, odwołujący nie wskazuje jakich wyjaśnień wskazane naruszenie dotyczy, praktycznie nie poruszając tej kwestii w treści uzasadnienia przedmiotowego zarzutu (nie wspominając już o innych niezbędnych przesłankach możliwości zastosowania tego przepisu wynikających wprost z jego treści, które odwołujący powinien udowodnić, tymczasem w treści odwołania całkowicie je pomija). Treść uzasadnienia w żadnej mierze nie koresponduje z treścią postanowionych przez odwołującego zarzutów (strony 4-5). W treści uzasadnienia odwołujący uzasadnia wyłącznie brak przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w sytuacji wykazania przez Budimex S.A. przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. oraz lakonicznie fakt nieskutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w związku z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W zakresie nieskutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w związku z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, odwołujący na stronach od 20 do 22 wskazuje (...).

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w sposób niemający uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy łączy samooczyszczenie dokonane przez Budimex S.A. w związku z naruszeniami art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp z samooczyszczeniem związanym z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 7). Niewątpliwie taki związek istnieje w niniejszej sprawie, niemniej nie w zakresie wskazanym przez odwołującego. Odwołujący powiązuje skuteczność dokonania procedury samooczyszczenia dokonanej przez Budimex S.A. w związku z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 10 z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 7 tymczasem taki związek nie wynika

z przepisów ustawy Pzp, a zatem każde samooczyszczenie dokonane do konkretnej przesłanki wykluczenia powinno się rozpatrywać indywidualnie w zakresie wynikającym z przepisu ustawy. Nie powielając okoliczności i podstaw samooczyszczenia wskazanych przez Budimex S.A. w piśmie „*Informacja o przeprowadzeniu przez Wykonawcę procedury self-cleaningu w związku z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp*” należy zauważyć, że odwołujący w ogóle nie odniósł się do czynności dokonanych przez Budimex S.A. przeprowadzonych zgodnie art. 110 ust. 2 Pzp oraz dowodów potwierdzających dokonanie tych czynności wskazanych w powyższym piśmie. Nie sposób uznać za próbę uzasadnienia swoich twierdzeń stwierdzenia odwołującego: „ *iż wbrew wymogom procedury samooczyszczenia Wykonawca Budimex nie zadośćuczynił szkodzie wynikającej z nienależytego wykonania zamówienia, bowiem nie uiścił naliczonych kar umownych i konsekwentnie podważa ich zasadność. Tym samym nie może skorzystać z dobrodziejstwa procedury self-cleaningu*” w sytuacji, gdy samooczyszczenie dotyczyło przeczącej odpowiedzi na wskazane pytanie z części III sekcja C JEDZ.

Poza powyższym, pozostała treść uzasadnienia koncentruje się wyłącznie w zakresie braku przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w związku z wystąpieniem przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p. (co jak wskazano powyżej nie wynika z treści zarzutu).

Wskazywane przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania naruszenia mają związek z ukształtowaną w ostatnim czasie linią orzeczniczą KIO w zakresie właściwego wypełniania Część III, Sekcja C dokumentu JEDZ. Dotychczas wykonawcy opierając się Instrukcji Wypełnienia Jednolitego Dokumentu Zamówienia JEDZ dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie przy pytaniu: 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? instrukcja wskazuje, że „*W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji*

w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Uwzględniając

treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje” uznawali,

iż powinni wpisywać tylko takie przypadki, które uznają, że mają znaczenie w kontekście umożliwienia zamawiającemu dokonania weryfikacji, czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia, określone przez zamawiającego w SWZ. Powyższe znajdowało także odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO np. w wyroku z dnia 12 października 2020 r., KIO 2117/20, w wyroku z dnia 30 października 2020 r., KIO 2535/20, w wyroku KIO z 5 listopada 2020 r., KIO 2706/820, a także w wyroku z dnia 17 lipca 2020 r., KIO 1013/20.

Jednakże w wyniku zmiany linii orzeczniczej KIO zmieniła się także interpretacja sposobu wypełniania dokumentu JEDZ przez wykonawców (o której wspomina Budimex S.A., gdyż w związku z tą zmianą dokonuje procedury samooczyszczenia), co całkowicie zostało pominięte przez odwołującego.

W związku z powyższym w chwili obecnej, zgodnie z najnowszą linią orzeczniczą, Izba odpowiadając na pytanie jakie okoliczności zobowiązują wykonawcę do udzielenia odpowiedzi "TAK" w dokumencie JEDZ na pytanie dotyczące podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. wskazuje, iż aby wykluczenie wykonawcy na jego podstawie było możliwe - muszą wystąpić łącznie następujące przesłanki: 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, wskazane wyżej okoliczności nastąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, okoliczności te doprowadziły do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Natomiast ostatnim elementem, jaki musi wystąpić, by można było wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., jest okoliczność, że wskazane wyżej przesłanki wystąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

A więc aby dokonać wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki zamawiający musi wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie obejmuje to przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich.

W związku z powyższym w ocenie Izby, wykonawca winien przekazać zamawiającemu przypadki nie wykonywania, nienależytego wykonywania lub długotrwałego niewykonywania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego tak aby zamawiający mógł ocenić, czy w przypadku odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Orzecznictwo motywuje to tym, że o ile przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania

oraz wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy mają charakter obiektywny, o tyle okoliczność, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma już charakter ocenny. Mając na uwadze powyższe, należy uznać za błędny zarzut wynikający z treści uzasadnienia odwołującego, iż wykonawca pomimo wskazania przypadków nienależytego wykonania umowy nie dokonał procedury samooczyszczenia, gdyż odpowiadając pozytywnie na treść pytania zawartego w części III sekcja C JEDZ, zgodnie z powyższą interpretacją Izby wykonawca, jeżeli zachodzą wobec niego takie sytuacje powinien udzielić szczegółowych informacji na ten temat tak, aby zamawiający mógł dokonać oceny w zakresie trzeciej przesłanki wykluczenia co w niniejszym postępowaniu wykonawca - Budimex uczynił a zamawiający dokonał pozytywnej oceny jego wyjaśnień. Wobec tego, zarzut odwołującego o konieczności dokonania procedury samooczyszczenia w każdym przypadku gdy wykonawca wskazuje i opisuje nienależyte wykonanie umowy nie znajduje żadnych podstaw prawnych.

Należy podkreślić, że z zgodnie rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym obowiązek wykazania wszystkich przesłanek wykluczenia spoczywa na odwołującym (art. 535 Pzp). W omawianej sprawie odwołujący poza wyłącznie subiektywną oceną wyjaśnień Budimex oraz ciągłym wskazywaniu, iż nie dokonano procedury samooczyszczenia, nie przedstawił żadnych twierdzeń i dowodów uzasadniających wykluczenie.

Jak wskazano powyżej odwołujący podnosi, że Budimex nie objął procedurą samooczyszczenia okoliczności i skutków nienależytego wykonania wskazanych zobowiązań. Całkowicie pomijając i nie odnosząc się merytorycznie do okoliczności przez niego przytoczonych przedstawiających sporny charakter roszczeń, z którymi występują zamawiający. W ocenie zamawiającego w tych okolicznościach podejmowanie jakichkolwiek czynności lub procedur nie miało podstaw, a podjęcie jakichkolwiek czynności naprawczych w tym zakresie - w obliczu trwającego między stronami sporu - mogłoby być uznane za przyznanie się do winy.

Jak wskazuje się w doktrynie wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Jeżeli umowa została niewykonana lub wykonana nienależycie z przyczyn innych niż leżące po stronie wykonawcy, nie można uznać, że wykonawca jest nierzetelny i istnieje ryzyko nienależytego wykonywania przez niego umowy, która ma być zawarta w wyniku prowadzonego postępowania. Trzeba przy tym pamiętać, że zgodnie z art. 433 Pzp do klauzul niedopuszczalnych w zamówieniach publicznych zalicza się odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie (a nie zwłokę) oraz za okoliczności, za które wyłączną

odpowiedzialność ponosi zamawiający. Ponadto nie każde nienależyte wykonanie będzie stanowiło podstawę do wykluczenia, lecz tylko takie, które wskazuje na utratę rzetelności wykonawcy, a więc nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązań (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 109.).

Ponadto odwołujący w treści uzasadnienia odwołania porusza w nieznacznym stopniu kwestię związaną z wypełnieniem się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, jednakże nie popiera swoich twierdzeń żadnymi dowodami dokonując wyłącznie subiektywnej oceny wyjaśnień wykonawcy Budimex, podważając ich treść, wskazuje jedynie na potencjalną możliwość ich naruszenia przez wykonawcę podając przykładowe okoliczności, które w ocenie odwołującego mogą zachodzić na kontrakcie, co w jego ocenie jest wystarczającym do uznania, iż w stosunku do Budimex zaszła przesłanka skutkująca koniecznością zastosowania normy z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W ocenie Izby, analizując treść odwołania, zarzutem odwołującego jest *de facto* naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Budimex, gdyż wykonawca ten w sposób nieprawidłowy przeprowadził procedurę samooczyszczenia (cyt. z odwołania „*We wskazanych zatem przypadkach Wykonawca Budimex nie dokonał skutecznie samooczyszczenia i podlega w tym zakresie wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p.*”).

Zarzut powyższy należało uznać za bezzasadny z jednej podstawowej przyczyny – przystępujący Budimex w ramach przedmiotowego postępowania procedury samooczyszczenia nie przeprowadzał, stąd zarzut ukierunkowany na wadliwą ocenę dokonaną przez zamawiającego nie miał zarówno podstaw faktycznych jak i prawnych. Okoliczności przedmiotowej sprawy prowadzą co najwyżej do wniosku, iż Budimex, co do zasady kwestionuje fakt naliczenia kar umownych oraz ich wysokość w innych postępowaniach, w których zamawiający wystawili odpowiednie noty obciążeniowe. Jednocześnie, w odniesieniu do niektórych z nich, Budimex legitymuje się referencjami wystawionymi przez tych zamawiających, które potwierdzają prawidłową realizację zadania inwestycyjnego – pod kątem warstwy techniczno-budowlanej. Odwołujący zaś wskazuje, że sam fakt naliczenia kar umownych stanowiących, w ocenie odwołującego, substytut odszkodowania, winien doprowadzić do wniosku, iż Budimex winien się samooczyścić w tym zakresie, a w przypadku wadliwej czynności, zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę z przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Izby, aby móc ocenić prawidłowość dokonanej czynności to musi ona mieć miejsce. Skoro Budimex nie przeprowadził postępowania z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, to i ocena w tym zakresie nie może być dokonana. Samoistne wywodzenie przez odwołującego, stawianie określonych tez, bez powoływania stosownych wniosków dowodowych w tym zakresie musiało powodować oddaleniem tego zarzutu.

W powyższym zakresie Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, uznając je za własne. Niemniej za przystępującym podnieść należy, iż wyjaśnienie Budimex składane w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp (dalej jako „Wyjaśnienie”) mają zaś za zadanie wypełnienie ciążącego na wykonawcach obowiązku informacyjnego umożliwiającego zamawiającemu ocenę podstaw do wykluczenia, nie stanowią jednak samooczyszczenia. Przedstawianie wyjaśnień o takiej treści i zakresie odpowiada oczekiwaniom wyartykułowanym w ramach wyroku o sygn. KIO 449/22, w ramach którego BUDIMEX był stroną, co sygnalizowane było zresztą w ramach pism przedstawionych przez Przystępującego.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 28.02.2022 r., sygn. akt KIO 315/22 *„Skład orzekający, podziela przy tym stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 3467/21, iż wykonawca wypełniając cz. III JEDZ w zakresie 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?" winien zaznaczyć odpowiedź TAK i przedstawić stosowne informacje, jeśli był stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego która została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, czyli w zakresie wystąpienia przesłanek obiektywnych z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Natomiast kwestia, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma charakter ocenny i ta ocena nie należy do wykonawcy lecz do Zamawiającego - żeby była możliwa do przeprowadzenia konieczne jest podanie odpowiednich informacji przez wykonawcę.”*

Odwołujący zdaje się celowo pomijać stanowiska orzecznicze, mimo, że są one powszechnie znane, stanowiąc podstawę dla wypracowanej i akceptowanej przez GDDKiA ścieżki działania przez wykonawców funkcjonujących na rynku. W konsekwencji odwołujący wykazuje się niezrozumieniem relacji istniejącej pomiędzy przepisami art. 110 ust. 2 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp a przyznaniem przez wykonawcę w JEDZ, że znalazł się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. Samo oświadczenie w JEDZ,

że takie sytuacje miały miejsce, nie tworzy podstaw do wykluczenia i tym samym samooczyszczenia. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazuje wyraźnie, że podlega wykluczeniu 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, co doprowadziło m.in. do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania. Aby przepis ten mógł być więc zastosowany (i koniecznym byłoby wdrożenie samooczyszczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp) wszystkie przesłanki w tym przepisie wymienione musiałyby zostać spełnione łącznie, co w przypadku wykonawcy BUDIMEX nie miało miejsca, do czego odnosił się on w treści przedkładanych w toku postępowania dokumentów i oświadczeń.

W konsekwencji, rozważenia odwołującego zaprezentowane w ramach uzasadnienia odwołania są całkowicie bezprzedmiotowe. Krytyka samooczyszczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp nie może odnieść jakiegokolwiek skutku – wykonawca nie przeprowadzał bowiem samooczyszczenia na tej podstawie, nie będąc w konsekwencji zobowiązany do przedkładania dowodów (udawadniania) okoliczności narzuconych treścią art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Przystępujący złożył samooczyszczenie wyłącznie w związku z podstawą wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Tym samym ewentualna ocena czy BUDIMEX „należycie przeprowadził procedurę samooczyszczenia”, czego chce odwołujący na str. 15 odwołania, może dotyczyć tylko złożonego przez BUDIMEX samooczyszczenia. Tymczasem odwołujący w żaden sposób do owego samooczyszczenia nie referuje, nie podaje jakichkolwiek argumentów, w szczególności odnoszących się do art. 110 ust. 2 Pzp określającego wymagania samooczyszczenia, w oparciu, o które to argumenty przedmiotowe samooczyszczenie mogłoby zostać uznane za niewystarczające. Podkreślić przy tym należy, że przystępujący w JEDZ i załączonych do niego informacjach i dokumentach poinformował zamawiającego, że znalazł się w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem i gdy naliczono mu kary umowne. Przystępujący szczegółowo i rzetelnie wyjaśnił zamawiającemu okoliczności tych spraw, umożliwiając tym samym zamawiającemu samodzielną i niezależną ocenę przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. BUDIMEX wypełnił w ten sposób obowiązki notyfikacyjne względem zamawiającego w tym zakresie. Konsekwentnie w ramach składanych oświadczeń BUDIMEX wskazywał także, że nie zachodzą względem niego przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Jeżeli zatem nie zachodzi podstawa do wykluczenia BUDIMEX z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to tym samym nie ma podstaw do składania przez BUDIMEX samooczyszczenia.

Jeśli jednak odwołujący ocenił że poszczególne kary umowne notyfikowane przez BUDIMEX w ramach przedkładanych Wyjaśnień świadczyć miałyby o sytuacji wypełnienia wszystkich przesłanek zdefiniowanych w ramach art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp to winien przedstawić szczegółową argumentację i dowody wskazujące na ich wypełnienie, uwzględniając, że omawiany przepis, będąc regulacją o charakterze skutkowym, sankcją wykluczenia przewiduje więc w sytuacjach, w których konsekwencją w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi była następstwem określonego zachowania wykonawcy, tj. sytuacji, w której 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 (...). Sam fakt naliczenia kary umownej nie determinuje bowiem możliwości uznania, że wypełnione są wszystkie przesłanki zdefiniowane w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, a taki znak równości zdaje się czynić odwołujący wskazując w ramach uzasadnienia odwołania przykładowo, że: *„naliczona kara umowna jest znaczna w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, co oznacza, że naruszenie było bardzo poważne i uzasadnia zastosowanie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) p.z.p”*.

Należy przy tym podkreślić, że w niniejszej sprawie odwołujący nie podjął nawet próby dowodzenia, że przystępujący podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, nie przedstawia bowiem jakichkolwiek rzeczowych argumentów (a tym bardziej dowodów) mających świadczyć o rzekomej nieprawidłowości w oświadczeniach składanych przez przystępującego, opisujących okoliczności faktyczne każdej ze spraw świadczących o braku wystąpienia „przyczyn leżących po stronie Wykonawcy” w odniesieniu do poszczególnych zdarzeń.

Reasumując, Izba stwierdziła, że przystępujący BUDIMEX nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, tj. w historii działalności spółki nie wystąpiły sytuacje, które wypełniałyby łącznie wszystkie przesłanki wymienione w treści ww. przepisu.

Zarzut nr 4.

Odwołujący podniósł, co następuje.

Zamawiający w piśmie z dnia 17 maja 2022 r. zwrócił się do wykonawcy Budimex o wyjaśnienie czy oferta złożona przez ww. wykonawcę uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, Specyfikacjach na Projektowanie oraz WWIORB, a także wprost poprosił o potwierdzenie, że w cenie oferty wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją czynności wypunktowane w w/w piśmie zamawiającego. Wykonawca złożył wyjaśnienia pismem z dnia 31 maja 2022 r., jednakże po ich przeanalizowaniu zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2022 r. w celu

rozwiązania wszelkich wątpliwości zwrócił się do wykonawcy o udzielenie dalszych wyjaśnień co do ceny wskazanej w ofercie, w szczególności co do ceny wykonania nasypów. Wykonawca odpowiedział na powyższe pismem z dnia 17 czerwca 2022 r. Treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień nie rozwiązała jednak wątpliwości zamawiającego, który w dniu 28 czerwca 2022 r. zwrócił się do wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień po raz trzeci i ponowne dogłębne przeanalizowanie ceny oferty.

Nieudzielenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty powoduje, że zamawiający podejmuje decyzję na podstawie wiedzy, jaką dysponuje, bez wyjaśnień wykonawcy. Zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp (zob. wyroki z dnia 3 stycznia 2012 r., KIO/UZP 1327/09, z dnia 5 listopada 2009 r., KIO/UZP 1443/09, z dnia 13 października 2010 r., KIO/UZP 2145/10).

Odwołujący w większości pokrótce wyjaśnił swoje zarzuty w odniesieniu do konkretnych pytań. Wskazać przy tym trzeba, że niezależnie od oceny zasadności czynności zamawiającego nie została ona zaskarżona, a więc wykonawca Budimex był obowiązany do udzielenia odpowiedzi. Pytania zamawiającego dotyczące zgodności treści oferty z SWZ, zatem brak odpowiedzi (w odróżnieniu od ewentualnych zastrzeżeń do treści odpowiedzi) nakazuje przyjąć, że wykonawca Budimex nie podjął próby wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego, a zatem jego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SWZ.

W wyjaśnieniach z dnia 31 maja 2022 r.

Pytanie nr 6 - *Prosimy o szczegółowe przedstawienie ryzyk i zagrożeń, jakie zostały założone w Ofercie zarówno dla etapu opracowywania dokumentacji projektowej, jak i prowadzonych na ich podstawie robót budowlanych oraz środków zaradczych określonych przez Wykonawcę na podstawie przekazanych przez Zamawiającego danych, własnego doświadczenia Wykonawcy oraz obserwacji i monitoringu rynku, wizji lokalnej w terenie mających wyeliminować te ryzyka.*

W odpowiedzi wykonawca *de facto* zanegował zasadność pytania, jednak wskazał przy tym, że (...).

Odwołujący wskazał, że czym innym są środki zaradcze, czym innym zaś działania zaradcze jak je opisuje wykonawca Budimex. Zamawiający pyta bowiem o to, w jaki sposób wykonawca Budimex zapobiegnie materializacji ryzyka, otrzymuje zaś odpowiedź, że jeżeli już dojdzie do materializacji ryzyka, to będzie na bieżąco reagował.

W dalszej części pytania zamawiający wskazuje, iż *w dokumencie „Wykaz Płatności” (TOM IV SWZ) wartość pozycji punkt II. „Dokumenty Wykonawcy”, podpunkt 11.1 „Dokumenty Wykonawcy” wynosi (...) zł netto. Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób Wykonawca w swojej Ofercie uwzględnił wymagania Zamawiającego w omawianym zakresie jednocześnie osiągając przedstawioną wartość pozycji.*

Tymczasem odpowiedź wykonawcy Budimex informuje jedynie, że uwzględnił wszystkie dokumenty – do czego przecież był zobowiązany na podstawie Prawa zamówień publicznych, nie wskazuje w żaden sposób, jak tego dokonał.

W pytaniu nr 7 wykonawca Budimex nie odpowiedział, czy i jakie zespoły angażuje na etapie budowy, nie kwestionując zasadności pytania. Co więcej, wykonawca w ogóle nie odniósł się do części pytania dotyczącej węzła „Lubycza Królewska”, gdzie zamawiający wskazuje na potrzebę wykonania dokumentacji w szerszym zakresie (na przykład Koncepcji Programowej).

W zakresie pytania nr 9, które sprowadza się do analizy ryzyka zatrudniania podwykonawców wykonawca Budimex w ogóle nie odpowiedział na pytanie, jego odpowiedź w żadnym stopniu nie dotyczy ryzyk związanych z podzleceniem umowy.

W zakresie pytania nr 21, w którym zamawiający dopytuje o przewidziane odstępstwa i ich wpływ na harmonogram (termin na uzyskanie decyzji ZRiD), wykonawca Budimex zignorował zupełnie część dotyczącą wpływu na harmonogram, którego dotrzymanie przecież musi być celem zamawiającego, szczególnie w obliczu naliczania temu wykonawcy kar umownych za nieterminowość.

W zakresie pytania nr 36 z odpowiedzi nie wynika, jaki potencjał kadrowy będzie w dyspozycji wykonawcy Budimex w celu osobistego wykonania części zamówienia, co jest o tyle istotne, że wykonawca ten prowadzi dużą ilość robót, część z nich kończąc nieterminowo. Stąd też zasadne jest tu pytanie zamawiającego.

Z kolei w zakresie pytania 41 o ile wykonawca Budimex wskazał na źródła pozyskiwania mieszanki, o tyle nie podał kluczowych parametrów wytwórni, do czego był zobowiązany.

W zakresie pytania 43 wykonawca Budimex nie potwierdził ani nie wyjaśnił, czy jest w stanie nabyć materiały w cenach przyjętych do kalkulacji oferty.

W wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2022 r., niezależnie od pozostałych kwestii zamawiający powziął wątpliwość związaną z przyjęciem rozwiązań minimalizujących zjawiska krasowe. Kwestia ta jest o tyle istotna, że koszty związane z występowaniem takich zjawisk mogą być liczone w dziesiątkach milionów złotych. Tymczasem wykonawca Budimex w odpowiedzi, pomimo pytania zamawiającego nie potwierdził, iż wziął pod uwagę inną dokumentację niż pkt 1.1 PFU. Dodatkowo wykonawca Budimex nie wskazał, jakie działania minimalizujące ryzyko zamierza podjąć. Odwołujący zwraca uwagę na Dokumentację Geologiczno-Inżynierską, gdzie w pkt 5.1 Budowa geologiczna stwierdzono, iż: *W głębokich otworach dla słupa WN w km 1+710 (OR9) i w km 8+160 (OR9) stwierdzono występowanie zjawisk krasowych, które objawiają się poprzez występowanie pustek w obrębie masywu, w których mogą występować wody podziemne, częściej jednak jako liczne pustki wypełnione materiałem gliniastym (...)* W wyniku przeprowadzonych badań, w podanych niżej lokalizacjach stwierdzono wysoki poziom wód podziemnych związany z ryzykiem

występowania podtopień i podmokłości: na odcinku 9 w km 2+400-2+670 oraz km 7+078, 14+250, 15+300-17+240 oraz na drogach dojazdowych: DD-12L w km 4+320, DD-13L w km 1+450-1+600, 2+630 – 2+930. Wysoki poziom wód jest jednym z objawów zjawisk krasowych, zatem pominięcie ryzyka w tym miejscu, co wprost przyznał wykonawca Budimex prowadzi do niezgodności treści oferty z SWZ i skutkuje koniecznością jej odrzucenia. Co więcej,

w odpowiedzi nr 46 z dnia 31 maja wykonawca Budimex wskazał, że przewidział zabezpieczenie/przebudowę drenażu, należy jednak zwrócić uwagę, że w pytaniu zamawiający wprost odwołuje się do zjawisk krasowych, przy czym Dokumentacja Geologiczna Inżynierska wskazuje ryzyka zjawisk krasowych na większej ilości miejsc.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający podniósł, iż błędnie odwołujący wskazuje, że przystępujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, pomijając, że wyjaśnienia te zostały złożone, jednakże w ocenie zamawiającego nie były wystarczająco skonkretyzowane, dlatego też przystępujący został wezwany do ich uzupełnienia i dopiero na podstawie kompleksowych wyjaśnień, które rozwiązały wątpliwości zamawiającego, dokonał on oceny zgodności złożonej przez przystępującego oferty z SWZ.

Odniesienie się do konkretnych pytań zawartych w piśmie zamawiającego z dnia 17 maja 2022 r. wskazanych przez odwołującego:

1) pytanie nr 6:

a) zamawiający wskazuje, że przystępujący w swoim piśmie z dnia 31 maja 2022 r., stanowiącym odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 17 maja 2022 r., przedstawił szereg ryzyk i planowanych środków zapobiegawczych obniżających prawdopodobieństwo ich wystąpienia, które ujął w swojej ofercie (m.in. odpowiedzi na pytania nr 8, 11, 12, 13, 24, 29, 30, 34 czy 43; wskazując m.in. wewnętrzne procedury spółki, w tym konkretne dokumenty

i Instrukcje, organizowanie cyklicznych spotkań w ramach wewnętrznej koordynacji i nadzoru prac projektowych, wielostopniowe sprawdzanie rozwiązań projektowych ze względu na posiadaną strukturę organizacyjną, założenie czasowego buforu bezpieczeństwa poprzez działania wyprzedzające w stosunku do terminów wynikających ze ścieżki krytycznej, zaangażowanie własnego biura projektowego do koordynacji i weryfikacji prac przy przygotowaniu dokumentacji projektowej oraz pozyskiwaniu niezbędnych decyzji i pozwoleń, posiadanie zawartych umów ramowych ponad 300 w zakresie usług jak i dostaw różnych asortymentów materiałów). Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie nr 6 wskazał, iż uwzględnił (przyjął i wycenił) ryzyka opisane w dokumentacji przetargowej, w tym określone w PFU i Warunkach Kontraktu (m.in. w Subklauzuli 1.9, 8.5, 8.6, 18), co potwierdza zgodność oferty z SWZ. Wskazał także, że w celu zminimalizowania ryzyk zamierza skierować do realizacji

najlepszy doświadczony personel projektowy, którego doświadczenie gwarantuje wysoką jakość oraz terminowość wykonywanych prac. W ocenie zamawiającego informacje przedstawione przez wykonawcę Budimex w ramach wyjaśnień do oferty winny być traktowane całościowo (kompleksowo), a nie w sposób wyrywkowy, jak ma to miejsce w odwołaniu, w ten też sposób zamawiający dokonał oceny zgodności oferty przystępującego z SWZ. Wychodząc więc z ww. założenia, błędnie wskazuje odwołujący, jakoby przystępujący nie wskazał na środki zaradcze, a jedynie na działania.

b) odnosząc się do drugiej części pytania (Dokumenty Wykonawcy) przystępujący w załączniku nr 6 do pisma z 31 maja 2022 r. wykazał koszt przygotowania poszczególnych opracowań projektowych związanych z realizacją Kontraktu, wykazując tym samym sposób oszacowania wartości części oferty pod pozycją 11.1 Wykazu Płatności, co całkowicie pomija odwołujący w treści swojego odwołania, ograniczając się jedynie do samej odpowiedzi przystępującego, z której wynika, że uwzględnił on wszystkie dokumenty jakie jest zobowiązany przygotować zgodnie z Subklauzulą 5.2. SWK oraz pkt 2.2.1, 2.2.2 PFU, co czyni niezasadnym zarzut odwołującego dotyczący braku wykazania przez przystępującego w jaki sposób uwzględnił on wszystkie dokumenty.

2) Pytanie nr 7:

Przystępujący w odpowiedzi na pytanie nr 7 zawartej w piśmie z dnia 31 maja 2022 r. potwierdził, że będzie dysponował branżowymi zespołami projektowymi, gdzie skład osobowy będzie dostosowany do zakresu prac. Dodatkowo, analogicznie jak wcześniej - przy pytaniu nr 6, należy zauważyć, że w odpowiedziach przystępującego na pytania nr 8 i 34 wskazał również, że posiada stosowne procedury dot. zarządzania projektem, swoje własne biuro projektowe weryfikujące prace projektantów opracowujących dokumentację oraz osobę Koordynatora sprawującego nadzór nad prowadzeniem prac projektem i prowadzącego stały monitoring ich realizacji m.in. względem ustalonych harmonogramów. Przystępujący potwierdził w odpowiedzi na pytanie nr 34, że w celu terminowego osiągnięcia Kamienia Milowego nr 1 i 2 założył odpowiednią ilość poszczególnych zespołów umożliwiającą wykonanie dokumentacji z dotrzymaniem terminów kamieni milowych określonych przez zamawiającego. Skład osobowy poszczególnych zespołów projektowych będzie zawierał personel o odpowiednich kwalifikacjach dla danej branży i będzie dostosowany do potrzeb projektu, przy czym przystępujący w odpowiedzi na pytanie 34 wskazując szczegółowo na terminy dokonania poszczególnych czynności, wykazał, że planując ilość zespołów projektowych, uwzględnił w zakresie prac projektowych opracowanie Koncepcji Programowej, projektu budowlanego oraz materiałów niezbędnych do złożenia wniosku o uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia dla potrzeb rozbudowy przedmiotowego odcinka drogi ekspresowej S17 polegającej na budowie w jej ciągu węzła drogowego „Lubycza Królewska”.

Powyższe oznacza, że przystępujący, wbrew twierdzeniom odwołującego udzielił zamawiającemu odpowiedzi na zadane pytanie, które pozwoliły na kompleksową, z uwzględnieniem wszystkich wymogów, ocenę jego oferty pod kątem zgodności z SWK.

3) Pytanie nr 9:

Odwołujący zarzuca, że w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 9 zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 17 maja 2022 r., przystępujący w ogóle nie odpowiedział na pytanie, gdyż jego odpowiedź nie dotyczyła ryzyk związanych z podzleceniem umowy.

Wykonawca na etapie postępowania przetargowego nie jest zobligowany do określenia jaki zakres przedmiotu zamówienia zostanie zlecony podwykonawcom (metodyka i identyfikacja ryzyk wynika poniekąd z rodzaju zleconego asortymentu robót, co wynika z treści pytania). Za właściwe należy uznać założenie, że roboty wykonawca planuje realizować po części siłami własnymi (obligatoryjnie te, co do których zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę), a w części za pomocą podwykonawców. Daje to możliwość sprawnego realizowania robót i odpowiedniego reagowania w przypadku problemów z podwykonawcami (odpowiednio mniejszy zakres podwykonawstwa pozwala łatwiej znaleźć podmiot zastępczy bądź przejęcie wykonania tego zakresu siłami własnymi). Jednocześnie zgodnie z odpowiedzią przystępującego na pytanie 34 zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 17 maja 2022 r. wskazał on, że *„Zakładamy dokonanie wyboru podwykonawców i dostawców oraz częściową mobilizację sprzętu jeszcze przed wydaniem decyzji ZRID, a także odpowiednie przyspieszenie mobilizacji środków oraz otworzenie frontów robót w pierwszych miesiącach realizacji w stopniu zapewniającym osiągnięcie Kamienia Milowego nr 3”*. Należy też zwrócić uwagę, że ryzyka związane z zakresem umowy planowanym do podzlecenia w zakresie wykonania prac projektowych, opisanie metodyki ich identyfikacji

i sposobu działań w przypadku ich wystąpienia zostały szczegółowo opisane w odpowiedzi przystępującego na pytanie nr 8 zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 17 maja 2022 r.

Mając na uwadze powyższe, odpowiedzi przystępującego należy uznać za wystarczające zaś zarzut odwołującego, nie uwzględniający uprawnień wykonawców do podzlecenia prac podwykonawcom w toku realizacji umowy oraz odpowiedzi przystępującego na pytanie 8 za niezasadny.

4) Pytanie nr 21:

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego zignorowania przez przystępującego część pytania zamawiającego dotycząca wpływu odstępstwa na harmonogram, zamawiający ponownie wskazuje, że odpowiedzi udzielane przez przystępującego winny być odczytywane kompleksowo. W tym przypadku przystępujący w odpowiedzi na pytanie nr 11 wskazał sposoby działania w zakresie prac projektowych uwzględniające tryby i procedury m.in.

organów administracji publicznej, które to wydają decyzje o odstąpieniu od przepisów technicznobudowlanych, zakładając w związku z tym czasowy bufor bezpieczeństwa poprzez działania wyprzedzające w stosunku do terminów wynikających ze ścieżki krytycznej. Przystępujący nadto w odpowiedzi na pytanie 21 wskazał jakie konkretne odstąpienia przewidział do uzyskania przy realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 34 widnieje wskazanie dotyczące osiągnięcia Kamienia Milowego nr 1 (wniosek o wydanie decyzji ZRID). Co wymaga także podkreślenia, zgodnie z Warunkami Kontraktu Subklazula 8.3 „*W terminie 21 dni od Daty Rozpoczęcia, Wykonawca przedłoży Inżynierowi oraz Zamawiającemu szczegółowy Harmonogram dla etapu prac projektowych [...]*” przy czym „Data Rozpoczęcia” oznacza datę zawarcia Umowy przez obie Strony. Zatem wykonawca (przystępujący) nie jest zobowiązany do posiadania na tym etapie szczegółowego planu działania w zakresie projektowania inwestycji; pytanie zaś zamawiającego dotyczyło przedstawienia sposobu i harmonogramu działań związanych z koniecznością uzyskania odstąpienia od przepisów techniczno-budowlanych oraz analizy wpływu uzyskania odstąpienia na terminowe uzyskanie decyzji ZRID, nie zaś szczegółowego opisu wpływu odstąpienia na harmonogram, którego przedłożenia wymaga zamawiający dopiero w terminie 21 dni od dnia zawarcia Umowy.

5) Pytanie nr 36:

W celu weryfikacji potencjału kadrowego przystępującego, jaki zamierza on skierować do osobistego wykonania części zamówienia zamawiający uwzględnił zarówno jego odpowiedź na pytanie nr 36 (w którym to przystępujący wskazuje na Oddział Usług Sprzętowych, specjalistyczne zespoły bitumiczne), ale także odpowiedzi na pytania nr 34 (zapewnienie odpowiedniej liczby zespołów dla osiągnięcia Kamieni Milowych), nr 35 (w której wskazano konkretne liczby osób zaangażowanych do wykonywania robót drogowych, mostowych i branżowych z podziałem na kadrę fizyczną, operatorów i kierowców, kadrę inżyniersko-kierowniczą i obsługę wytwórni mas bitumicznych, w tym laborantów) i nr 37 (odnoszący się do stałego personelu). Nadto mobilizacja wykonawcy zgodnie z twierdzeniami zawartymi w piśmie z dnia 31 maja 2022 r, rozpocznie się przed uzyskaniem decyzji ZRID, a więc około 1,5 roku po ewentualnym zawarciu umowy, w momencie, gdy w większości gotowe będą już projekty wykonawcze wraz z częścią przedmiarową, co pozwoli na precyzyjne określenie niezbędnych zasobów do realizacji robót budowlanych, w tym kluczowych części zamówienia. W ocenie zamawiającego dane przedstawione przez przystępującego pozwalają pozytywnie ocenić potencjał wykonawcy oraz zweryfikować zgodność jego oferty z SWK, a stopień szczegółowości przedstawionych informacji jest odpowiedni dla obecnego etapu przedsięwzięcia.

6) Pytanie 41:

Odwołujący zarzuca, że przystępujący nie podał kluczowych parametrów wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych i betonowych, podczas gdy wprost wskazał na najważniejszy parametr WMB (wytwórni mas bitumicznych), a więc jej wydajność (min. 200 t/h), poprzez podanie wartości minimalnej. Pozwala to na uznanie zarzutu odwołującego za bezprzedmiotowy.

7) Pytanie 43:

Odwołujący zarzuca, że przystępujący nie potwierdził ani nie wyjaśnił, czy jest w stanie nabyć materiały w cenach przyjętych do kalkulacji, podczas gdy wprost wskazał on na podpisane umowy ramowe (załączając przykładowe do składanych wyjaśnień) oraz, że dysponuje ponad 300 umowami ramowymi zarówno w zakresie usług, jak i dostaw różnych asortymentów. Dodatkowo przystępujący wskazał na postanowienia waloryzacyjne, redukujące do pewnego stopnia ryzyko kosztowe wykonawcy. Wykonawca wykazał zatem, iż skalkulował w ofercie ryzyko wzrostu cen oraz możliwego braku dostępności na rynku głównych materiałów do realizacji zamówienia, co w ocenie zamawiającego wyjaśnia nabycie przez przystępującego materiałów w cenach przyjętych do kalkulacji oferty, co z kolei oznacza, że jego oferta zgodna jest z SWZ.

Odniesienie się do wyjaśnień przystępującego z dnia 17 czerwca 2022 r. dotyczących rozwiązań minimalizujących zjawiska krasowe.

W ocenie odwołującego przystępujący nie wskazał, jakie działania minimalizując ryzyko zamierza podjąć oraz nie potwierdził, że wziął pod uwagę inną dokumentację niż pkt 1.1 PFU, podczas gdy przystępujący wskazał wprost, że *„Wykonawca potwierdza, że na etapie składania ofert wziął pod uwagę dane zawarte w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego (w tym. PFU - pkt 1.2, podpunkt 2) i na etapie przygotowania oferty nie stwierdził, na podstawie przekazanych danych, konieczności wzmocnienia podłoża gruntowego w związku ze zjawiskami krasowymi w innych lokalizacjach [...]”*.

Zgodnie z pkt 1.2 PFU *„Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie poniższych dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego: [...]”* zatem wykonawca oświadczając, że uwzględnił w ofercie dokumenty przekazane przez zamawiającego (Dokumentacja Geologiczno-Inżynierska, Opinia geotechniczna, dokumentacja badań geofizycznych), potwierdził tym samym jej zgodność z SWZ. Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 75 przystępujący oświadczył, że uwzględnił w ofercie postanowienia pkt 15.8 Tom I SWZ. Należy przy tym wskazać, że cytowane w odwołaniu fragmenty Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej stanowią odrębne punkty podsumowania tegoż opracowania i dotyczą osobnych kwestii warunków gruntowych. Zauważenia wymaga, że Dokumentacja Inżyniersko-Geologiczna została dodatkowo doprecyzowana m.in. przez badania geofizyczne (metoda grawimetryczna), w którym to opracowaniu skonfrontowano *„udokumentowane formy krasu wg Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej z wynikami*

pomiarów geofizycznych, grawimetrycznych i elektrooporowych". W związku z powyższym istnieje wysoce prawdopodobne, że jakoby teza odwołującego została oparta bądź na przypuszczeniach, bądź na wąskim fragmencie dokumentacji badań podłoża gruntowego ujętego w SWZ i dostępnych tam innych danych. Samo stwierdzenie ryzyka nieoparte rzetelną analizą udostępnionych opracowań i informacji tam zawartych nie może zostać uwzględnione za zasługujące na uznanie. Co wymaga podkreślenia, inwestycja prowadzona jest w systemie Projektuj i Buduj, co oznacza, że do obowiązków wykonawcy należy opracowanie dokumentacji projektowej, przyjęcie rozwiązań zgodnych z PFU oraz obowiązującymi przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej (zapewniających przy tym funkcjonalność i bezpieczeństwo użytkowania), jednakże przyjęte rozwiązania projektowe na etapie przetargu nie ograniczają wykonawcy do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania.

Podzielając w pełni stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, Izba wskazuje, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż charakter prowadzonego postępowania ma zasadniczy wpływ na ocenę składanych wyjaśnień oraz możliwość stwierdzenia, że treść oferty jest sprzeczna z treścią SWZ. Wskazać bowiem należy, iż na etapie postępowania - po złożeniu ofert, w systemie „zaprojektuj-wybuduj” zamawiający ma ograniczony zasób wiedzy co do metodologii i założeń, jakie przyjął wykonawca do realizacji przedmiotu zamówienia. Jednakże w trakcie procedury badania ofert zamawiający ma prawo do żądania od wykonawców złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty. Oczywistym jest, że obszar wyjaśnień doznaje pewnego ograniczenia, a co za tym idzie zamawiający zawsze może dojść do przekonania, że udzielona przez wykonawcę odpowiedź, jest wystarczająca, nawet jeżeli jest bardzo ogólna, ale jednocześnie potwierdza wszystkie założenia przyjęte przez zamawiającego do realizacji całego przedmiotu zamówienia. Stawianie przez odwołującego zarzutów względem niepełnych wyjaśnień pozostaje irrelewantne względem oceny dokonanej przez zamawiającego, gdyż to zamawiający, który jest autorem pytań posiada wiedzę czy odpowiedź udzielona przez wykonawcę jest wystarczająca, w sposób dostateczny wyjaśnia wszystkie wątpliwości zamawiającego. Nadto podnieść należy, iż w postępowaniu prowadzonym w systemie „zaprojektuj-wybuduj” utrudnione jest jednoznaczne stwierdzenie

o niezgodności treści oferty z SWZ, gdyż jest to etap wstępny, który charakteryzuje się (w postępowaniu) dużą dozą ogólności, precyzowaną dopiero na etapie projektowania i realizacji inwestycji. Odwołujący nie wykazał, że przystępujący złożył taką ofertę. Nie jest również wskazane, nakazywanie zamawiającemu dalsze wyjaśnianie treści oferty, gdyż to

zamawiający jako dysponent pytań, jest władny stwierdzić, czy i w jakim zakresie odpowiedzi wykonawcy są wystarczające i zupełne. Ocena dokonywana przez odwołującego jest jedynie jego subiektywnym oglądem na stan sprawy, jednakże nie wystarczającym do uznania zarzutu za zasadny.

Wybrany przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia, kiedy dopiero na etapie wykonania kontraktu strony uzgodnią ostateczny kształt realizacji celu udzielenia zamówienia publicznego, powoduje dodatkową trudność i czyni przeprowadzenie badania ofert pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, procesem wymagającym niezwykle rozważnego podejścia. Zamawiający musi bowiem uwzględnić sam sposób zdefiniowania przedmiotu zamówienia, który pozostawia wykonawcy znaczną elastyczność w tym, jak zostaną zrealizowane ustalone warunki zamówienia. Na obecnym etapie opieramy się na programie funkcjonalno-użytkowym, czyli brak jest bardzo szczegółowych opracowań koncepcyjnych odnoszących się do planowanej inwestycji, a z drugiej strony możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niezgodności z warunkami zamówienia wymaga jednoznacznego, klarownego wskazania, z którą treścią dokumentacji postępowania oferta wykonawcy jest sprzeczna. Zastosowanie wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., niezależnie od przyjętej formuły realizacji umowy, wymaga wskazania przez zamawiającego, z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu. (...). Nie wystarczy więc stwierdzić niezgodności oferty z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami zamawiającego lub oczekiwanym przez niego sposobem rozumienia dokumentacji postępowania, którego w niej nie ujawniono. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentacji zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe. (...) Zamawiający może zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, co w ofercie wykonawcy nie jest zgodne z warunkami zamówienia i w jaki sposób ta niezgodność występuje - w konfrontacji z klarownie wskazanymi wymaganiami SWZ (vide: wyrok z dnia 21 marca 2022 r., sygn. akt KIO 543/22).

Zarzut nr 5.

Odwołujący wskazał, co następuje.

W ocenie odwołującego treść korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Budimex prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zamawiający powziął wątpliwość co do prawidłowości skalkulowania przez wykonawcę Budimex ceny podanej w ofercie. Dla kwalifikacji danej czynności znaczenie ma bowiem jej rzeczywiste dokonanie, nie zaś abstrakcyjne wskazanie podstaw prawnych. Wykonawca Budimex winien zatem złożyć wyczerpujące wyjaśnienia w tym zakresie już w odpowiedzi na pierwsze pismo zamawiającego. Powyższe nie powinno stanowić żadnych trudności, zważywszy, że wykonawca co do zasady dysponuje pełną dokumentacją prowadzącą do ustalenia ceny wskazanej w ofercie. Z tego względu w ocenie odwołującego zachowanie wykonawcy polegające na unikaniu rzetelnego udzielenia odpowiedzi na pytania zamawiającego nie tylko nie zasługuje na aprobatę, lecz również winno skutkować określonymi sankcjami prawnymi jako sprzeczne z interesem publicznym. Taką sankcją jest obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. W konsekwencji uznać należy, że stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. na zamawiającym spoczywał obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy Budimex (zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia).

Odwołujący wskazuje, że z treści pytań zamawiającego wprost wynika badanie ceny.

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego co do kwalifikacji wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień jako wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, odwołujący podnosi, że zamawiający sprzecznie z prawem zaniechał zastosowania tej procedury.

Stan faktyczny niniejszego postępowania, w szczególności analiza przedłożonej korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Budimex prowadzi do wniosku, że zakres wątpliwości powziętych przez zamawiającego był tego rodzaju, że miał istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia. Wprost bowiem z korespondencji wynika, że zamawiający uważa i dwukrotnie informuje wykonawcę Budimex, iż uważa koszt jednostkowy wykonania nasypów za istotnie zaniżony. Odwołujący wskazuje, iż jeżeli przyjąć, że pytania zamawiającego nie mają na celu wyjaśnienia tej kwestii w ramach procedury badania ceny, to nie potrafi zrozumieć, dlaczego tej procedury nie stosowano, skoro zaoferowanie właściwej ceny (jak niżej) prowadziłoby za zamiany kolejności ofert odwołującego i wykonawcy Budimex. To konstatacja prowadzi do konieczności odrzucenia oferty Budimex w przypadku potwierdzenia zarzutu ze względu na fundamentalne naruszenie zasady uczciwej konkurencji prowadzące do wypaczenia wyników postępowania.

Gdyby zamawiający wezwał wykonawcę Budimex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 p.z.p., to w przypadku stwierdzenia ich niekompletności (tak jak to miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym), zamawiający byłby zobowiązany odrzucić ofertę po odpowiedzi na pismo zamawiającego datowane 9 czerwca 2022 r. nie zaś ponownie wzywać

wykonawcę do składania kolejnych wyjaśnień i ich uzupełnień. Co istotne, odwołujący wskazuje, że w świetle przepisów prawa zamówień publicznych, zamawiający miał nie tylko powinność, lecz obowiązek wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 p.z.p.

Odwołujący wskazuje, że w toku trzech składanych zamawiającemu odpowiedzi, po pierwsze, wbrew treści pytania 15 wykonawca Budimex nigdy nie udzielił odpowiedzi co do sposobu kalkulacji kosztu. Po drugie, zapytany powtórnie wykonawca Budimex ponownie nie wskazał kalkulacji, która tym razem miała podawać także wyliczenia pozostałych kosztów dotyczących robót ziemnych (na przykład transportu). Co więcej, w odpowiedzi stwierdził, że cena ujmowała jedynie koszt wykonania nasypów, nie uwzględniała wykopu. Tymczasem w załączonej w odpowiedziach z dnia 17 czerwca tabelce pisze o „nasypie z dokopu” i „nasypie z dowozu”, przy czym koszty transportu materiału z wykopu przypisał w całości do wykopu na co nie ma uzasadnienia. Po trzecie, ostatecznie, w odpowiedzi z dnia 30 czerwca wykonawca Budimex stwierdził, że podając w drugiej odpowiedzi pozycję „zasypki”, miał na myśli zasypki drogowe, to jest uzupełnienie nasypu na krawężniach drogi do spodu konstrukcji pobocza czy też uzupełnienie nasypu do rzędnej umożliwiającej humusowanie pasa rozdziału. Takiego zastrzeżenia brak w odpowiedzi z 17 czerwca. Stwierdził też, że kwota 17,1 mln jest *„kosztem robót ziemnych dotyczącym wyłącznie wznoszenia nasypów w ramach branży drogowej (zgodnie z odpowiedzią na pytanie zamawiającego nr 15) nie obejmuje on robót ziemnych związanych z innymi elementami oferty np. wznoszeniem obiektów inżynierskich”*. Tymczasem pierwsze pytanie 15 w ogóle nie zawierało takiego ograniczenia a nasyp wykonany dla wzniesienia obiektu inżynierskiego pozostaje nasypem drogi ekspresowej, która przechodzi po nasypie i po obiektach inżynierskich.

W przekonaniu odwołującego powyższe jedynie potwierdza naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, bowiem odwołujący na skutek kolejnych wezwań zamawiającego istotnie zmienia treść swojej odpowiedzi, nigdy przy tym w całości nie odpowiadając na wątpliwości zamawiającego. W ocenie odwołującego świadczyć to też może o niedozwolonej negocjacji i zmiany treści oferty. Przechodząc do samej zaoferowanej ceny, to zgodnie z oświadczeniem wykonawcy Budimex w ramach przedmiotowego zadania w ramach robót ziemnych mamy 1 162 348 m³ gruntu z wykopów do wbudowania w nasyp. Pozostała niewielka brakująca do wykonania nasypów ilość 13 392 m³ zostanie dowieziona z zewnątrz.

W powyższym bilansie wykonawca Budimex nie uwzględnił istotnego elementu otóż, zgodnie z parametrami gruntów zalegających pod budowanym odcinkiem drogi ekspresowej zawartymi w Dokumentacji Geologiczno-inżynierskiej (DGI) oraz Dokumentacji Badań Podłoża Gruntowego (DBPG) wynika, że z 1 162 348 m³, można wbudować w nasyp bez stabilizowania spoiwami hydraulicznymi lub bez innych metod ulepszenia maksymalnie 70%

materiału z wykopu według najbardziej optymistycznych szacunków. A zatem wątpliwości zamawiającego są jak najbardziej uzasadnione. Jako doświadczony, wykonawca Budimex winien zaznaczyć, że nie wszystkie grunty pochodzące z wykopu można zastosować do budowy nasypów bezpośrednio. Z uwagi na uwarunkowania geologiczne określone w Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej oraz Dokumentacji Badań Podłoża Gruntowego udostępnionych przez zamawiającego znaczna część gruntów z wykopu może być wykorzystana do budowy nasypów dopiero po ulepszeniu. Na analizowanym odcinku występują bardzo złożone warunki geotechniczne w rozumieniu typów i rodzajów gruntów/skał do uzyskania z wykopu dla potrzeb prowadzenia robót ziemnych. Można te utwory pogrupować, jak następuje (dla każdej z nich podano szacunkowy udział % w wykopie): (...).

Jeśli chodzi o wyżej wymienione utwory to zarówno grunty mineralne drobnoziarniste, jak i zwiertzeliny gliniaste należy uznać za materiały bezpośrednio nieprzydatne do wbudowania, ze względu między innymi na kryterium wysadzinowości (analizowane grunty należą do mało, bardzo wysadzinowych oraz wątpliwych). Tym samym utwory te po ich uzyskaniu z wykopów wymagają odpowiedniego uzdatnienia/ulepszenia, poprzez np. stabilizację spoiwami hydraulicznymi. Mówimy łącznie o około 31% materiału pozyskanego z wykopu (zależnie oczywiście od ostatecznie przyjętego do analiz technicznych przebiegu niwelety). Jednocześnie, należy dodać, że w przypadku analizowanych gruntów konieczność ich uzdatnienia może wynikać nie tylko z faktu ich wysadzinowości w postaci nieuzdatnionej, ale jednocześnie grunty to po wbudowaniu w nasyp bez ulepszenia, nie dają gwarancji uzyskania wymaganych parametrów odbiorowych na stropie warstwy – przede wszystkim w zakresie modułu E2 z badania płytą sztywną. Stąd wielkość 31% jest najbardziej optymistyczną, nie zaś wielkością, którą miałby przyjąć rozsądny wykonawca. Mając na uwadze, że ogólnie cena ulepszenia gruntu jest zbliżona do ceny nasypu z dokopu, niemniej ulepszanie jest istotne z punktu widzenia zarówno wykonawcy jak i zamawiającego, reprezentującego interes publiczny z uwagi na oszczędności kosztów utylizacji gruntów niw przydatnych do wbudowania. Dla celów porównawczych zastosowano cenę z wyliczenia własnego. Realistyczny koszt wykonania nasypów, jest o ok 7,9 miliona wyższy niż przewidywany koszty wykonawcy Budimex.

Stanowisko zamawiającego.

Odwołujący zarzuca, że zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie artykułu 224 ust. 1 Pzp. W pierwszym więc rządzie zamawiający wskazuje na błędną konstrukcję zarzutu odwołującego, zawierającą sprzeczności w jego treści poprzez jednoczesne zarzucanie przez odwołującego zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, a z drugiej strony

wskazywanie na dwukrotne wezwanie do ich złożenia w zakresie rażąco niskiej ceny. W sytuacji bowiem, kiedy - w ocenie odwołującego - miało miejsce (2-krotne) wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień treści jego oferty w przedmiocie ceny w zakresie kosztów wykonania nasypów, co sam podkreśla odwołujący, nie można jednocześnie mówić o zaniechaniu wezwania do złożenia takich wyjaśnień przez zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu prowadzenia przez zamawiającego niedozwolonych negocjacji z przystępującym w przedmiocie ceny w zakresie kosztów wykonania nasypów, należy zauważyć, że zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści, zaś

w myśl art. 187 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ. Dopuszczalne jest więc ponowne wezwanie wykonawcy do uszczegółowienia, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz do przedstawienia informacji dodatkowych, co miało miejsce w przypadku ponownego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień do udzielonych przez niego odpowiedzi na pytanie mi.in. nr 15 i 48. Powyższe potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2022 r., KIO 3693/21, zgodnie z którym: Tylko pierwotne złożenie wyjaśnień konkretnych, rzetelnych, odpowiadających na treść wezwania zamawiającego, a nadto popartych dowodami, umożliwia zamawiającemu zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie uzupełniających wyjaśnień. Również wprost z art. 128 ust. 4 Pzp wynika, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych przedmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. W sytuacji więc konieczności doprecyzowania, uszczegółowienia odpowiedzi na pytania zamawiającego, dopuszczalne jest ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do tego samego zagadnienia, co z kolei nie oznacza automatycznie prowadzenia z nim niedozwolonych negocjacji treści oferty.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu nr 5 wskazuje, że treść korespondencji pomiędzy zamawiającym a przystępującym prowadzi do wniosku, że zamawiający powziął wątpliwość co do prawidłowości skalkulowania przez przystępującego ceny podanej w ofercie, a z treści pytań Zamawiającego wprost wynika badanie ceny, pomimo że Zamawiający pismem z dnia 17 maja 2022 r. zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na

podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. W ocenie zamawiającego nie ziszczyły się przesłanki do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, o których mowa w art. 224 ust. 1 i 2 Pzp, dlatego też tak jak podstawa prawna, tak też treść pytań zamawiającego nie odnosiła się, wbrew twierdzeniom odwołującego, do prawidłowości skalkulowania ceny podanej w ofercie w zakresie kosztów wykonania nasypów. Należy bowiem zauważyć, że treść pytań zamawiającego (zawartych w piśmie z dnia 17 maja 2022 r.) dotyczących nasypów drogi ekspresowej dotyczyła odpowiednio:

Pytanie nr 15: Z jakich materiałów wykonawca zamierza wykonać nasypy drogi ekspresowej S17 (z wykopu/z dokopu)? Prosimy o podanie założonej technologii wznoszenia nasypów oraz o podanie kosztu przyjętego w złożonej ofercie wraz z podaniem sposobu jego kalkulacji;

Pytanie nr 48: Czy i w jaki sposób wykonawca uwzględnił w ofercie koszty związane z ewentualnym ulepszeniem gruntu nie nadającego się do bezpośredniego wbudowania np. w górną warstwę nasypu i doprowadzenia go do stanu zgodnego z warunkami technicznymi?

Przystępujący udzielił też konkretnych odpowiedzi na zadane pytania w piśmie z dnia 31 maja 2022 r., jednakże zamawiający w ramach uszczegółowienia odpowiedzi przystępującego wystąpił pismami z dnia 9 i 28 czerwca 2022 r. o ich doprecyzowanie (o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty), przy czym w piśmie z dnia 9 czerwca 2022 r. Zamawiający podkreślił, że wykonawca przysłał wyjaśnienia do treści złożonej oferty, o które został poproszony, jednakże zastrzegł, że po przeanalizowaniu przesłanych odpowiedzi i wyjaśnień, w celu rozwiania wszelkich wątpliwości, należy odnieść się do kwestii zawartych w przedmiotowym piśmie. I tak, zamawiający odwołując się do odpowiedzi przystępującego na pytanie nr 58 wskazał, że mając na uwadze fakt, iż rozwiązania projektowe w zakresie odwodnienia drogi są ściśle powiązane z ukształtowaniem niwelety drogi ekspresowej, co rzutuje z kolei na rozwiązania projektowe pozostałych dróg objętych zamówieniem (m.in. profile podłużne), za istotne należy uznać również stanowisko wykonawcy przedstawione w odpowiedzi na pytanie nr 15 do oferty, które dotyczy kosztów robót ziemnych (nasypów drogi ekspresowej). Zważywszy na powyższe zamawiający wnosi o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień wykonawcy oraz jednoznaczne wskazanie czy w ramach kwoty określonej w ofercie wykonawca uwzględnił ryzyko związane z ewentualną koniecznością zmiany ww. założeń ofertowych jakie przyjęto dla potrzeb zaprojektowania i budowy systemu odwodnienia drogi, co w konsekwencji może wpłynąć znacząco na korektę założeń ofertowych w zakresie profilu podłużnego drogi ekspresowej (roboty ziemne), o których wykonawca wspomina w odpowiedzi na pytanie do Oferty nr 15 i 49? Idąc dalej, zamawiający - w związku z informacjami zamieszczonymi w załączniku nr 6 do pisma wykonawcy znak: ADHW/61/2022 z dnia 31.05.2022r. - wyraża

wątpliwość co do prawidłowości oszacowania kosztów wykonania nasypów drogi ekspresowej. Zgodnie ze wskazaniem wykonawcy „*Przyjęty w złożonej ofercie koszt wznoszenia nasypów (w tym GWN, zasypki) wynosi: 17 116 835 zł, średnia cena jednostkowa wykonania nasypu: 14,56 zł/m³*”, co w ocenie zamawiającego jest wartością istotnie zaniżoną (choćby w stosunku do danych wynikających z baz cenowych Sekocenbud), zwłaszcza gdy cena jednostkowa, zgodnie z podaną przez wykonawcę informacją, obejmuje również zasypki oraz w-wę GWN. Zamawiający jednocześnie zwraca uwagę, że wykonawca udzielając wyjaśnień na pytanie do oferty nr 48 wskazał dodatkowo, że: „*Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił koszty związane z ewentualnym ulepszeniem gruntu nienadającego się do bezpośredniego wbudowania np. w górną warstwę nasypu. Zamierza ulepszać grunt poprzez m.in. stabilizację spoiwami, aby doprowadzić go do stanu zgodnego z warunkami technicznymi zgodnie z WWiORB D.02.03.01. Ostateczne rozwiązania oraz technologie będą wynikały z finalnych rozwiązań projektowych*”. Mając na względzie opisane okoliczności zamawiający wnosi o szczegółowe określenie sposobu skalkulowania ceny jednostkowej wykonania nasypów jak wyżej (w tym - dla przejrzystego przedstawienia kalkulacji - podanie wyliczeń pozostałych kosztów dotyczących robót ziemnych, w tym wykonania wykopu, transportu mas ziemnych itd.).

W odpowiedzi na powyższe w piśmie z dnia 17 czerwca 2022 r. wykonawca przedstawił koszty, o których mowa ww. pytaniu:

Cena jednostkowa wskazana w poprzednim piśmie wykonawcy tj. 14,56 PLN/m³ obejmowała jedynie koszt wykonania nasypów, nie uwzględniała natomiast kosztów wykonania wykopu (pozyskania materiału na nasyp z wykopu i jego transportu w miejsce wykonania), co obrazuje zestawienie tabelaryczne powyżej. Wykonawca przygotowując niweletę trasy głównej zaprojektował niweletę pozwalającą na maksymalne zbilansowanie robót ziemnych w ramach odcinka, tak aby konieczność dowozu materiału na nasypy z zewnętrznych źródeł została zminimalizowana. Kolejno pismem z dnia 28 czerwca 2022 r. zamawiający wezwał wykonawcę, w związku z udzieloną przez niego odpowiedzią w piśmie z dnia 17 czerwca do wskazania, czy w przedstawionej cenie ofertowej oraz wskazanych w wyjaśnieniach cenach jednostkowych asortymentów robót, zostały uwzględnione wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia, co przystępujący potwierdził i uszczegółowił w swoim piśmie z dnia 30 czerwca 2022 r., powołując się m.in. na maksymalne zbilansowanie robót ziemnych w ramach odcinka, tak aby transport materiału w ramach placu budowy został maksymalnie ograniczony.

Mając na uwadze wyżej opisane odpowiedzi przystępującego na wezwania do wyjaśnień treści złożonej oferty, w pierwszej kolejności należy wskazać, że nie sposób podzielić tezy wskazanej w odwołaniu stwierdzającej jakoby przystępujący „nigdy nie udzielił odpowiedzi co

do sposobu kalkulacji kosztu". Przystępujący wskazał bowiem zarówno szacowaną ilość nasypu przewidzianą do wykonania w ramach trasy głównej przedmiotowego odcinka drogi ekspresowej S17, jak również odpowiednią cenę jednostkową. Tym samym wskazał on sposób kalkulacji poprzez ujawnienie danych wyjściowych - założeń kosztorysowych.

Analogiczna sytuacja ma miejsce w związku z twierdzeniem odwołującego, że „koszty transportu materiału z wykopu przypisał w całości do wykopu na co nie ma uzasadnienia”, albowiem metoda kalkulacji/kosztorysowania robót budowlanych, a także wycena składowych elementów danego ich asortymentu (w tym przypadku robót ziemnych), może być kształtowana w sposób dowolny, wedle uznania autora oferty, który sporządza dany kosztorys dla własnych potrzeb (ma być dla niego praktyczny, zazwyczaj dostosowany do zasad funkcjonowania danego przedsiębiorstwa, wewnętrznych metod rozliczania realizowanych robót, w tym z uwzględnieniem współpracy z podwykonawcami). W kosztorysowaniu robót najważniejsze jest uwzględnienie wszystkich składników determinujących cenę, nie zaś pozycja kosztorysu, która uwzględnia dany czynnik (np. transport). Z tego też względu zamawiający w piśmie z dnia 9 czerwca 2022 wskazał, że „wnosi o szczegółowe określenie sposobu skalkulowania ceny jednostkowej wykonania nasypów (w tym - dla przejrzystego przedstawienia kalkulacji - podanie wyliczeń pozostałych kosztów dotyczących robót ziemnych, w tym wykonania wykopu, transportu mas ziemnych itd.)”. W odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący przedstawił m.in. koszt wykopu wraz z transportem, co pozwoliło na ocenę wartości robót ziemnych uwzględnionych w ofercie, w tym w zakresie pozycji nasypu, którego to pytanie źródłowe (nr 15) dotyczyło.

W odniesieniu do wyjaśnień przystępującego zawartych w piśmie z dnia 30 czerwca 2022 r. odnoszących się do „zasyпки” ujętej wedle udzielonych informacji w cenie nasypu (stwierdzenie takie widnieje w załączniku nr 6 do pisma wykonawcy z dnia 31 maja 2022r.) zauważenia wymaga, że rozwiały one wątpliwości zamawiającego, w zakresie ustalenia, czy podany koszt robót związanych z wznoszeniem nasypów drogi ekspresowej nie uwzględnia zasypek obiektów inżynierskich, co do których wymagania dotyczące stosowanego materiału są istotnie bardziej rygorystyczne, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie, Norma techniczna PN-S-02205:1998 Drogi samochodowe. Roboty ziemne. Wymagania i badania. (pkt 2.11 Zasyпки obiektów inżynierskich), niż w przypadku nasypu drogowego. Bardziej rygorystyczne wymagania dotyczące zasypek obiektów inżynierskich wynikają także ogólnych zasad wiedzy technicznej i powszechnie stosowanej praktyki inżynierskiej, co potwierdza dodatkowo dokument WWiORB M-11.01.04 Zasyпки przyobektowe oraz liczne dokumentacje projektowe związane z prowadzoną przez GDDKiA budową dróg w Polsce w systemie projektuj i buduj.

Zaznaczenia wymaga również, że załączony do dokumentu SWK (TOM 11 SWZ) wzór Tabeli Rozliczeniowej (TRoz) w zakresie obiektów mostowych, która *de facto* stanowi uszczegółowienie Wykazu Płatności i służy do celów oszacowania wartości i zaawansowania Robót, także uwzględnia nasypy w tejże branży (podobnie jak na zrealizowanych już zadaniach GDDKiA miało to miejsce w przypadku dokumentu ZPRS).

Nie sposób przychylić się także do twierdzenia odwołującego, że „Wykonawca Budimex nie uwzględnił istotnego elementu otóż, z 1 162 348 m³, można wbudować w nasyp bez stabilizowania spoiwami hydraulicznymi lub bez innych metod ulepszania maksymalnie 70% materiału z wykopu według najbardziej optymistycznych szacunków”, bowiem przystępujący w odpowiedzi na pytanie zamawiającego nr 48 oświadczył (pismo z 31 maja 2022r.):

Ad. 48 Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił koszty związane z ewentualnym ulepszeniem gruntu nienadającego się do bezpośredniego wbudowania np. w górną warstwę nasypu. Zamierza ulepszać grunt poprzez m.in. stabilizację spoiwami, aby doprowadzić go do stanu zgodnego z warunkami technicznymi zgodnie z WWiORB D.02.03.01. Ostateczne rozwiązania oraz technologie będą wynikały z finalnych rozwiązań projektowych.

Również w piśmie z dnia 30 czerwca 2022 r. przystępujący wyjaśnił, że:

Ponadto pragniemy wyjaśnić, że Oferent w swojej Ofercie uwzględnił wykonanie górnych warstw nasypowych (GWN) z materiałów pochodzących z wykopu stabilizowanych spoiwami hydraulicznymi, co pozostaje w zgodzie z WWiORB D-02.03.01- Roboty ziemne. Wykonanie nasypów. Takie założenie jest ze wszech miar właściwe i nie tylko ze względów technicznych, ale również ekonomicznych.

Dodatkowo podkreślenia wymaga fakt, że wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 36 (pismo z dnia 31 maja 2022 r.; treść pytania: Jakimi zasobami (sprzętowe, kadrowe) zamierza dysponować Wykonawca, aby zagwarantować osobiste wykonanie kluczowych części zamówienia w zadeklarowanym w Ofercie terminie?) poinformował m.in. o tym, że: *„Wykonawca dysponuje własną wyspecjalizowaną jednostką organizacyjną, wyodrębnioną w strukturach firmy jako Oddział Usług Sprzętowych (oUs). [...] Jednocześnie w zasobach OUS znajdują się nowoczesne zasoby sprzętowe umożliwiające realizację nawet najbardziej skomplikowanych projektów związanych z wykonaniem nawierzchni, w tym w szczególności: mobilne wytwórnie mas bitumicznych o dużych wydajnościach z możliwością automatycznego dozowania różnych dodatków (w tym np. granulatu asfaltowego, środków adhezyjnych i stabilizatorów do SMA), mobilna linia do produkcji stabilizacji i betonu klas niskich, rozkładarki do mieszanek mineralno-asfaltowych (rozścielacze), podajniki pośrednie MMA, walce zagęszczające, równiarki, ładowarki, jednostki transportowe oraz inne zasoby sprzętowe niezbędne do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia (załącznik nr 7).”*, zaś przy piśmie z dnia 30 czerwca 2022r. dookreślił, że: *„Kolejnym czynnikiem mającym*

znaczący wpływ na fakt, że ceny wykonania robót ziemnych są niższe od cen prezentowanych w bazach cenowych Sekocenbud jest własna, rozbudowana baza sprzętowa Wykonawcy, która została wykazana w załączniku nr 7 do Wyjaśnień udzielonych w dniu 31 maja 2022 r. oraz posiadanie własnego Oddziału Usług Sprzętowych, który dysponuje wysoko wykwalifikowanymi kadrami nadzoru i nowoczesnym sprzętem do robót ziemnych, co przekłada się na osiągnięte duże wydajnościienne co wprost przekłada się na oferowaną cenę.” Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o): „*cenie jednostkowej - należy przez to rozumieć sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy, sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, obliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych*”.

Nie ulega więc wątpliwości, iż posiadanie własnej bazy sprzętowej istotnie obniża czynnik cenotwórczy jakim jest koszt pracy sprzętu (w przeciwieństwie do najmu, bądź umów podwykonawczych, gdzie występuje dodatkowo narzut ze strony najemcy/podwykonawcy). Zauważenia wymaga, że o wykorzystaniu własnej bazy sprzętowej wykonawca informował również odpowiadając na pytanie nr 52 (pismo z 31 maja 2022 r.).

Mając na uwadze powyższe, tym w szczególności fakt, że nie zaistniały w omawianym przypadku przesłanki, o których mowa w art. 224 Pzp, a wyjaśnienia przystępującego dotyczące rozwiązań projektowych są zgodne z dokumentami kontraktowymi, należy uznać zarzut odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, z wyżej wskazanych powodów, za nieudowodniony, a tym samym niezasadny.

Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego i przystępującego, dodatkowo wskazując, co następuje.

Izba wskazuje, że podobnie jak w przypadku zarzutu nr 4, okoliczność, iż z odpowiedzi na pytania zamawiającego odwołujący wywodzi określone okoliczności nie oznacza jednocześnie, że zachodzą podstawy do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie RNC. Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut winien dążyć do wykazania, że element, który w jego ocenie został zaniżony (kosztowo) przez wykonawcę w kontekście ceny całkowitej oferty nie pozwala na zrealizowanie zamówienia za cenę podaną w ofercie z uwzględnieniem odpowiedniego zysku. Tymczasem odwołujący skupia się jedynie na pozycji w rankingu, która nie jest elementem badania przez zamawiającego. W kontekście różnicy cenowej między ofertami odwołującego i przystępującego wynoszącej jedynie ok. 0,8% stwierdzić należy, iż brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta przystępującego może zawierać RNC, brak jest zatem podstaw do wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień w tym trybie.

Jak słusznie wskazał przystępujący, zarzut skonstruowany przez odwołującego w tym zakresie nie zawiera więc wykazania podstawowego elementu warunkującego w ogóle możliwość wdrożenia dyspozycji art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji bez dalszej analizy winien podlegać oddaleniu. Odwołujący w żadnym miejscu wniesionego odwołania nie odniósł się bowiem do całkowitej ceny ofertowej przystępującego, nie wskazując na jej rzekomo nierealistyczny charakter, podczas gdy możliwość kwestionowania części składowych ceny jest ściśle skorelowana właśnie z wykazaniem nieprawidłowości ceny całkowitej, co jest szczególnie istotne zwłaszcza w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, z którym mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Powyższa zasada została wypracowana na gruncie konsekwentnych stanowisk orzeczniczych w tym zakresie, które jednoznacznie wskazują, że o rażąco niskiej cenie danego elementu można mówić wówczas, jeśli ta wycena przekłada się na zaniżenie ceny całkowitej oferty czyniąc ją nierealistyczną

(tak np. wyrok KIO z dnia 21.12.2018 r., sygn. akt KIO 2516/18 czy wyrok KIO z dnia 24.11.2017 r., sygn. akt KIO 2361/17). W sposób dobitny zasadę tę wyartykułowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16.09.2019 r. (sygn. akt KIO 1669/19, KIO 1679/19, KIO 1682/19), w ramach którego wskazane zostało, że: „Ewentualne zaniżenie ceny elementu oferty (verba legis istotnej części składowej), w tym ceny jednostkowej, może mieć znaczenie istotne wówczas, gdy wywiera wpływ na całą cenę oferty w ten sposób, że wykonanie

z należytą starannością zamówienia za cenę wskazaną w ofercie wydaje się niemożliwe. Natomiast nawet jeśli – jak jest w okolicznościach sprawy – poszczególne ceny jednostkowe są niskie, ale nie znajduje to przełożenia na cenę oferty oraz możliwość wykonania całej umowy, brak jest podstaw do wyjaśniania tej ceny”. Podobnie również KIO i SO w najnowszym orzecznictwie, tj. w ramach wyroku KIO z dnia 26.02.2021 r. (sygn. akt KIO 28/21, 32/21) czy SO w Warszawie w wyroku z dnia 31.08.2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 42/21).

Co za tym idzie, przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być w istocie wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej (tak: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021), które w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca, a odwołujący nie podjął nawet próby dowodzenia w takim kierunku, nie nawiązując do tego aspektu w żadnym miejscu uzasadnienia odwołania. W przedmiotowym przypadku, cena całkowita zaoferowana przez odwołującego nie odbiega bowiem w znaczący sposób od średniej arytmetycznej złożonych ofert czy od wartości szacunkowej zamówienia, będąc w zasadzie zbieżną z założeniami cenowymi poczynionymi przez samego odwołującego, co wyklucza również obowiązek po stronie zamawiającego, wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nr 6.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z zapisami PFU (p. 1.1.3.3, Tabela nr 1.1) pokonanie przeszkód: rzeka Wierzniczka, ciek „bez nazwy”, szlak migracji zwierząt dużych DG 111957L ma być zrealizowane poprzez budowę wiaduktu w ciągu drogi ekspresowej WS-28. Parametry funkcjonowania przeszkód zgodnie z przywołanym punktem PFU powinny być zgodne z Decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Lublinie sygnatura WOOŚ.4200.1.2011.LP z dnia 8.04.2016 r. podtrzymaną Decyzją GDOŚ nr DOOŚ-oall.4200.16.2016.PD.23 z dnia 30.11.2018 r. oraz zgodne z zapisami PFU pkt 1.1.3.1 oraz 1.1.3.2.

Obiekt DG 111957L w miejscu kolizji z projektowaną S19 stanowi granicę dwóch różnych rodzajów pokrycia terenu: lasu mieszanego - na północ od DG i terenów podmokłych – na południe od DG. Tymczasem analiza rozwiązania wykonawcy Budimex wskazuje, że wymagane jest przesunięcie drogi gminnej w ten sposób, by przechodziła przez teren podmokły. Ponieważ odetnie ona jego części od rzeczki, w trakcie prac podmokły teren i związane z tym grunty słabonośne wymagają będą zabiegów geotechnicznych takich jak wymiana do warstw gruntów nośnych lub innych zabiegów, dojdzie do trwałej zmiany stosunków wodnych a nawet osuszenia tego terenu (nieobjętego trwałymi zmianami według Koncepcji Programowej). Zatem zaproponowane przez wykonawcę Budimex rozwiązanie, w ramach którego DG 111957L zostanie przesunięta w kierunku doliny rzeki Wierzniczki, jest niezgodne z zapisami DŚU: I.2.12) Wszystkie prace inwestycyjne (wykopy, nasypy itp.) należy prowadzić w taki sposób, aby nie doprowadzić do trwałej zmiany stosunków wodnych w obrębie obszaru inwestycji, a w szczególności w obrębie dolin rzecznych oraz torfowisk.

Zmiana przebiegu DG 111957L polegająca na przesunięciu jej w kierunku rzeki Wierzniczki doprowadzi do trwałej zmiany stosunków wodnych na terenie objętym pracami oraz w zasięgu oddziaływania wód rzeki Wierzniczki. DG 111957L w obecnym stanie jest wyraźną granicą kształtującą stosunki wodne wynikające z oddziaływania wód rzeki Wierzniczki, na co wskazują odmienne rodzaje pokrycia terenu po obu jej stronach.

Podsumowując, odwołujący wskazuje, że oferta wykonawcy Budimex jest wadliwa na poziomie technicznym, na poziomie kalkulacji ceny, na poziomie wykazania warunków udziału i na poziomie istnienia przesłanek wykluczenia.

Stanowisko zamawiającego.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu brak odrzucenia oferty przystępującego wobec jej niezgodności z PFU na skutek trwałego zaburzenia stosunków wodnych na skutek budowy obiektu WS-28. Odwołujący wskazuje, że zaproponowane przez przystępującego rozwiązanie, w ramach którego DG 111957L zostanie przesunięta w kierunku doliny rzeki Wierzniczki jest niezgodne z zapisami DŚU: 1.2.12. , w związku z czym doprowadzi do

trwałej zmiany stosunków wodnych na terenie objętym pracami oraz w zasięgu oddziaływania wód rzeki Wierzniczki. Odwołujący formułując ww. zarzut nie wskazał na czym miałyby polegać „trwała zmiana stosunków wodnych” w rejonie obiektu ws-28, która według odwołującego potencjalnie może być wywołana zastosowaniem rozwiązań przystępującego (o których mowa w jego piśmie z dnia 17 czerwca 2022 r.). Z kolei zapis zawarty w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia (DŚU), który jest cytowany i podnoszony

w odwołaniu, ma na celu zapobieżenie sytuacjom związanym z realizacją robót budowlanych a skutkującym zmianą warunków wodnych na obszarze przyległym do inwestycji, tzn. w jej obrębie. Rozwiązanie zaproponowane przez przystępującego, polegające na przesunięciu pod obiektem WS-28 przebiegu drogi gminnej w kierunku rzeki Wierzniczki spowoduje, że odległość między nimi zmieni się z ok. 67 m (na podstawie rozwiązań z niewiążącej wykonawców Koncepcji Programowej - TOM V SWZ) na ok. 42 m (przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają wykonawcy do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją). Należy wskazać przy tym, iż przepływ wód pod obiektem pozostaje niezakłócony. Mając na uwadze powyższe jak również fakt, iż wykonawca przedstawił jedynie rysunki poglądowe obiektu WS-28, nie sposób na podstawie posiadanych w ten sposób danych z wysokim prawdopodobieństwem wyrokować o ewentualnym zaburzeniu stosunków wodnych w obrębie obszaru inwestycji mającym negatywny wpływ na tereny przyległe. Jednocześnie należy podkreślić, że teza wskazana w odwołaniu oparta jest na przypuszczeniach dotyczących technologicznych rozwiązań dot. wykonania drogi gminnej w lokalizacji przyjętej przez Budimex, albowiem wykonawca takich informacji nie przedstawiał w trakcie udzielania wyjaśnień do treści oferty, zaś wskazane w odwołaniu przykłady pozbawione są jakiegokolwiek analizy technicznej. Dodatkowo zwrócić uwagę należy na to, że teren zlokalizowany pod obiektem WS-28, niezależnie od przyjętego rozwiązania, podlegał będzie ingerencji w trakcie realizacji zadania inwestycyjnego choćby z uwagi na potrzebę wykonania posadowienia podpór przedmiotowego obiektu inżynierskiego (wykonanie posadowienia bezpośredniego/pośredniego, wykonanie wykopów pod fundament).

Przesunięcie drogi gminnej według założeń przystępującego w kierunku cieku o ok. 25 m spowoduje zlokalizowanie jej w okolicach przekroju geotechnicznego WD28/C (poniżej plan sytuacyjny), który zgodnie z dokumentacją geologiczno-inżynierską w przeciwieństwie do przekroju WD-28/D (jeszcze bliżej rzeki) nie stwierdza występowania w-wy torfu (T). Zgodnie z DGI na przekroju WD-28/C mamy 20 cm w- gleby oraz niżej piaski drobnoziarniste w stanie luźnym. Mając zatem na uwadze powyższe oraz fakt, iż droga gminna według pisma

Burmistrz Lubyczy Królewskiej, znak RGK.7226.13.2019 z dn. 19.07.2019 r., to droga klasy D, z nawierzchnią gruntową (stąd kategoria ruchu prawdopodobnie będzie najniższa - KRI), należy stwierdzić, iż nawet poziom swobodnego zwierciadła wód gruntowych wykazany na głębokości ok. 0,6 m pod poziomem terenu nie powinien wymagać istotnych działań w zakresie wzmocnienia podłoża gruntowego przy przebudowie ww. drogi, wbrew twierdzeniom odwołującego.

Reasumując zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na brak wskazania na czym miałyby polegać „trwała zmiana stosunków wodnych”, odwołujący nie wskazuje konkretnych założeń jakie przyjęto przy jego formułowaniu, chociażby analizy technicznej, a także nie wykazał on związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy przyjętymi przez przystępującego rozwiązaniami projektowymi a zaburzeniem stosunków wodnych.

Izba wskazuje, iż zarzut odwołującego jest bezzasadny. Jak wykazał bowiem zamawiający i przystępujący rozwiązanie przyjęte przez Budimex nie narusza postanowień obowiązującej na inwestycji Decyzji Środowiskowej w zakresie dotyczącym braku trwałego zaburzenia stosunków wodnych. Przesunięcie i usytuowanie drogi gminnej (gruntowej) zostało zaprojektowane w ten sposób, iż nie narusza wymagania z Decyzji w sposób trwały. Nadto zwrócić należy uwagę na etap postępowania i system, w jakim prowadzone jest postępowanie, które wyklucza na obecnym etapie stawianie jednoznacznych tez związanych z projektowanymi rozwiązaniami.

Przyjmując stanowisko zamawiającego i przystępującego za prawidłowe, wskazać należy, iż odwołujący kilkakrotnie wskazuje, że istniejąca droga DG 111957L w obecnym stanie, stanowi granicę dwóch różnych rodzajów pokrycia terenu: lasu mieszanego i terenów podmokłych, co odwołujący wyprowadza zapewne z treści mapy do celów projektowych, załączonej do Koncepcji Programowej. Odwołujący pomija w tym zakresie jednak szczegółową dokumentację udostępnioną przez zamawiającego w postaci Badań Podłoża Gruntowego, która to wskazuje, że w obrębie istniejącej drogi DG 111957L znajdują się piaski drobnoziarniste, a droga ta nie stanowi granicy budowy geologicznej podłoża gruntowego.

Odwołujący wskazuje, że przesunięcie drogi DG 111957L będzie determinowało, że droga ta w nowym przebiegu będzie przechodziła przez teren podmokły i grunty słabonośne wymagające zabiegów geotechnicznych takich jak wymiana gruntu, która spowoduje trwałą zmianę stosunków wodnych. Tymczasem, wynikający z treści wyjaśnień przystępującego przebieg drogi DG 111957L w zestawieniu z danymi wynikającymi z Dokumentacji Badań Podłoża Gruntowego z Koncepcji Programowej wskazuje, że korpus drogi zostanie posadowiony na piaskach drobnych, które są gruntami przepuszczalnymi oraz poza obszarem występowania torfów. Co za tym idzie, proponowana lokalizacja drogi DG

111957L nie będzie przebiegać przez grunty słabonośne wymagające jakichkolwiek zabiegów geotechnicznych, co oznacza, że zarzut odwołującego w tym zakresie co do samej zasady jest bezzasadny. Co więcej, całość robót budowlanych związanych z budową DG 111957L, będzie prowadzona ponad ustabilizowanym poziomem wodonośnym (ponad poziomem wód gruntowych), co determinuje brak naruszenia stosunków wodnych w tym obszarze.

W ramach wyjaśnień treści oferty, przystępujący w żadnym miejscu nie deklaruje przeciwnych założeń, które wskazywałyby na jego zamiar wykonywania jakichkolwiek zabiegów geotechnicznych w rejonie planowanej lokalizacji drogi DG 111957L, czy też zamiar prowadzenia robót z naruszeniem wód gruntowych. Co za tym idzie, odwołanie bazuje w tym zakresie wyłącznie na dywagacjach odwołującego i jego własnych założeniach wykonawczych, nie mających umocowania w treści oferty przystępującego.

Wnioski dowodowe powołane przez odwołującego, tj. Komunikat PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z 10 lipca 2014 roku, raport bieżący Budimex SA numer 56/2014, wydruk artykułu z Gazety Krakowskiej z dnia 9 października 2018 roku, wydruk artykułu z portalu tarnów.net 9 października 2019 roku, Izba uznała za dowody, które nie potwierdzają okoliczności, na które zostały powołane, tj. wprowadzenia zamawiającego w błąd, gdyż informacje wskazane w ww. dowodach zostały ujawnione przez przystępującego w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w tym postępowaniu – bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Dowód stanowiący kalkulację własną odwołującego, dotyczącą wykonania nasypów, stanowi jedynie dowód na okoliczność, w jaki sposób odwołujący kalkuluje koszty wykonania zamówienia w tym zakresie – dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Dowody z wyciągu z DGI oraz rzut z góry obiektu DG 111957L (WS-28), stanowią jedynie zobrazowanie koncepcji jaką przyjął odwołujący w celu argumentacji zarzutów odwołania, nie potwierdzają okoliczności, na które zostały powołane.

Dowody powołane przez przystępującego, tj. umowa konsorcjum z dnia 19 lipca 2013 roku (d-1) oraz wyciąg z umowy konsorcjum (d-4) – zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, nie były brane pod uwagę z uwagi na brak wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, a co za tym idzie nie przekazanie tego dowodu stronom postępowania (odwołującemu).

Dowód (d-2) zaświadczenie z KRK wraz z zaświadczeniem z rejestru ECRIS, potwierdza okoliczności związane z wykazaniem braku karalności osoby (...).

Dowód (d-3) noty obciążeniowe – potwierdzają stanowisko przystępującego i zamawiającego o naliczeniu odpowiednich kar umownych przystępującemu Budimex.

Dowód (d-5) wyciąg z kontraktu nr GEK/ELT/0644/2013 – potwierdza jedynie okoliczności w nim wskazane, bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Dowód (d-6) zestawienie pytań o odpowiedzi – potwierdza jedynie okoliczności w nim powołane – bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Dowód (d-7) plan sytuacyjny proponowanego przebiegu drogi DG 111957L wraz z przekrojem geologicznym z naniesionym proponowanym przebiegiem drogi DG 111957L – potwierdza prawidłowość rozwiązania przyjętego przez przystępującego.

Dowód (d-8) opinia techniczna dotycząca przebiegu drogi DG 111957L – przyjęta została jako stanowisko strony (dokument prywatny), które to stanowisko potwierdza prawidłowość rozwiązania przyjętego przez przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....