

Sygn. akt: KIO 1359/21

WYROK

z dnia 8 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Bartosz Stankiewicz

Katarzyna Brzeska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 czerwca 2021r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2021r. **przez odwołującego:** STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

orzeka

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.1, ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
2. kosztami postępowania obciąża STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 27.200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wydatków pełnomocników
4. zasądza od Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa na rzecz STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu połowy wpisu od odwołania. W pozostałym zakresie koszty znoszą się wzajemnie.

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 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego pn. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) - węzeł Boćki (z węzłem)”, numer referencyjny: O. BI. D-3.2410.8.2020.

W oparciu o przepis art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej w skrócie „nowe PZP”, Dz. U. z 2019r., poz. 2019) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z 11.09.2019r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, wniesiono niniejsze odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) - węzeł Boćki (z węzłem)” [dalej: Postępowanie] od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. z późn. zm. (dalej zwaną: Ustawą PZP lub PZP) na zaniechania i czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu a polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi (zwany również w skrócie KOLIN) oraz wyborze oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Ustawy.

II. Przedstawienie zarzutów:

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający naruszył następujące przepisy Ustawy:

1. Art. 90 ust. 2 i ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 1 PZP oraz art. 90 ust. 3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. Art. 7 ust. 1 i 3 PZP przez ich niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji wybór oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi niezgodnie z przywołanymi wyżej przepisami PZP.

III. Wnioski:

Mając na względzie powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o:

1. unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kolin Insaat Turizm Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi,
2. nakazanie odrzucenia oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi, a w konsekwencji:
3. dokonanie ponownej oceny ofert a w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów Postępowania, dowodów załączonych do odwołania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

IV. Terminy:

27.04.2021 r.- Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Kolin

Insaat Turizm Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi odwołanie wnoszone jest w przepisany terminie 10 dni.

Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy PZP.

VI. Interes prawny:

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP (art. 505 ust. 1 nowego PZP) we wniesieniu odwołania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem został on pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.

W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia - (por.: wyrok KIO z 08.08.2017r., sygn. KIO 1583/17). Przy prawidłowych czynnościach Zamawiającego, Odwołujący może pozyskać przedmiotowe zamówienie do realizacji.

Uwzględnienie niniejszego odwołania i odrzucenie oferty KOLIN, spowodowałoby, że jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana oferta Odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów PZP przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

VII. UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. . „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) - węzeł Boćki (z węzłem)”.

W dniu 29.01.2021r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi. Na skutek odwołania złożonego przez Odwołującego wyrokiem z 04.03.2021 r. (sygn. akt KIO 426/21) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wezwanie tego Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 PZP.

Wykonawca Kolin zobowiązany był udzielić wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wraz z dowodami.

Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy udzielenia wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 9 listopada 2018r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177)
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy

W wezwaniu z 31.03.2021 r. Zamawiający wskazał także, że w celu weryfikacji oferty KOLIN, jak i ustalenia stopnia gotowości do realizacji kontraktu, oczekuje przekazania wyjaśnień oraz wskazania przez Wykonawcę przyjętych założeń/rozwiązań do sporządzenia oferty, w zakresie podanym w zawartych w piśmie pytaniach (w szczególności, tj. bez ograniczenia wezwania jedynie do tych pytań). Zamawiający zaznaczył przy tym, że przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za która Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia.

Po udzielonych przez Wykonawcę Kolin wyjaśnieniach, w dniu 27.04.2021 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi z naruszeniem powołanych w petitum przepisów PZP.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego w dniu 27.04. 2021 r. o przekazanie oferty oraz korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wybranym Wykonawcą. Wniosek swój ponowił w dniu 30.05.2021 r. W dniu 30.05.2021 r. Zamawiający przekazał odwołującemu część wyjaśnień Wykonawcy Kolin, przy czym w części nieczytelnych. Zamawiający nie udostępnił załączników do wyjaśnień. Wniosek odwołującego z 04.05.2021 r. w tym zakresie pozostał bez odpowiedzi.

II. Ad. 1 zarzutów odwołania

W realiach niniejszej sprawy Wykonawca Kolin nie udowodnił, że Jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Opierając się na udostępnionej przez Zamawiającego korespondencji stanowiącej odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, należy zarzucić Wykonawcy Kolin złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę. Wykonawca Kolin nie sprostał wymogom określonym w art. 90 ust. 1 PZP.

Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wykazał, że jest możliwe zrealizowanie przez niego zadania w zaoferowanej cenie.

Z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego przepisów ustawy PZP regulujących przesłankę odrzucenia oferty wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP oraz postępowanie wyjaśniające poprzedzające podjęcie przez zamawiającego decyzji w tym zakresie (art. 90 ust. 1-3 PZP) wynika, że w przypadku wystosowania przez zamawiającego do wykonawcy wezwania o złożenie wyjaśnień w przedmiocie ceny lub kosztu oferty na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia zamawiającemu kompletnych i konkretnych wyjaśnień, wraz z dowodami, odpowiadających treści wezwania zamawiającego. Nieprzedstawienie kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień skutkuje ziszczeniem się przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP. Jak bowiem wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy PZP zaistnienie przesłanki do odrzucenia oferty ma miejsce nie tylko wtedy, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, lecz także wtedy, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień, przez co należy rozumieć również brak złożenia kompletnych i wystarczająco konkretnych wyjaśnień - vide wyrok KIO z 18.02.2021 r., KIO 204/21.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzuca, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę KOLIN są ogólnikowe, lakoniczne i nie wykazują faktycznych, możliwych do uzyskania oszczędności zaoferowanej ceny. Chociaż wyjaśnienia wydają się być obszernie, to realnie, pierwsze 9 stron stanowi zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wybranego Wykonawcy, na kolejnych 8 stronach wyjaśnień Wykonawca KOLIN przedstawił zestawienie wyników z innych przetargów i ogólny wstęp do wyjaśnień, przytoczył również szeroko orzecznictwo KIO, przy czym wyjaśnienia te pozostają bez związku z możliwością zaoferowania ceny w przedmiotowym przetargu. Również w dalszej części wyjaśnień, wybrany Wykonawca wskazał, że jego oferta została sporządzona w sposób profesjonalny, a on sam dokonał analizy dokumentacji przetargowej. W wyjaśnieniach Wykonawca KOLIN powołał się na bogate doświadczenie i wiedzę techniczną, co uzasadnia w jego ocenie, możliwość zaoferowania najniższej ceny. Żaden z tych elementów nie został udowodniony przez Wykonawcę Kolin.

Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 PZP ustawy PZP, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Inne podmioty uczestniczące w niniejszym postępowaniu również są firmami profesjonalnie działającymi na rynku infrastrukturalnym od lat, dysponują już odpowiednim zapleczem kadrowym i sprzętowym w Polsce, jak i posiadają bogate doświadczenie w realizacji zbliżonych inwestycji. Wskazywane w wyjaśnieniach okoliczności nie stanowią żadnej szczególnej sytuacji uzasadniającej zaoferowanie takiej ceny. Takie wyjaśnienia są niewystarczające dla wykazania przed Zamawiającym realności ceny i możliwości zrealizowania zadania. Tym bardziej, że Wykonawca Kolin nie wyjaśnił, w jaki konkretnie sposób, jego doświadczenie w realizacji zadań w innych państwach, czy też pozostałe lakonicznie podane okoliczności, wpłynęły realnie na obniżenie ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20.11.2020r., sygn. akt: KIO 2788/20: „Wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Tym bardziej, że na mocy art. 90 ust. 3 ustawy zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. ”

Odwołujący podnosi również, że wykonawca KOLIN nie przedstawił - wbrew swojego obowiązku - dowodów na wykazanie, że uzyskał oszczędności umożliwiające mu uzyskanie zaoferowanej tak niskiej ceny.

W swoich wyjaśnieniach Wykonawca Kolin wskazał, że: „(...) pytania sformułowane przez Zamawiającego w znacznej części dotyczą zagadnień mało istotnych i o niewielkiej wartości i wpływie na wynik postępowania. W sytuacji, w której pytania i odpowiedzi niejednokrotnie dotyczą elementów wartych 0,1% wartości zamówienia lub nawet mniej, jakiegokolwiek rozbieżności nie mogą ani skutkować uznaniem ceny za rażąco niską, ani nie wpływają na konkurencję pomiędzy wykonawcami, bowiem różnica pomiędzy ofertą Wykonawcy i następnego oferenta przekracza pięćdziesiąt milionów złotych

Skoro, jak sam ocenił Wykonawca Kolin, pytania Zamawiającego odnosiły się do nieznaczących elementów wartości całego zamówienia, to tym bardziej Wykonawca ten zobowiązany był skrupulatnie i z zastosowaniem wymogów art. 90 ust. 1 PZP wyjaśnić i udowodnić, w jaki sposób doszedł do tak niskiej ceny, a następnie udowodnić, że cena ta nie jest rażąco niska.

Komentowane wyjaśnienia wymogów tych nie spełniają. Wykonawca Kolin ograniczył się do zapewnień Zamawiającego o możliwości zrealizowania zamówienia, o wyjątkowej pozycji rynkowej na świecie, bogatym doświadczeniu, np.:

„Wykonawca posiada znaczne doświadczenie w realizacji inwestycji z zakresu budownictwa drogowego, również jako Generalny Wykonawca, a także w dokonywaniu wycen tego rodzaju inwestycji. Wykonawca wskazywał liczne przykłady podczas postępowania odwoławczego w KIO z udziałem Zamawiającego”.

„Wykonawca posiada znaczne doświadczenie w zakresie realizacji zadań budowy dróg. Doświadczenie to stanowi połączenie wiedzy pozyskanej podczas realizacji kontraktów budowlanych na całym świecie, w tym: Afganistanie, Kuwejcie, Azerbejdżanie, Ugandzie, Kazachstanie czy też Turcji.”

Ogólnikowe twierdzenia Wykonawcy Kolin nie zostały poparte żadnymi dowodami. Trudno też domyślać się, o jakie postępowanie odwoławcze z udziałem Zamawiającego chodzi, skoro Wykonawca Kolin nie uczestniczył w rozprawie w sprawie KIO 426/21.

Art. 90 ust. 3 p.z.p. zawiera sankcję, którą objęty zostaje wykonawca, który albo nie uniesie ciężaru dowodu wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. albo który nie dołoży należytych starań w składaniu tych wyjaśnień - bądź też całkowicie zaniecha podjęcia działań w tym kierunku. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja jest logiczną konsekwencją ustalonego rozkładu ciężaru dowodu, który w zakresie braku rażąco niskiej ceny, zgodnie z

art. 90 ust. 2 p.z.p., spoczywa na wykonawcy. W sytuacji bowiem, gdy Zamawiający powziąłby wątpliwości w zakresie realności ceny i wezwał do wyjaśnień (art. 90 ust. 1 p.z.p.), a wykonawca nie udzieliłby wyjaśnień, Zamawiający nie mógłby jednoznacznie stwierdzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.) - stałoby to w sprzeczności z wcześniej wyrażonymi "wątpliwościami" wskazanymi w ww. wezwaniu. Zamawiający pozostałby bez narzędzia pozwalającego na dyscyplinowanie nierzetelnego wykonawcy, co paraliżowałoby postępowanie" - vide: wyrok KIO z 16.10.2020r., KIO 244/20

W części merytorycznej wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawca Kolin wskazał na następujące czynniki przewagi, które mają, według Jego oceny świadczyć o realności i rynkowości skalkulowanej ceny:

1. dokonane optymalizacje w zakresie robót,
2. bogate doświadczenie zawodowe Wykonawcy
3. zastosowanie rozwiązań usprawniających proces budowy
4. przygotowanie i dążenie do realizacji zamówienia przed terminami umownymi
5. możliwość wykorzystania zasobów Wykonawcy i źródeł zlokalizowanych poza granicami
6. działania nakierowane na zdobycie pozycji rynkowej w Polsce

Odnosząc się do zakładanych optymalizacji, wskazać należy, że przedmiot niniejszego zamówienia i wymagania SIWZ pomimo charakteru zadania (projektuj i buduj) narzucają szereg ograniczeń powodując, że optymalizacja zakresu robót była w znacznej mierze ograniczona. Doświadczeni wykonawcy zobowiązani byli zastosować podobne rozwiązania dla kluczowych (kosztotwórczych) zakresów zamówienia, np. w przypadku konstrukcji nawierzchni, gdzie dla wariantu asfaltowego i betonowego Zamawiający wskazał wprost odniesienie do katalogu typowych konstrukcji. Podobne ograniczenia dotyczyły obiektów inżynierskich, dla których to Zamawiający jednoznacznie wskazał sposób postępowania w przypadku optymalizacji poza zakresem wskazanym w PFU.

Co do pozostałych, wymienionych przez Wykonawcę Kolin (pkt 2-6) okoliczności mających dawać mu przewagę cenową względem pozostałych wykonawców, to twierdzenia te nie zostały poparte żadnymi dowodami. Wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, wbrew obowiązkowi wynikającemu z 90 ust. 2 PZP.

„W przypadku, gdy wykonawca odnosi się do nadzwyczajnych warunków czy okoliczności mu dostępnych, powinien to też udowodnić. Zatem jeśli stwierdza, że uzyska wysoce atrakcyjną cenę zakupu lub że uniknie kosztów, które powinny być poniesione, to jednak

powinien poprzeć to dowodami innymi niż własne stwierdzenie. W takim wypadku zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień, jednak mógł dodatkowo zwrócić się o przedstawienie dowodu na tę okoliczność"-vide: wyrok KIO z 09.07.2020r. KIO 682/20.

„Przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny”- wyrok KIO z 13.11.20219r. KIO 2197/19

Podobny zarzut należy odnieść do IV części wyjaśnień stanowiących odpowiedzi na konkretne pytania Zamawiającego. Również tutaj Wykonawca poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach i kalkulacjach własnych, których nie sposób zweryfikować w oparciu o realne dowody, takie jak np. oferty podwykonawców.

I tak np. w pkt XIV wyjaśnień Wykonawca Kolin potwierdził obawy Zamawiającego co do braku posiadanych gwarancji cen, na podstawie których skalkulował cenę oferty. W wyjaśnieniach wskazał, że:

„(...) zwykle podejmie wszelkie możliwe kroki, włącznie z zawarciem umów długoterminowych z dostawcami i podwykonawcami, przewidujących stałość cen (gwarancja), aby ryzykiem cen zapobiegać, a przynajmniej je w znacznym stopniu minimalizować. O ile będzie to możliwe, Wykonawca odpowiednio wcześniej nabędzie materiały do wykonania zamówienia. W skrajnych sytuacjach, Wykonawca będący firmą z międzynarodowym doświadczeniem, może mitygować ryzyko związane z wpływem wzrostu cen poprzez porównanie warunków rynkowych w Polsce i innych krajach oraz w razie konieczności nabywać materiał z innych źródeł, oczywiście przy spełnieniu wszelkich wymagań Zamawiającego.

Podkreślić przy tym warto, że jak wynika z doświadczenia Wykonawcy i rozeznania rynku polskiego, mimo iż Wykonawca przyjął ceny wskazane w przedłożonych Zamawiającemu ofertach, praktyka pokazuje, że te oferowane już po tym jak jakiś wykonawca podpisze umowę na zamówienie są czasami nawet niższe od pierwotnie zakładanych.

Dostawcy i podwykonawcy decydują się na obniżenie swoich ofert nawet o znaczący procent po uzyskaniu przez wykonawcę zamówienia przez potencjalnego kontrahenta. Wynika to oczywiście z konkretności (a nie hipotetyczności) zapytania i wiedzy, co do skali zamówienia. Ceny wynegocjowane indywidualnie różnią się zatem od cen zawartych we wstępnych ofertach składanych przez dostawców i podwykonawców na etapie ubiegania się adresata oferty o zamówienie publiczne w szczególności jeżeli podwykonawcy i dostawcy pozyskują

nowego klienta. Wykonawca może przy tym zaakceptować w razie konieczności bardziej korzystne dla kontrahentów warunki płatności, co zawsze przekłada się na uzyskiwane ceny.

Co warto podkreślić, renowa Wykonawcy powoduje, iż może on uzyskać dobre warunki współpracy, nie tylko w zakresie cen, ale choćby warunków płatności i gwarancji, co ma wpływ na koszty utrzymania. Oczywiście powyższe stanowi także pewne bufor bezpieczeństwa. ”

Wszystkie wskazane wyżej okoliczności mogą być traktowane co najwyżej jako twierdzenia własne Wykonawcy Kolin. Twierdzenia te nie uwzględniają realiów rynku polskiego. Zasadą jest bowiem, że dopiero wieloletnie relacje handlowe, długotrwała współpraca są podstawą budowania dobrych relacji z podwykonawcami, dostawcami, a w konsekwencji też renowy danego podmiotu. Międzynarodowego doświadczenia nie można utożsamiać z doświadczeniem nabytym na danym obszarze w określonych uwarunkowaniach społeczno - gospodarczych, które zasadniczo różnią się od uwarunkowań rynku Azji mniejszej czy centralnej.

Nieznajomość rynku polskiego potwierdzają same wyjaśnienia będące przedmiotem oceny. Nie ma racji Wykonawca Kolin usiłując przekonywać, że wstępne oferty podwykonawców, dostawców na etapie zawierania umów ulegają redukcji. W aktualnych uwarunkowaniach z uwagi na znaczne wzrosty cen na rynku budownictwa w Polsce zasadą są zmiany ofert wzwyż, renegocjowanie tych ofert, w szczególności w przypadku braku zawartych umów. Trudno też mówić o redukcji ofert wstępnych, którymi Wykonawca Kolin w ogóle nie dysponuje. Wykonawca ten nie dysponuje też żadnymi ramowymi umowami współpracy, co przy znacznej kumulacji inwestycji drogowych czyni kalkulację oferty nierynkową, nierealną. Oferta ta została oparta wyłącznie na pewnych założeniach, a nie na realnych kalkulacjach opartych na rzetelnym rozpoznaniu rynku, ofertach podwykonawców, dostawców.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO ceną rażąco niską jest cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych przez innych wykonawców, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług. „Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, bądź celowym działaniem wykonawcy zmierzającym do przejęcia określonej gałęzi rynku. Cena rażąco niska oferty wynika w szczególności ze złożenia oferty zawierająca cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej’ - vide: wyrok KIO z 28.01.2021 r. 3508/20.

Wykonawca KOLIN wskazał w swoich wyjaśnieniach na możliwość uzyskania dostaw materiałów z Azji, jako jeden z elementów wpływających na niezależność od dostaw w

Polsce i minimalizowanie ryzyka braku zasobów krajowych, przy czym ponownie bez jakiegokolwiek dowodów na wskazywane okoliczności. Nie sposób też mówić o konkurencyjności takich dostaw biorąc pod uwagę znaczne koszty transportu takich materiałów, ceł, certyfikacji, badań itd.

Z wyjaśnień wynika, że zostały do nich przedstawione załączniki. Należy jednak zwrócić uwagę, że ograniczają się one jedynie do kalkulacji własnych wybranego Wykonawcy i nie mają oparcia w faktycznych i realnych cenach rynkowych. Wybrany Wykonawca nie przedstawił dowodów, że przyjęte przez niego ceny do kalkulacji są możliwe do uzyskania na rynku. Innymi słowy, wykonawca KOLIN nie udowodnił, że:

- a) mógł założyć w swoich kalkulacjach ceny, które przyjął,
- b) uzyskanie ich na rynku polskim jest możliwe.

Tym samym wszystkie kalkulacje własne nie wykazują, że ceny w nim przyjęte są rzeczywiste. Powyższe jest dodatkowo istotne, biorąc pod uwagę sytuację rynkową.

Wykonawca nie wykazał też, w jaki sposób jego (hipotetycznie jedynie) założenie przyspieszenia etapu projektowania i przyspieszanie okresu realizacji robót konkretnie przekłada się na możliwość zaoferowania konkretnej ceny. W wyjaśnieniach brak jakiegokolwiek analizy, czy faktycznie taka możliwości istnieje, chociażby z uwagi na wymogi technologiczne. Przyspieszenie robót, najczęściej wiąże się właśnie z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów.

Jednym z elementów, które zdaniem wybranego Wykonawcy wpływają na możliwość obniżenia ceny są jego działania nakierowane na zdobycie pozycji rynkowej w Polsce. Wykonawca KOLIN wskazał w wyjaśnieniach, że uzyska rabaty od dostawców i podwykonawców dla nowego klienta, co także ma uzasadniać niższą cenę jego oferty. Odwołujący zarzuca, że ponownie - tak jak przy innych podawanych okolicznościach, mających mieć rzekomy wpływ na możliwość zaoferowania ceny oferty - również dla tej części wyjaśnień, wybrany Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie takiej okoliczności. W związku z tym nie udowodnił przed Zamawiającym ani realnego wpływu tej okoliczności na cenę, ani chociażby hipotetycznej możliwości uzyskania jakichkolwiek rabatów.

Biorąc pod uwagę już samą treść wyjaśnień, która nie podlegała utajnieniu, wybrany Wykonawca uchybił obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska (art. 90 ust. 2 ustawy PZP). W ocenie Odwołującego, treść wyjaśnień, która została przez Zamawiającego odtajniona, potwierdza ogólnikowość przedmiotowych wyjaśnień, jak również brak złożenia dowodów na potwierdzenie realności zaoferowanej

ceny. Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawca KOLIN nie wykazał, że realizacja zadania przez niego po zaoferowanej cenie jest możliwa, a cena oferty jest rynkowa i rzeczywista.

III. Ad. 2 zarzutów odwołania

Zgodnie z informacją podaną podczas otwarcia ofert Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę 354.333.283,57 zł.

Wykonawca KOLIN zaoferował realizację zamówienia za kwotę 254 739 150,00 zł (brutto), co stanowi 71,89% kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Oferta złożona przez KOLIN jest niższa o niemal 100.000.000,00 zł od kwoty, jaką zamawiający przewidział na realizację zamówienia, a jednocześnie o 55.000.000,00 zł niższa od oferty odwołującego. Są to różnice na tyle poważne, że m.in. ta okoliczność była podstawą unieważnienia przez KIO wyboru Wykonawcy Kolin i zobowiązania Zamawiającego do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący konsekwentnie podkreśla, że ofertę Wykonawcy KOLIN dzieli średnio 70.000.000,00 zł różnicy od pozostałych wykonawców, a co za tym idzie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ.

Lp	Nazwa	Wartość oferty brutto
1	KOLIN	254 739 150,00
2	STRABAG	309 350 184,13
3	POLAQUA	311 498 767,31
4	MOSTOSTAL WARSZAWA	311 615 311,04
5	BUDIMEX	317 255 171,82
6	PORR+UNIBEP	337 931 230,74
7	MOTA-ENGIL	351 634 393,01
8	ALDESA	355 955 557,60
9	INTERCOR	381 300 000,00

Lp	Nazwa	Wartość brutto	Procent
1	BUDŻET INWESTORA	354 333 283,57	
2	ŚREDNIA WARTOŚĆ	322 701 449,91	
3	ŚREDNIA WARTOŚĆ BEZ OFERTY NR 1	331 196 737,40	
4	MIN	254 739 150,00	
5	MAX	355 955 557,60	

[4]-[2] MIN - ŚREDNIA 67 962 299,91 79%

[4] - [1]MIN - BUDŻET 99 594 133,57 72%

[3i-m MIN - ŚREDNIA

BEZ OFERTY NR 1 76 457 587,40 77%

Złożone przez Wykonawcę Kolin wyjaśnienia rażąco niskiej ceny potwierdziły przypuszczenia, że cena oferty tego wykonawcy jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Kolin stosunkowo dużo uwagi poświęcił analizie wyników postępowań przetargowych, w których brał udział. Tymczasem punktem odniesienia wyjaśnień i analiz winno być niniejsze postępowanie.

„Art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być cena "rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia". Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego.” - vide: wyrok KIO z 12.10.2020r.

Wykonawca KOLIN usiłując przekonywać o rynkowości zaoferowanej ceny dokonuje wybiórczej analizy wyników poszczególnych postępowań. Oferty wykonawcy KOLIN w innych postępowaniach tam gdzie nie odbiegają od cen zaoferowanych przez innych wykonawców plasują się w środku średniej cen. W postępowaniach, gdzie wykonawca KOLIN nie uwzględnił wymagań SIWZ (nie skalkulował dostatecznie wszystkich kosztów) oferta została odrzucona przez Zamawiającego tj GDDKiA - o. Białystok tj. (Dowód Tabela 1)

- odcinek S19 Białystok Zachód - Białystok Księżyno - oferta KOLIN niższa od mediany o 61 mln zł oferta odrzucona przez Zamawiającego ze względu na niezgodność z SIWZ
- odcinek S19 Haćki - Bielsk Podlaski - oferta KOLIN niższa od mediany o 18 mln zł - oferta odrzucona przez Zamawiającego ze względu na niezgodność z SIWZ
- odcinek S19 Malewice - Chlebczyn oferta KOLIN niższa od mediany o 150 mln zł - postępowanie odwoławcze w toku

W pozostałych postępowaniach (dowód Tabela 1 i Tabela 2) - w 10 przetargach oferty firmy KOLIN były zbliżone do pozostałych ofert - jednak w tych przypadkach Wykonawca KOLIN znajdował się w „środku stawki”.

Na poczet powyższego odwołanie zawiera tabele wskazujące dane ofertowe w postępowaniach.

Analiza wyjaśnień Kolin czyni również zasadnym zarzut nieuwzględnienia realnego zysku.

Wykonawca Kolin wskazał, że zakłada uzyskanie realnego zysku. Zgodnie z raportem raport spółki budowlane 2020 Deloitte (strona 11) - średnia marża na sprzedaży dla największych 16 spółek budowlanych wyniosła 4,4%.

Zgodnie z Raport-Sytuacja-finansowa-przeds.budowlanych-PZPB-II-edycja wskaźnik rentowności obrotu netto wyniósł dla budownictwa 1,6 % (przed rokiem 2%) (Rok 2018)

KOLIN deklaruje niższe marże względem firm budowlanych działających na rynku Polski:

8. Działanie nakierowane na zdobycie pozycji rynkowej w Polsce:

Wykonawca, w przeciwieństwie do części pozostałych oferentów, buduje swoją pozycję w sektorze budowy dróg szybkiego ruchu i autostrad w Polsce, główne swoje realizacje posiadając poza granicami. W ostatnim czasie rozpoczął rozwijanie swojej działalności w tym zakresie na rynku Polskim. Wobec tego, Wykonawca przyjmuje niskie marże, jako zysk w perspektywie długofalowej uznając budowanie pozytywnej reputacji na terytorium RP i zdobycie stałej i ugruntowanej pozycji na tym rynku, Oczywiście Wykonawca nie zakłada działalności pro bono lub też poniżej kosztów,- ale stosowana przez niego marża jest

najprawdopodobniej niższa od części pozostałych oferentów, w każdym razie w tym zamówieniu, dla których istotniejszy jest czynnik zarobkowości niż chęć zdobycia pozycji rynkowej. Wykonawcy Ci już bowiem realizują kontrakty w zakresie dróg ekspresowych i autostrad w Polsce część ofert złożonych w niniejszym postępowaniu została zapewne złożona przez oferentów, którym nieszczególnie zależy na

Jednocześnie Wykonawca KOLIN deklaruje, że założył zysk oraz rezerwę na ryzyka:

III. Jaki zysk Wykonawca założył do uzyskania w związku z realizacją przedmiotu zamówienia?

Uzupełniając powyższe stanowisko i odpowiadając wprost na zadane pytanie przez Zamawiającego, Wykonawca wskazuje, że założony przez niego na etapie przygotowania oferty poziom zysku to ceny kontraktowej netto, a ponadto ceny kontraktowej netto jak rezerwa na ryzyko. Zgodnie z SiWZ jest to zatem zysk.

Założone przez Kolin wartości zostały utajnione, ale przy deklaracji Wykonawcy zgodnie (z odpowiedzią nr 8), że zakłada on minimalny (niższy zysk) niż jego konkurenci działający na rynku - to przy założeniu marży na minimalnym poziomie 1% wartości kontraktu netto, wyniesie ona odpowiednio 2 071 050,00 (słownie około dwa miliony złotych netto).

Jednocześnie wykonawca KOLIN deklaruje, że zakłada rezerwę na ryzyko, tu również wartości są utajnione, ale zakładając, że również jest to minimum względem rynku budowlanego to przy założeniu tej rezerwy na poziomie 1% wartości kontraktu netto, wyniesie ona również odpowiednio 2 071 050,00 (słownie około dwa miliony złotych netto)

Łącznie zysk + rezerwa na ryzyko wyniesie 4 000 000 złotych (słownie około 4 milionów złotych netto).

Zgodnie z wyjaśnieniami treści oferty A30, A34, A53, A54 z dnia 23.11.2020 wykonawca Kolin w ramach rezerwy (dwóch milionów złotych) przewidział

- wszystkie potencjalne zmiany gospodarcze
- wzrost cen utylizacji odpadów
- wzrost/zmianę ceny paliw, asfaltu, betonu kruszyw i stali
- potencjalne zagrożenia w realizacji przedmiotowego zadania

30 W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie Zamawiającego nr 51 czy przyjęta przez Wykonawcę rezerwa netto w wysokości jest wystarczająca i uwzględnia wszelkie potencjalne zmiany gospodarcze

A30 Zdaniem Wykonawcy, obecna sytuacja pandemiczna spowodowała spowolnienie gospodarcze na całym Świście. Biorąc pod uwagę dane historyczne, zwykle po sytuacjach kryzysowych następuje 2-3 lata to zwykle okres z dość stabilnymi cenami z uwagi na niższe ceny nośników energii, nieco niższe nakłady inwestycyjne, a zatem należy spodziewać się pewnej stabilizacji. Największą niewiadomą jest sama pandemia, która jest w dłuższej perspektywie praktycznie nieprzewidywalna. Niemniej zakładając, że pandemia będzie stopniowo przygasać z uwagi na i pojawiające się szczepionki, dochodzimy do scenariusza kilkuletniej stabilizacji cen. Wobec powyższego, zdaniem Wykonawcy, który w tym zakresie opiera się na własnych obserwacjach obecnej sytuacji rynkowej i wieloletnim doświadczeniu, założona rezerwa jest wystarczająca, dla pokrycia wszystkich potencjalnych zmian gospodarczych w zakresie przyjętych do wyceny oferty założeń, które Wykonawca powinien był uwzględnić.

34 W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie Zamawiającego nr 63 czy kwota wskazana przez Wykonawcę na usunięcie odpadów z terenu budowy jest kwotą netto czy też brutto i czy uwzględnia stały wzrost cen utylizacji odpadów ?

A34 Kwota wskazana przez Wykonawcę na usunięcie odpadów z terenu budowy jest kwotą netto. Wykonawca w wyniku przeprowadzanej analizy rynkowej założył w swojej wycenie pewną rezerwę na przewidywany wzrost cen utylizacji odpadów.

53 W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie Zamawiającego nr 91 czy Wykonawca posiada rezerwę finansową w wypadku znaczącej zmiany cen paliw, asfaltów/betonów, kruszyw i stali?

A53 Wykonawca założył w wycenie swojej oferty zagregowaną rezerwę na ryzyko w wysokości ceny ofertowej netto. Poza tym już dziś wiadomo, że pandemia spowoduje recesję w całej gospodarce światowej. Ponadto nie ma gwarancji, że pandemia skończy się w roku 2020. Zatem zgodnie z danymi historycznymi, w najbliższych latach należy się spodziewać stabilizacji cen. Ponadto w kontrakcie jest przewidziana waloryzacja, która refunduje Wykonawcy część poniesionego kosztu z uwagi na wzrost cen.

55 W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie Zamawiającego nr 94 czy Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił ewentualne dodatkowe koszty wynikające z potencjalnych zagrożeń w realizacji przedmiotowego zadania.

A55 Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie koszty znane i dające się przewidzieć i oszacować w dacie sporządzenia oferty. Koszty niedające się przewidzieć, jeśli wystąpią, stanowiąc będą w zależności od ich rodzaju i okoliczności oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa - albo koszt Wykonawcy, pokrywany ze środków Wykonawcy w ramach

rezerwy ogólnej, albo też koszt Zamawiającego (gdy tak wynikać będzie z obowiązujących przepisów prawa lub z umowy z Zamawiającym).

Zgodnie z raportem PZPB (PZPB wzrost cen stali a marże firm budowlanych) oraz raportem Bloomberg wzrost cen stali względem roku 2020 wyniósł około 30%, dla stali zbrojeniowej - prętów żebrowanych z ceny około 2300 zł/tonę do poziomu 3300zł/tonę

Dla kontraktu S19 Bielsk Podlaski - Boćki, prognozowana wg koncepcji projektowej ilość stali to 1200 ton (dwa tysiące ton stali), przy wzroście około 1000 zł do tony, wzrost ceny na danym asortymencie wyniesie około 1,2 milionów złotych.

Lp	Asortyment	Ilość	Wartość 10.2020	Wzrost 05.2020
1	Asfalt		12 499 254,62	4 096 006,00
2	Paliwo		3 728 566,51	926 549,00
3	Kruszywo		31 365 196,17	
4	Stal		4 112 607,97	1 200 000,00
		Łącznie		6 222 555,00

Zgodnie z raportem PZPB wzrost cen asfaltu a marże firm drogowych, w okresie od grudnia 2020 do marca 2021 cena asfaltu wzrosła z poziomu 1350 zł/tona do poziomu 1700 zł/tona (wzrost o około 20%) dla kontraktu S19 Bielsk Podlaski - Boćki ilość nawierzchni jest stała i wynosi około 200 tys ton MMA, co daje około 10 tys ton asfaltu, wzrost o 300 zł do tony to wartość około 3 mln zł

Łącznie wzrost cen dla stali i asfaltu od grudnia do marca wynosi około 6,2 mln zł netto

Dodatkowo wskazać należy na gwałtowne wzrosty cen polietylenu, polichlorku winylu, oraz polipropylenu. Producenci surowców informują o przerwach technologicznych i ograniczają podaż surowca. W rezultacie obserwowany jest skokowy wzrost cen gotowych wyrobów z PE, PVC, PP.

Jak wynika z wyjaśnień KOLIN niniejsze zamówienie ma zostać przez niego zrealizowane kosztem „części” zysku w związku z tym, że wyceniał koszty dla wytwórni mieszanek i wężła betoniarskiego łącznie dla dwóch odcinków, a jednego z zadań nie będzie realizował. To oznacza, a czego Wykonawca Kolin nie kwestionuje, że: a) że nie uwzględnił w swojej ofercie realnych kosztów ww. wytwórni, b) nie otrzymując do realizacji zakładanych dwóch odcinków, nie osiągnie zakładanego zysku. Zakładany zysk i marża mają bowiem dodatkowo służyć pokryciu kosztów zapewnienia wężła betoniarskiego i wytwórni MMA.

43 W przypadku nawierzchni podatnej skąd będzie dostarczana masa asfaltowa? Czy planowana jest budowa wytwórni mas asfaltowych, czy będzie dostarczana od dostawców zewnętrznych? Czy założono w Ofercie, że nawierzchnia będzie wykonywana siłami własnymi, czy przy pomocy podwykonawców? Czy zawarto już z podwykonawcą umowę bądź przeprowadzono negocjacje? Prosimy o podanie wydajności wytwórni i ich odległość od Placu Budowy.

Prosimy o dostarczenie dowodów na to, że takie wytwórnie Wykonawca posiada, lub będziecie nimi dysponować?

Proszę podać lokalizację tych wytwórni.

Zgodnie z A43 odpowiedzią Wykonawcy z 30.10.2020r. na pytanie Zamawiającego nr 43 dnia 2020.10.30 Wykonawca KOLIN założył, że wytwórnia MMA będzie produkować mieszanki asfaltowe na potrzeby realizacji zamówienie dotyczącego Odcinka Haćki - Bielsk Podlaski jak również odcinka będącego przedmiotem niniejszego postępowania, tj. Bielsk Podlaski -

A43 Wykonawca uruchomi własną wytwórnię mieszanek asfaltowych, odpowiadającą wymaganiom WWIORB, PFU i decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz obowiązujących przepisach prawa. Zakład będzie zlokalizowany w miejscu odpowiednim do produkcji oraz transportu materiałów i mieszanek. Potencjalna lokalizacja Wytwórni Mas Bitumicznych została określona dokładniej w odpowiedzi nr 1. Średnia odległość Wytwórni Mas Bitumicznych od wjazdu na teren Budowy to. Wytwórnia będzie zlokalizowana na, jak opisano w odpowiedzi A1. Wykonawca sprowadzi własną wytwórnię mas bitumicznych o wydajności z Turcji Wytwórnia Mas Asfaltowych zostanie zainstalowana na Zapleczu Budowy w bezpośredniej bliskości Terenu Budowy. Własną wytwórnię mas asfaltowych o wydajności wykonawca przedstawił w aneksie A43. Wytwórnia będzie produkować mieszanki asfaltowe na potrzeby realizacji zarówno odcinka Haćki – Bielsk

Nr Pytania i Odpowiedzi - PL

Podlaski jak również Bielsk Podlaski – Boćki. Aneks A43 Wytwórnia Mas Asfaltowych

Zgodnie z odpowiedzią z 13.11.2020r. na pytanie A4 Wykonawca KOLIN założył produkcję mieszanek dla dwóch niezależnych zadań. Wykonawca KOLIN potwierdził to w odpowiedzi z 11.12.2020r. udzielonej na pytanie Zamawiającego nr Q1 :

Wybrany Wykonawca na pytanie: „ Q1 W nawiązaniu do odpowiedzi A4 czy Wykonawca w swojej wycenie uwzględnił ewentualność nie otrzymania zamówienia na jeden z przedmiotowych odcinków?

-udzielił odpowiedzi, że:

„Ponieważ nasza oferta była najtańsza w postępowaniu nr O.BI.D-3.2410.9.2020, naszą ofertę w postępowaniu nr O. BI. D -3.2410.8.2020 przygotowaliśmy z uwzględnieniem podziału części kosztów między tymi dwoma projektami, takimi jak wykorzystanie tej samej wytwórni betonu i wytwórni asfaltu. Dzięki temu mogliśmy zaproponować Zamawiającemu bardziej korzystną ekonomiczną propozycję, która jest jednocześnie najkorzystniejsza ekonomicznie również z punktu widzenia interesu finansów publicznych. W związku z tym analiza kosztów dla O.BI.D-3.2410.8.2020 opiera się na wspólnej realizacji dwóch projektów. Mimo to jesteśmy w stanie zrealizować wyłącznie projekt objęty postępowaniem nr O.BI.D - 3.2410.8.2020, jednak kosztem części naszego zysku.”

W odpowiedzi na pytanie Q4 udzielonej w piśmie z 23.11.2020r. Wykonawca Kolin wskazał:

Q4. W związku z odpowiedzią na pytanie Zamawiającego nr 11 czy w wypadku nie otrzymania przez Wykonawcę zamówienia na jeden z odcinków S19 (Haćki - Bielsk Podlaski Zachód lub Bielsk Podlaski- Boćki) Wykonawca przewiduje korektę swoich planów odnośnie wjazdów/wyjazdów na terenie budowy.

A4. Odnośnie odpowiedzi wykonawcy A11, na pytania Zamawiającego z 14.10.2020

Wykonawca, mając świadomość, że jego oferta na odcinek Haćki - Bielsk Podlaski Zachód ma szansę być uznana za najkorzystniejszą, o czym dowiedział się w dniu otwarcia ofert, składając kilka dni później ofertę na odcinek Bielsk Podlaski Zachód - Boćki już planował realizację obu projektów jednocześnie. W oparciu o jednoczesną realizację Wykonawca rozważał zaoszczędzenie części kosztów na etapie przygotowania oferty, wynikające z synergii realizacji 2 odcinków jednocześnie. Chociażby możliwość użycia tej samej wytwórni betonu i wytwórni mieszanek betonowych, jest jednym z elementów pozwalających na obniżenie kosztów, ponadto dłuższe fronty robót oraz możliwość elastyczniejszego zarządzania personelem fizycznym itd. Pragniemy podkreślić, że Wykonawca przyjął strategię równoczesnej realizacji dwóch odcinków razem tylko dla odcinka Bielsk Podlaski Zachód - Boćki W przypadku nieotrzymania Zamówienia na odcinek S19 Haćki - Bielsk Podlaski Zachód, wykonawca będzie musiał zmodyfikować przyjętą strategię realizacji zamówienia. Jak bowiem Wykonawca wskazał w odpowiedzi A1 na pytanie nr 1 z 14.10.2020, zaplecze budowy dla obydwu odcinków zaplanowano w m. Bielsk Podlaski, tak więc w przypadku nieotrzymania Zamówienia na odcinek S19 Haćki - Bielsk Podlaski Zachód, Wykonawca będzie musiał zmienić miejsce zlokalizowania zaplecza budowy bliżej środka odcinka Bielsk Podlaski Zachód - Boćki, natomiast wjazdy opisane w odpowiedzi nr A11 na pytania z 14.10.2020 pozostaną bez zmian.

Q1 W nawiązaniu do odpowiedzi A4 czy Wykonawca w swojej wycenie uwzględnił ewentualność nie otrzymania zamówienia na jeden z przedmiotowych odcinków?

A1 ponieważ nasza oferta była najtańsza w postępowaniu nr O.BI.D-3.2410.9.2020, naszą ofertę w postępowaniu nr O.BI.D-3.2410.8.2020 przygotowaliśmy z uwzględnieniem podziału części kosztów między tymi dwoma projektami, takimi jak wykorzystanie tej samej wytwórni betonu i wytwórni asfaltu. Dzięki temu mogliśmy zaproponować Zamawiającemu bardziej korzystną ekonomiczną propozycję, która jest jednocześnie najkorzystniejsza ekonomicznie również z punktu widzenia interesu finansów publicznych. W związku z tym analiza kosztów dla O.BI.D- 3.2410.8.2020 opiera się na wspólnej realizacji dwóch projektów. Mimo to jesteśmy w stanie zrealizować wyłącznie projekt objęty postępowaniem nr O.BI.D-3.2410.8.2020, jednak kosztem części naszego zysku.

Powyższy sposób obliczenia Ceny Oferty jest niezgodny z wymogami SIWZ. Wykonawca KOLIN w sposób nieuprawniony skalkulował koszty wytwórni betonu oraz MM A i zaplecza budowy dzieląc je pomiędzy dwa zadania stanowiące odrębne zamówienia.

Odnosząc się do wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, a wyrażone w pytaniach szczegółowych dotyczących rażąco niskiej ceny Wykonawca Kolin dodatkowo wyjaśnił

„IV Czy brak uzyskania przez Wykonawcę zamówienia na odcinku Haćki-Bielsk Podlaski wpłynie na zwiększenie kosztów realizacji zamówienia na odcinku Bielsk Podlaski-Boćki i w jakiej ewentualnie wysokości.

Wykonawca na wstępie pragnie podkreślić, iż przy kalkulowaniu oferty w cenie, która jest ceną ryczałtową, uwzględnił wszystkie koszty związane m.in. w zakresie wytwórni mieszanek oraz wytwórni betonu. Jak zostało to już podane przez Wykonawcę we wcześniejszych wyjaśnieniach (m.in. z dnia 23 listopada 2020 roku oraz 11 grudnia 2020 roku), Wykonawca „rozważał” zaoszczędzenie części kosztów na etapie przygotowania oferty, wynikające z synergii realizacji dwóch odcinków jednocześnie. Jak wskazał jednak już w odpowiedzi udzielonej w dniu 11 grudnia 2020 roku (i wyraźnie to podkreślił), jest w stanie zrealizować niniejsze zamówienie kosztem „części” zysku. Oznacza to, że pokrywając wszystkie koszty wynikające z przedmiotu zamówienia, także w przypadku realizacji wyłącznie niniejszego zamówienia, nie tylko nie poniesie straty, ale nadal jest w stanie wygenerować zysk (wielkość zysku opisana została w odpowiedzi na poprzednie pytanie). Jednocześnie Wykonawca, biorąc pod uwagę możliwą realizację dwóch odcinków, zakładał, iż kwota zysku, który może osiągnąć z realizacji przedmiotowego zamówienia, nie jest ostatecznie określona (jest to raczej pewne zakładane minimum). Już zatem z tych odpowiedzi wynika, że nawet gdyby się okazało, że Wykonawca będzie realizował tylko jeden kontrakt, to

sytuacja ta nie oznacza, że nie uwzględnił on w cenie wszystkich kosztów z tym związanych, w tym z ww. wytwórniami. ”

Wszystkie powyższe okoliczności potwierdzają zarzut nieuwzględnienia w cenie oferty ryzyk związanych z realizacją zamówienia, zmianą cen, czy chociażby ryzyk związanych z okresem rękojmi i gwarancji. Z wyjaśnień Wykonawcy Kolin wynika, że zamierza pokryć praktycznie wszystkie ryzyka jak również koszty zapewnienia betoniarni i wytwórni MMA (które początkowo zakładał ponieść w ramach realizacji innego kontraktu) z zakładanego zysku. Założenia te potwierdzają zarzut nieuwzględnienia w cenie oferty jakiegokolwiek zysku.

Oferta Wykonawcy KOLIN w tym zakresie, oprócz zarzucanej niezgodności z SIWZ jest nieporównywalna z ofertami pozostałych wykonawców, albowiem nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - „Ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne” (wyrok z dnia 17.01.2019r., sygn. akt: KIO 2685/19)

„O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać” - Wyrok KIO z 05.06.201 Sr. KIO 1012/18

IV. Ad. 3 wniosków odwołania

Zarzut złożenia oferty jak czynu nieuczciwej konkurencji w rozmięczeniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP.

W konsekwencji przyjętych zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, że cena oferty KOLIN zakłada realizację zamówienia poniżej kosztów wytworzenia i świadczenia, co powoduje eliminację pozostałych wykonawców, którzy kalkulują swoje ofert zgodnie z wymogami SIWZ oraz z uwzględnieniem kosztów świadczenia. Tym samym za zasadny uznać należy zarzut oferowania usług w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), "uznk". Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji- vide wyrok KIO 18.02.2021 r., KIO 204/21. W wyroku z dnia 9.06.2009 r. sygn. akt II CSK 44/09 Sąd Najwyższy wskazał, iż art. 3 ust. 1 uznk może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (tak np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2016 r. sygn. akt KIO 2786/15). W myśl art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak wyżej w omawianym zakresie cena stanowi cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie jest ceną, o której mowa w art. ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” - vide: wyrok KIO z 06.02.2017r. (KIO 1202/17).

Odwołujący wskazuje, że w przypadku wybranego Wykonawcy Kolin nie istnieją żadne szczególne okoliczności, które byłyby właściwe wyłącznie dla niego, a które pozwoliły zaoferować mu tak niską cenę w porównaniu z innymi wykonawcami. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, to podmioty z ugruntowaną pozycją rynkową w Polsce. Posiadają duże doświadczenie w wykonywaniu robót oraz całą strukturę organizacyjną i zasoby własne.

Podane, ogólnikowo i lakonicznie okoliczności bez wykazania ich dowodami nie stanowią potwierdzenia dla realności zaoferowanej ceny, ani możliwości zrealizowania zadania.

Niewystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny są również same deklaracje i zapewnienia wybranego Wykonawcy, że wycenił on swoją ofertę profesjonalnie.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową. Jest to cena, która nie występuje na rynku, gdzie ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena zaoferowana przez wykonawcę KOLIN prowadzi do zachwiania ekwiwalentności wzajemnych świadczeń Stron stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o roboty budowlane, a Wykonawca ten nie udowodnił, że możliwe jest wykonanie przez niego zadania po zaoferowanej cenie na rynkowych zasadach.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Załączniki: 1. Pełnomocnictwo, 2. KRS Strabag Sp. z o.o. 3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania, 4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

ODPOWIEŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE - 31.05.2021r.

Działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Zamawiający przedkłada odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 1359/21, wniesione w dniu 07.05.2021 r. przez STRABAG Sp z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków.

Zgodnie z art. 524 ustawy Pzp, Zamawiający przesłał kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego (pismo nr O.BI.D—3.2410.8.2020 z dnia 10.05.2021 r.).

Odwołujący złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi (zwany dalej KOLIN) oraz wyborze oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów Ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 90 ust. 2 i ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 1 PZP oraz art. 90 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4. Art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez ich niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji wybór oferty Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi niezgodnie z przywołanymi wyżej przepisami PZP.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Wykonawcę wnoszącego odwołanie, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadnienie

Wskutek orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.03.2021 r., KIO 426/21 Zamawiający został zobowiązany do:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy KOLIN jako najkorzystniejszej oraz
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie ww. wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak w uzasadnieniu ww. wyroku KIO podniosła, iż co prawda nie zostały wypełnione przesłanki do obligatoryjnego wezwania wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pzp, jednakże w sprawie wystąpiły okoliczności, obligujące zamawiającego do wezwania wykonawcy Kolin o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 Pzp. Zdaniem Izby okoliczności tej sprawy wskazują, że zaoferowana przez ww. wykonawcę cena powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego. Tym samym, nieuprawnione jest zaniechanie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty lub kosztu, nawet jeśli nie zostają spełnione przesłanki, określone w przepisie art. 90 ust. 1 a pzp. (str. 17-18 wyroku KIO 426/21).

Zamawiający realizując ww. wyrok KIO pismem nr O.BI.D-3.2410.8.2020 z dnia 31.03.2021r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843). Zamawiający, zadając pytania wskazał elementy, które mogłyby wskazywać na aspekty wpływające na rażąco niską cenę i wymagają wyjaśnień.

Wykonawca odpowiedział wyczerpująco na wszystkie pytania Zamawiającego oraz wyjaśnił wszelkie zaistniałe wątpliwości, potwierdzając tym samym, że oferta Wykonawcy KOLIN INSAAT nie zawiera rażąco niskiej ceny w rozumieniu ustawy PZP. Zamawiający analizując wyjaśnienia Wykonawcy i dokonując oceny kwestii zaistnienia rażąco niskiej ceny, dokonał ponadto ponownej analizy prowadzonych postępowań przetargowych zarówno w danym postępowaniu, jak również innych postępowaniach realizowanych przez O/Bi oraz inne oddziały GDDKiA. Zamawiający przygotowując postępowanie analizował szacunkową wartość zamówienia określił wartość minimalną i maksymalną jaką należy rozważać przy analizie ofert jako realne do uzyskania na bazie cen ujętych w katalogach do kosztorysowania. Do postępowania przetargowego przyjął zaś wartość maksymalną ze względu na ryzyka związane z występowaniem niekorzystnych warunków gruntowo-wodnych czy ewentualnym wzrostem cen składników kosztotwórczych takich jak np. stal czy cement.

Jak wynika z powyższej tabeli, wartość minimalna zamówienia oszacowanego przez Zamawiającego to kwota 246 732 231,48 zł., która mimo wszystko jest niższa o 113 mln zł (0,52%) od progu szacowanego jako rażąco niska cena oraz o 8 mln zł (3,24%) od oferty złożonej przez Wykonawcę. Zauważyć należy, że oferta Wykonawcy mimo, iż ma najniższą cenę, to jest ona większa niż minimalna wartość ustalona przez Zamawiającego.

Porównanie ofert S19 Bielsk Podlaski – Boćki

BUDŻET GDDKIA	354 333 283,57 zł
RAŻĄCO NISKA CENA (70% BUDŻETU)	248 033 298,50 zł
ŚREDNIA OFERT	325 696 751,74 zł
MEDIANA OFERT	317 255 171,82 zł
OFERTA Kolin W STOSUNKU DO BUDŻETU	
OFERTA Kolin W STOSUNKU DO ŚREDNIEJ	78,21%
OFERTA Kolin W STOSUNKU DO MEDIANY	80,29%
KWOTA Z OFERTY KOLIN	254 739 150,00 zł.
STRABAG sp. z o.o.	309 350 184,13 zł.

POLAQUA sp. z o.o. 311 489 767,31 zł.

MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. 311 615 311,04 zł.

BUDIMEX S.A. 317 255 171,82 zł.

KONSORCJUM:

PORR S.A UNIBEP S.A. 337 931 230,74 zł.

MOTA- ENGIL Central Europe S.A. 351 634 393,01 zł.

KONSORCJUM:

Aldesa Construcciona Polska Sp. z o.o.

Aldesa Cons S.A. 355 955 557,60 zł.

PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG TECHNICZNYCH

INTERCOR SP. Z O.O. 381 300 000,00 zł.

Zamawiający ponadto dokonał ponownej analizy prowadzonego postępowania pod kątem RNC. W niniejszym postępowaniu znacząca część ofert wykonawców (aż 7 ofert z 9 złożonych) została określona poniżej wartości przedmiotu zamówienia wskazanego przez Zamawiającego. Wartość oferty Wykonawcy wynosi 254 739 150,00 zł, co w porównaniu z wartością szacunkową zamówienia przyjętą przez Zamawiającego 354 333 283,57 zł, wskazuje, że jest ona niższa o 28,11 % od wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający odniósł również tę cenę oferty do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 325 697 751,74 zł, co wskazuje, że cena oferty jest o 21,79 % niższa od średniej. Taki procentowy poziom odniesienia oferty do wartości szacunkowej zamówienia oraz do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a także porównanie do analizowanych cen minimalnych jakie szacował Zamawiający przed przystąpieniem postępowania dał Zamawiającemu, podstawę do przyjęcia, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska.

Dodatkowo Zamawiający przeanalizował inne oferty składane przez potencjalnych Wykonawców składane na zadania o tym samym charakterze tj. droga o przekroju 2x2 klasy S, co do których postępowania o udzielenie zamówień odbyły się w ostatnim czasie, także w tym samym oddziale Zamawiającego.

Wycena robót za 1 km do cen zaoferowanych na innych zadaniach kształtuje się na porównywalnym poziomie, daje podstawę do stwierdzenia, iż nie jest ceną rażąco niską.

Powyższe okoliczności w zakresie analizy cenowej, jak również udzielone odpowiedzi, Zamawiający uznał, iż zaoferowana przez Wykonawcę kwota nie jest rażąco niska wręcz jest ceną porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku. W szczególności w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do uznania, że oferta Wykonawcy KOLÍN INSAAT budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Stąd też Zamawiający uznał, że oferta tego Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. W konsekwencji należało uznać, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Wykonawcy w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 ustawy PZP.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż Zamawiający dokonując oceny oferty, również w kontekście (ewentualnie) rażąco niskiej ceny, ma obowiązek badać nie tylko podaną cenę, ale i realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe.

Istotne jest również, że w sytuacji zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, tj. w istocie zastosowania bądź nie procedury wyjaśniającej obowiązuje tu klasyczny ciężar dowodu, wynikający z art. 6 KC w zw. z art. 14 Pzp. To zatem Odwołujący zobowiązany jest wykazać po pierwsze, że wycena zaoferowana przez Wykonawcę powoduje obiektywnie uzasadnione podejrzenie, że jest rażąco niska, a po drugie - że części składowe ceny, których to podejrzenie dotyczy, mają istotny charakter, przez co aktualizuje się po stronie zamawiającego obowiązek uruchomienia procedury wyjaśniającej (wyrok KIO z dnia 20-10-2020, KIO 2127/20). Obowiązki temu Odwołujący nie sprostował. W żaden sposób bowiem nie wykazał, że Wykonawca Kolin w złożonej przez siebie ofercie zaoferował cenę rażąco niską.

Również zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazać bowiem należy, że wybór oferty złożonej przez Kolin jest właśnie przejawem zachowania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji. Nie może być bowiem tak, że przy sformułowaniu ogólnych zarzutów oferenta, który nie jest zadowolony z wyboru konkurenta, Zamawiający ma odrzucić ofertę, która w ocenie Zamawiającego została złożona i wyliczona w sposób poprawny. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż

poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wszystkie przesłanki określone w tym przepisie wymagają wykazania dla skuteczności postawionego zarzutu. Zatem Odwołujący powinien wykazać zarówno fakt, że oferowane są rzeczywiście skalkulowane poniżej rzeczywistych kosztów wskazanych wykonawców, jak i zamiar (cel) takiego działania w postaci eliminacji innych przedsiębiorców (wyrok KIO z dnia 01-06-2020, KIO 539/20). W przedmiotowej sprawie Zamawiający dopuszcza do udziału w realizacji inwestycji, również przedsiębiorców, którzy dopiero zaczynają inwestycje na lokalnym rynku, nie ograniczając się do wykonawców działających na nim od wielu lat. Postawiony w tym miejscu zarzut należy zatem ocenić jako bezpodstawny i co więcej gołosłowny.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp podnieść należy, że nie zostały wypełnione przesłanki z ww. przepisu ażeby można było skutecznie postawić Zamawiającemu zarzut. Po pierwsze nie miało miejsca oferowanie sprzedaży towarów i/lub realizacji usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a po wtóre utrudnianie dostępu do rynku nie może ograniczać się w jednostkowej transakcji. Jednostkowy przypadek nie może stanowić utrudnienia do dostępu do rynku, jako całości. Naturalnym jest, że w mechanizmie konkurencji, wykonawcy ubiegają się o zamówienie publiczne i z natury rzeczy uzyskanie zamówienia przez jednego wykonawcę łączy się z brakiem możliwości jego uzyskania przez innego. W przeciwnym razie, za utrudnienie do rynku należałoby uznać, każdy przypadek złożenia oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, czyn nieuczciwej konkurencji może być popełniony wyłącznie umyślnie, ma on bowiem charakter kierunkowy (celowy), ukierunkowany na eliminację z rynku innego przedsiębiorcy. Tymczasem Odwołujący nie wykazał winy umyślnej Wykonawcy Kolin, a tym bardziej celowego działania. Abstrahując od okoliczności, że brak jest potwierdzenia dla tezy o nieuprawnionym zaniżeniu przez Kolin cen poszczególnych elementów kalkulacyjnych składających się na przedmiot zamówienia (czy też, generalnie, ceny całkowitej), to powołany przepis wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem należy tłumaczyć użyte w omawianej regulacji sformułowanie „utrudnianie”) oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. znamiona.

Wskazując na powyższe Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego pn. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) - węzeł Boćki (z węzłem)”, numer referencyjny: O. BI. D-3.2410.8.2020.

Odwołujący w złożonym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1. Art. 90 ust. 2 i ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP przez błędną ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Kolin Insaat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi (KOLIN) i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 1 PZP oraz art. 90 ust. 3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Kolin, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty KOLIN pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. Art. 7 ust. 1 i 3 PZP przez ich niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji wybór oferty KOLIN niezgodnie z przywołanymi wyżej przepisami PZP.

Odwołujący sformułował następujące żądania:

Mając na względzie powyższe zarzuty naruszenia przepisów, odwołujący wnosi o:

1. unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kolin,
2. nakazanie odrzucenia oferty Kolin, a w konsekwencji:
3. dokonanie ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodów załączonych do odwołania oraz dowodów, których złożenie przewidział na rozprawie.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołującego, w złożonej odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania

odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający został zobowiązany orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.03.2021 r. o Sygn. akt KIO 426/21 do:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy KOLIN jako najkorzystniejszej
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie KOLIN do udzielenia wyjaśnień, złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP.

Jak w uzasadnieniu wyroku KIO przyznała, nie zostały wypełnione przesłanki do obligatoryjnego wezwania wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a PZP, jednak w sprawie wystąpiły okoliczności, obligujące zamawiającego wezwania KOLIN do udzielenia wyjaśnień, złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 PZP. W ocenie Izby okoliczności sprawy wskazują, że zaoferowana cena przez KOLIN powinna budzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Nieuprawnione jest zaniechanie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty lub kosztu, nawet jeśli nie zostają spełnione przesłanki, określone w przepisie art. 90 ust. 1 a pzp. (str. 17-18 wyroku o Sygn. akt KIO 426/21).

Porównanie ofert na projektuj i buduj drogi krajowej S19 Bielsk Podlaski – Boćki

BUDŻET GDDKIA	354 333 283,57 zł
RAŻĄCO NISKA CENA (70% BUDŻETU)	248 033 298,50 zł
ŚREDNIA OFERT	325 696 751,74 zł
MEDIANA OFERT	317 255 171,82 zł
OFERTA Kolin W STOSUNKU DO BUDŻETU	
OFERTA Kolin W STOSUNKU DO ŚREDNIEJ	78,21%
OFERTA Kolin W STOSUNKU DO MEDIANY	80,29%
KWOTA Z OFERTY KOLIN	254 739 150,00 zł.
STRABAG sp. z o.o.	309 350 184,13 zł.
POLAQUA sp. z o.o.	311 489 767,31 zł.

MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. 311 615 311,04 zł.

BUDIMEX S.A. 317 255 171,82 zł.

KONSORCJUM:

PORR S.A UNIBEP S.A. 337 931 230,74 zł.

MOTA- ENGIL Central Europe S.A. 351 634 393,01 zł.

KONSORCJUM:

Aldesa Construcciona Polska Sp. z o.o.

Aldesa Cons S.A. 355 955 557,60 zł.

PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUG TECHNICZNYCH

INTERCOR SP. Z O.O. 381 300 000,00 zł.

Zamawiający wykonując wyrok w sprawie o Sygn. akt KIO 426/21 wezwał KOLIN w dniu 31.03.2021r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP o treści.

„W związku z wyrokiem KIO 426/21 z dnia 04.03.2021 r. nakazującym Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, Zamawiający działając w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 9 listopada 2018r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177)
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W celu weryfikacji Państwa oferty, jak również ustalenia stopnia gotowości Państwa firmy do realizacji kontraktu prosimy o przekazanie wyjaśnień oraz wskazanie przyjętych założeń/rozwiązań do sporządzenia oferty w szczególności w zakresie:

1. Czy cena skalkulowana przez Wykonawcę jest wiarygodna i rzeczywista oraz czy uwzględnia wszystkie koszty związane z mobilizacją sprzętu budowlanego, materiałów, kadry niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia?
2. Czy Wykonawca ma możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku?
3. Jaki zysk Wykonawca założył do uzyskania w związku z realizacją przedmiotu zamówienia?
4. Czy brak uzyskania przez Wykonawcę zamówienia na odcinku Haćki-Bielsk Podlaski wpłynie na zwiększenie kosztów realizacji zamówienia na odcinku Bielsk Podlaski – Boćki i w jakiej ewentualnie wysokości?
5. W związku z odpowiedzią na pytanie 4 z dnia 23.11.2020 r. oraz nieotrzymaniem zamówienia na zadanie Haćki- Bielsk Podlaski, Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o wskazanie w jaki sposób i w jakim zakresie Wykonawca zamierza zmodyfikować strategię, o której wspomina w przedmiotowej odpowiedzi.
7. Czy brak odpowiedniego zaplecza (sprzętowego, materiałowego, osobowego) na terytorium Polski oraz brak doświadczenia Wykonawcy w zakresie realizacji tego typu zamówień na terytorium Polski, wpłynie na możliwość realizacji zamówienia przy cenie skalkulowanej w ofercie?
8. Jaki Wykonawca zakłada koszt transportu sprzętu i kadry na terytorium Polski oraz jaki jest przewidywany koszt ich utrzymania na terytorium Polski? Czy zostały one uwzględnione w złożonej ofercie?
9. W związku z odpowiedzią na pytanie 14 z dnia 11.12.2020 r. Zamawiający zwraca się z pytaniem jakie koszty związane z procedurą zatrudniania obcokrajowców na terenie RP oraz z jakie koszty związane z utrzymaniem kadry na terenie Polski uwzględnił Wykonawca? Proszę o wskazanie wysokości założonych kosztów.
10. W związku z brakiem uzyskania przez Wykonawcę zamówienia na odcinku Haćki – Bielsk Podlaski, Zamawiający zwraca się z pytaniem czy i w jaki sposób nieuzyskanie przez Wykonawcę zamówienia na odcinku Haćki –Bielsk Podlaski wpłynie na koszty uruchomienia

wytwórni mieszanek asfaltowych i wytwórni betonu niezbędnych dla realizacji zamówienia na odcinku Bielsk Podlaski – Boćki?

11. Jakie koszty Wykonawca założył na uruchomienie własnej wytwórni mieszanek asfaltowych i czy w całości zostały one w kalkulowane w cenę oferty na odcinku Bielsk Podlaski – Boćki? Zamawiający zwraca się o wskazanie sposobu kalkulacji i wysokości poszczególnych kosztów w zakresie wytwórni MMA.

12. Czy w cenie oferty zostały w kalkulowane wszystkie ryzyka w zakresie wzrostu cen asfaltu/betonu, kruszyw i stali?

13. W związku z odpowiedzią na pytania 4 z dnia 23.11.2020 r. oraz nieotrzymaniem zamówienia na zadanie Haćki- Bielsk Podlaski, czy Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił całkowity koszt organizacji zaplecza budowy i w jakiej wysokości?

14. W związku z odpowiedzią na pytanie 16 oraz 48 z dnia 23.11.2020 r. prosimy o informacje czy Wykonawca posiada gwarancje cen, na podstawie, których dokonał skalkulowania oferty?

15. W związku z odpowiedzią na pytanie 48 oraz 49 z dnia 23.11.2020 r. Zamawiający zwraca się z pytaniem czy Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z dostawą kruszyw oraz materiałów do mieszanek mineralnych i w jakiej wysokości?

16. W związku z odpowiedzią na pytanie 19 z dnia 11.12.2020 r. Zamawiający zwraca się z pytaniem czy Wykonawca uwzględnił rezerwę finansową asortymentu robót, które na etapie realizacji wykona przy pomocy Podwykonawców, a które na etapie przetargu docelowo miał wykonać Wykonawca (za wyjątkiem kluczowych części zamówienia) i w jakiej wysokości?

17. W związku z odpowiedzią na pytanie 32 z dnia 11.12.2020 r., czy wysokość zakładanej rezerwy jest wystarczająca na pokrycie przewidywanego wzrostu cen?

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w

ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia.

KOLIN (KOLİN İNŞAAT TURİZM SANAYİ VE TİCARET ANONİM ŞİRKETİ Horasan Sokak 14, Ankara, Turcja) w dniu 16 kwietnia 2021r. udzielił zamawiającemu obszernych, szczegółowych wyjaśnień załączając do wyjaśnień (ANEKSY) wyliczenia do ceny zaoferowanej zamawiającemu w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Projekt i Budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) – węzeł Boćki (z węzłem)” – znak postępowania nadany przez zamawiającego: O.BI.D-3.2410.8.2020.

W pierwszej jednak kolejności, Wykonawca zastrzega, że informacje wskazane w punktach od II do V (część poza uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa) niniejszego pisma oraz załącznikach do tego pisma stanowią informacje wrażliwe Wykonawcy, wchodzące w skład tajemnicy jego przedsiębiorstwa, dlatego wnosimy o ich nie ujawnianie osobom trzecim, w tym szczególnie pozostałym oferentom. Informacje te mają charakter organizacyjny i techniczny, posiadają istotną wartość gospodarczą, a Wykonawca nie udostępnia tych informacji szerszemu gronu osób oraz podejmuje wzmożone środki w celu utrzymania ich poufności.

KOLIN w pierwszej części wyjaśnień poświęcił wiele uwagi orzecznictwu, które usprawiedliwia zastrzeżenie dostępu do informacji, które kwalifikowane są do tajemnicy przedsiębiorstwa. Według KOLIN następujące informacje zasługują na ochronę jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

„Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że informacje przekazywane przez nas wraz z niniejszym pismem mają charakter organizacyjny oraz – przynajmniej częściowo - techniczny i technologiczny. Składają się na nie bowiem informacje dotyczące:

1. metod i strategii kalkulacji ofertowej stosowanych przez Wykonawcę;
2. zarysów przyjętych przez Wykonawcę koncepcji i założeń technicznych i technologicznych;
3. sposobu przygotowania się Wykonawcy do realizacji zamówienia;
4. zasobów będących w posiadaniu Wykonawcy oraz które Wykonawca uzyskuje od

podmiotów trzecich;

5. ilości i rodzaju zasobów rezerwowanych przez Wykonawcę do realizacji tego typu zamówień w tym zasobów sprzętowych i kadrowych;

6. strategii organizacji procesu budowlanego przez Wykonawcę w celu maksymalizacji jego efektywności i ekonomiczności;

7. sposobu uwzględniania ryzyk związanych z Zamówieniem oraz stosowanych metod zaradczych;

8. nazw potencjalnych podwykonawców, dostawców, usługodawców z którymi współpracuje Wykonawca, warunki na jakich współpracuje Wykonawca z podwykonawcami i formy oraz czasokres tej współpracy.

Wszystkie te informacje stanowią wynik doświadczenia Wykonawcy w realizacji kontraktów drogowych, jego know-how co do procesu pozyskiwania i wykonywania Zamówień oraz takiego zorganizowania tego procesu, aby osiągnąć konkurencyjną cenę przy zmaksymalizowaniu zysków, zachowaniu wymogów jakościowych oraz zminimalizowaniu potencjalnych ryzyk. Jakkolwiek niektóre z ww. informacji rozpatrywanych samodzielnie, bez powiązania z pozostałymi, są powszechnie dostępne lub mogą wydawać się nieistotnymi, o tyle cały zbiór tych informacji, ze wskazaniem ich wzajemnych powiązań, usystematyzowaniem i uporządkowaniem, stanowi zbiór istotny dla Wykonawcy. W dobie znacznej rywalizacji o pozyskiwanie zamówień w sektorze drogowym, nie tylko w Polsce, ale również poza jej granicami, takie organizacyjne know-how ma bezpośredni wpływ na skuteczność w zakresie konkurowania. Zbiór ten pozwala Wykonawcy zaoferować atrakcyjne ceny wykonywanych usług czy robót. Zarówno Wykonawca nie ma dostępu do takiego usystematyzowanego zbioru informacji co do pozostałych oferentów, jak i konkurenci Wykonawcy nie mają wiedzy całościowej na temat tych informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych Wykonawcy.”

„KOLIN wyjaśnia, że posiada wdrożone najwyższe systemy ochrony danych we wszystkich obszarach prowadzonego biznesu w celu ochrony swojej własności materialnej, intelektualnej, technicznej, przemysłowej, doświadczenia, know-how itp. Stosowanie tego systemu następuje w zgodności z międzynarodowym standardem systemu bezpieczeństwa obowiązującym u Wykonawcy. W ramach tego systemu KOLIN wdrożył wewnętrzne regulacje znajdujące zastosowanie w kilkunastu obszarach działalności przedsiębiorstwa KOLIN”

„Ponadto, wśród regulacji wewnętrznych obowiązujących u Wykonawcy, funkcjonuje m. in. dokument pn. „Środki bezpieczeństwa danych”. Ustanawia on – zgodnie z tytułem – mechanizmy zapewniające bezpieczeństwo informacji i systemu danych, baz danych u Wykonawcy, w tym danych i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa KOLIN. Zgodnie z powołanym dokumentem: - zapewnia się bezpieczeństwo sieci i bezpieczeństwo aplikacji”.

„Co więcej, załączone do niniejszego i wcześniejszych pism oferty podwykonawców, usługodawców i dostawców, stanowią informacje poufne będące skierowane wyłącznie do Wykonawcy. Oferenci Wykonawcy zastrzegali, że nie wyrażają zgody na udostępnianie tych informacji podmiotom trzecim, co zachowuje aktualność szczególnie co do pozostałych Wykonawców w przetargu. Jeśli bowiem dany podwykonawca, dostawca lub usługodawca, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności współpracy z Wykonawcą, zaoferował dla Oferenta lepszą cenę niż dla pozostałych oferentów, ujawnienie tych informacji mogłoby skutkować negatywnie dla tego podwykonawcy. Te informacje stanowią tajemnice, do których zachowania zobowiązaliśmy się względem naszych kontrahentów.”

Zresztą podobne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zastosował odwołujący składając na posiedzeniu dokumenty (pismo przygotowawcze – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 02.06.2021r. – w aktach sprawy), odnoszące się do dokumentów złożonych przez odwołującego a dotyczących ofert złożonych odwołującemu.

Również zamawiający złożył jako dokument zastrzeżony wyjaśnienia i odpowiedzi na pytania odwołującego z dnia 22 stycznia 2021r. w postępowaniu Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Boćki (bez węzła) – Malewice jako dowód, że odwołujący podobnie jak KOLIN przewidywał inflację na poziomie ok. 3% w miesiącu styczniu 2021r. do materiałów budowlanych – drogowych (w aktach sprawy).

W dalszej części wyjaśnień KOLIN nazywając je ogólnymi między innymi wskazał na aspekty:

„Przed przystąpieniem do szczegółowych wyjaśnień, w tym odpowiedzi na pytania sformułowane przez Zamawiającego, należy wyraźnie podkreślić, że niniejsze wyjaśnienia stanowią uzupełnienie wyjaśnień dotychczas złożonych już Zamawiającemu, w tym w szczególności przedłożonymi wyliczeniami na szereg pozycji kosztorysu czy też ofertami,

które udało się uzyskać Wykonawcy. Z oczywistych względów powielanie w tym miejscu informacji, które już zostały przekazane Zamawiającemu, pozbawione jest sensu i nie ma takiej potrzeby. Dlatego też Wykonawca w uzupełnieniu do przekazanych już informacji odniesie się poniżej przede wszystkim do pytań sformułowanych przez Wykonawcę, które – jak należy zakładać – odzwierciedlają obszary, w których Zamawiający powziął wątpliwości, co do wyliczenia oferty Wykonawcy, a przez to wymagają one dodatkowego wyjaśnienia. Wykonawca podkreśla, że te wyjaśnienie należy czytać łącznie ze złożonymi wcześniej tak, aby uzyskać pełny obraz sposobu kalkulacji ceny przez Wykonawcę.”

KOLIN przywołując wcześniejsze wyjaśnienia miał na uwadze udzielone w trybie art.87 ust.1 PZP, które były przedmiotem rozważań IZBY w sprawie już wyżej przywoływanej o Sygn. akt KIO 426/21 i które spowodowały nakazanie zamawiającemu wezwania w trybie art.90 ust.1 PZP.

„Wykonawca wskazuje także, że w części ogólnej opisuje przyjętą strategię osiągnięcia oszczędności na zamówienia. Wskazuje konkretne rozwiązania organizacyjne, techniczne i kosztowe, które umożliwiły mu złożenie oferty zawierającej konkurencyjną cenę. Wskazuje na fakt i zakres optymalizacji, przyjęte koszty wytwórni mas bitumicznych, przedstawia dokonaną samodzielnie analizę i zestawienie ofert w przetargach, w których uczestniczy. Wykonawca wskazuje zasady wyznaczania marży i strategię oferowania cen w Polsce. Z tych powodów zawartość punktu II, jak również III-V, stanowiącego rozwinięcie, stanowi tajemnicę Wykonawcy.”

Natomiast odwołujący zaprzecza prawu KOLIN do takich sformułowań jako wykonawcy, który nie wykonał dotychczas robót w Polsce, a jego wiedza jest teoretyczna na terenie Polski, jak i możliwości pozyskania tanich ofert, a zwłaszcza upustów cenowych w stosunku do ofert wstępnych. Dla przeciwstawienia odwołujący powołuje się na utrwaloną jego pozycję na rynku polskim, a więc znajomość rynku jak i utrwalonych kontaktów handlowych z podwykonawcami w tym co do rozbudowanych baz technicznych jakimi są wytwórnie mas bitumicznych, wytwórnie betonu oraz stała załoga techniczna, inżynierska, administracyjna.

Na koniec wyjaśnień ogólnych KOLIN stwierdza:

„Na koniec już w tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że oferta Wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny lub rażąco niskich kosztów realizacji zamówienia. Całkowita cena oferty

została skalkulowana w sposób, zapewniający pokrycie koszty projektowania, uzyskiwania uzgodnień i pozwoleń oraz wykonania robót oraz zakłada umiarkowany zysk Wykonawcy, dla osiągnięcia którego Wykonawca złożył ofertę i zadeklarował zamiar realizacji zadania zgodnie z wymaganiami SIWZ. A zatem jest to cena realna i wiarygodna obejmująca cały zakres przedmiotu zamówienia umożliwiającą prawidłowe jego wykonaniem.”

Przechodząc do podstawy prawnej wezwania do wyjaśnień, KOLIN przywołuje orzecznictwo, jak i doktrynę, kwitując wywody stwierdzeniem ”Niezależnie od powyższego, pytania sformułowane przez Zamawiającego w znacznej części dotyczą zagadnień mało istotnych i o niewielkiej wartości i wpływie na wynik postępowania. W sytuacji, w której pytania i odpowiedzi niejednokrotnie dotyczą elementów wartych 0,1% wartości zamówienia lub nawet mniej, jakiegokolwiek rozbieżności nie mogą ani skutkować uznaniem ceny za rażąco niską, ani nie wpływają na konkurencję pomiędzy wykonawcami, bowiem różnica pomiędzy ofertą Wykonawcy i następnego oferenta przekracza pięćdziesiąt milionów złotych”.

Niemniej w tym miejscu Izba zauważa, że istotność, czy też brak istotności, o której mowa w art.90 ust.1 PZP, nie zawsze należy oceniać wartością jaką ma dana pozycja w ofercie wykonawcy tylko jak jest wyceniona w kosztorysie zamawiającego, co może skłaniać zamawiającego do wątpliwości czy dana pozycja w ofercie wykonawcy nie jest zaniżona pod względem wartości. Izba w tym miejscu pomija rozważania, że o istotności pozycji, bądź jej braku nie zawsze decyduje wartość finansowa (materialna) pozycji, ale np. jej znaczenie dla osiągnięcia podstawowego, zasadniczego celu zamówienia, pomimo niskiej wartości wymiernej, materialnej w stosunku do pozostałych pozycji.

W dalszej części wyjaśnień, KOLIN porównuje jego cenę ofertową z cenami ofert pozostałych wykonawców. Posługuje się przy tym między innymi argumentacją, że z jego oferty wynika cena 1 kilometra drogi na poziomie 20 mln. zł i przyrównuje z innymi postępowaniami powołując się na analogiczność cen u innych wykonawców.

Takie porównanie do innych ofert, czy też innych postępowań doprowadza KOLIN do konkluzji ”Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, już tylko na ich podstawie, bezpodstawnym byłoby przyjęcie, iż zaoferowana przez Wykonawcę kwota jest rażąco niska, czy też w jakiegokolwiek sposób wykraczająca poza ramy naturalnej konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami budowlanymi w sektorze budowy dróg (jest zaniżona w stosunku do realiów rynkowych).”

Podobnych porównań dokonuje zamawiający też w odpowiedzi na odwołanie, w której wnosi o oddalenie odwołania stwierdzając, że cena 1 km na poziomie 21 mln zł. jest ceną funkcjonującą w innych postępowaniach prowadzonych przez niniejszy oddział, jak i w innych postępowaniach innych oddziałów zamawiającego. Niemniej w tym miejscu należy zauważyć, że wartość ceny 1 km na podstawie zestawienia odwołującego waha się od 20 do 29 mln/km.

W dalszych wyjaśnieniach KOLIN wskazuje między innymi na „5.Szczegółową analizę dokumentacji Przetargowej, odnosząc ją do ofert podwykonawców, 6.Metodę kalkulacji Wykonawcy, 7. Doświadczenie Wykonawcy w zakresie wykonania i szacowania robót.

Jako argumentację przemawiającą za prawidłowością wyceny przedstawia III. PODSTAWOWE CZYNNIKI PRZEWAGI WYKONAWCY, a wśród nich dokonania istotnej optymalizacji i tak w zakresie robót dzięki działaniom aktualizacyjnym i optymalizacyjnym uzyskał oszczędności w porównaniu do projektu koncepcyjnego STEŚ w zakresie robót: Drogowych, Mostowych, Geotechnicznych, Zbiorników retencyjnych.

Sposób uzyskania tych oszczędności to zdaniem KOLIN „Przeprowadzone działania pozwoliły na zmniejszenie ilości robót, co przekłada się bezpośrednio na niższą cenę ofertową i oszczędności dla Zamawiającego (a także samego Wykonawcy). Warto przy tym podkreślić, na co wielokrotnie wskazywał już Kolin, iż jest on wiodącym wykonawcą dróg w Turcji, a także innych państwach na całym świecie. Pozycję lidera osiągnął właśnie m.in. opisanemu powyżej podejściu, tj. gruntownej analizie dokumentów przetargowych i skrupulatnym opracowywaniu rozwiązań pozwalającym w sposób systematyczny i znaczny obniżyć oferowaną cenę. Jak już wspomniano, najlepszym dowodem na – można wręcz powiedzieć – unikalna i większą niż u pozostałych wykonawców skuteczność tego typu działań jest pozycja Kolin na świecie. Wyniki przeprowadzonych aktualizacji i optymalizacji oraz ich wpływ na cenę oferty zostały zbiorczo zestawione w Aneksie W-5) Dowód: - Aneks W-5.a) Różnice w ilościach Przedmiar Drogowy - Aneks W-5.b) Różnice w ilościach Przedmiar Mostowy - Aneks W-5.c) Różnice w ilościach Przedmiar Geotechniczny, - Aneks W-5.d) Różnice w ilościach Przedmiar Zbiorniki”.

Z tym stanowiskiem nie zgadził się odwołujący, który na posiedzeniu złożył szereg dowodów w postaci wydruków z programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), wskazując na parametry wymagane do projektowania jak i wykonawstwo (projektuj i buduj) gdzie wbrew argumentacji w wyjaśnieniach KOLIN brak możliwości na optymalizację to jest oszczędności, ze względu

na konkretyzacje wymagań w PFU, a dla przykładu podano roboty drogowe, wiadukty oraz warunki geotechniczne (podłoże w dużym stopniu złożone i skomplikowane).

Do argumentacji i dowodów złożonych na posiedzeniu przez odwołującego nie odniósł się na rozprawie zamawiający jak i KOLIN, który nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Odwołujący również odniósł się do powoływania się w wyjaśnieniach KOLIN na „2. Bogate doświadczenie zawodowe Wykonawcy „Wykonawca posiada znaczne doświadczenie w zakresie realizacji zadań budowy dróg. Doświadczenie to stanowi połączenie wiedzy pozyskanej podczas realizacji kontraktów budowlanych na całym świecie, w tym: Afganistanie, Kuwejcie, Azerbejdżanie, Ugandzie, Kazachstanie czy też Turcji. Prace drogowe wykonane np. w Kazachstanie, w różnych technologiach czy też warunkach, także tych skrajnych np. atmosferycznych, pozwoliły Wykonawcy wypracować skuteczne metody przeciwdziałania najczęstszym ryzykom i problemom dotyczącym proces budowy dróg. W Turcji, podczas wykonywania lotniska w Istambule przerób Wykonawca wykonał około 2 mln m² powierzchni betonowych o grubości 40 cm. Dowód: Aneks W-5e) doświadczenie Wykonawcy Doświadczenie Wykonawcy pozwoliło przyjąć rozwiązania i schematy organizacyjne, które miały bezpośredni wpływ na usprawnienie realizacji i obniżenie kosztów wykonywania Zadań budowlanych. Zaoferowana przez Wykonawcę korzystna cena nie pozostaje bez wpływu tych okoliczności.”.

Na te okoliczności odwołujący przedłożył wydruki ze strony internetowej ENR (Engineering News-Record – Top Lists) – w aktach sprawy ze stu pozycjami firm, na której nie znajduje się KOLIN, mimo powoływania się na 7 pozycję na liście i związaną z tym pozycją na rynku, a co wskazywać miało także na posiadane doświadczenie i umiejętności w optymalizacji kosztów.

Także wskazując na brak możliwości pokrycia dodatkowych kosztów w związku z nie uzyskaniem drugiego zamówienia na S-19, czemu miała służyć jedna wytwórnia mas bitumicznych i minimalizacja zysku, odwołujący złożył dowód na rentowność spółek budowlanych na rynku polskim 2020r. opracowanie Deloitte – Polskie spółki budowlane 2020- w aktach sprawy, gdzie rentowność nie przekracza 3%. Powyższy dowód miał służyć brakowi ewentualnych środków z zysku na pokrycie wzrostu kosztów materiałów budowlanych drogowych. Do tych twierdzeń odwołującego, na podstawie przedłożonych dowodów na posiedzeniu nie odniósł się na rozprawie zamawiający, a tym bardziej KOLIN, który nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba powyższe dowody (lista ENR, opracowanie Deloitte – w aktach sprawy), w sytuacji powszechnej wiedzy o nie kilkuprocentowym ale minimum kilkunastoprocentowym wzroście cen materiałów budowlanych drogowych i kosztów robocizny, uwzględniła przy ocenie, czy

odwołujący jest w stanie pokryć koszty związane ze wzrostem cen jak i nie uzyskaniem drugiego zamówienia na S-19 Haćki-Bielsk). Sam wykonawca KOLIN przyznał w wyjaśnieniach jak i w sprawie Sygn. akt KIO 426/21, że rentowność ustalił na poziomie minimalnym, jak słusznie wywiódł odwołujący to jest prawdopodobnie na poziomie 1 procenta. Ponadto jak wskazano powyżej odwołujący złożył dowody w postaci wydruków z PFU wskazujące na ograniczoną możliwość optymalizacji. Również odwołujący złożył dowód - wyliczenie własne kosztów utrzymania wytwórni mas bitumicznych, wytwórni betonu, kosztów robocizny, na okoliczność braku uzyskania przewidywanych przez KOLIN oszczędności w związku ze skróceniem okresu realizacji zadania.

Kolejnym aspektem, który miał się przyczynić do oszczędności to „4.Wykonanie znacznej części Zamówienia siłami własnymi: Celem Wykonawcy w realizacji niniejszego zamówienia jest wykonanie jego jak największej części siłami własnymi. Wykonawca zamierza realizować samodzielnie nie tylko roboty drogowe, w tym roboty zastrzeżone do wykonania osobistego przez Zamawiającego, ale także m.in. część wykonania przepustów, robót przygotowawczych, robót ziemnych etc., Oferta Wykonawcy w tym zakresie różni się od ofert pozostałych oferentów, którzy w znaczącej większości deklarują wykonanie z użyciem podwykonawców całego zakresu prac (lub tak robią w praktyce), poza zastrzeżonym do osobistego wykonania przez Wykonawcę”. (...) „Oczywistym jest zatem, że Wykonawca jest w stanie uzyskać niższe ceny od pozostałych oferentów, skoro co do wielu istotnych kosztów nie musi uwzględniać marż Podwykonawców, które sięgają nawet 10-20%. Brak konieczności uwzględniania tych marż jest jedną z istotnych przyczyn tego, iż oferta Wykonawcy jest tańsza niż jego konkurentów. Brak konieczności zapłaty marży podwykonawcy to oszczędność nie mniejsza niż 10 % wartości umowy”.

Izba nie podziela powyżej przedstawionej argumentacji, że podwykonawstwo powoduje wzrost kosztów. Sytuacja jest zmienna, zależy od nasycenia rynku zamówieniami. W sytuacjach bliskich kryzysowi gospodarstwu, w jakim znajdujemy się, zamówienia publiczne cieszą się uznaniem, a co przekłada się na zainteresowanie zamówieniami. W przedmiotowym postępowaniu złożono 9 ofert, a nie jak w poprzednich kilku latach: 1 ofertę, 2 oferty, co najwyżej 3 oferty, różnie w różnych branżach, albo wcale nie składano ofert z uwagi na niską wycenę zadania przez zamawiającego. Sam KOLIN powołuje się na minimalny zysk w jego ofercie, a dla podwykonawców przewiduje marżę na poziomie 10-20 procent. W ocenie Izby są to założenia nierealistyczne, co powoduje brak pozytywnej oceny argumentacji KOLIN co do braku charakteru jego ceny jako rażąco niskiej.

Co do 5.Zastosowanie rozwiązań usprawniających proces budowlany; jak wyjaśnia KOLIN „Wykonawca z wykorzystaniem swojego doświadczenia, o którym mowa powyżej,

wpracował i założył pewne schematy i sposoby postępowania usprawniające proces budowlany. Przykładowo, Wykonawca założył wstępnie zastosowanie rozwiązania w zakresie położenia i ruchu technologicznego na placu budowy, które pozwoli na zaoszczędzenie czasu i kosztów wykonania zamówienia. Inne rozwiązania usprawniające proces budowlany zostały również opisane dotychczas w poszczególnych wyjaśnieniach składanych w odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Każde z takich rozwiązań przekłada się na konkretne, choć w różnych granicach, oszczędności”.

Brak podstaw aby Izba odmówiła KOLIN doświadczenia technicznego i technologicznego, które ma wpływ na ograniczenie kosztów prowadzenia budowy, ale również brak podstaw odmówienia zbliżonego doświadczenia innym wykonawcom, którzy złożyli oferty, a tym bardziej odwołującemu. Ponadto KOLIN nie zmierzył tej przewagi w stosunku do pozostałych wykonawców i jej nie wycenił.

Kolejna argumentacja do uzyskania oszczędności to 6. Przygotowanie i dążenie do realizacji zamówienia przed terminami umownymi; „Wykonawca założył w ofercie zrealizowanie Zamówienia jeszcze przed terminami umownymi na jego ukończenie. W istocie, działając na własne ryzyko finansowe, Wykonawca już rozpoczął pewne prace przygotowawcze związane z projektowaniem i twórczością intelektualną (konceptje i założenia projektowe), co ma na celu przyspieszenie wykonania dokumentacji projektowej, tak aby jak najszybciej uzyskać niezbędne dokumenty. Niemniej konieczne jest nadmienić, że niniejsze stanowi jedynie założenie Wykonawcy, który poczynił je na własne ryzyko i nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń względem Wykonawcy. Szybsze wykonanie prac projektowych oraz przyjęcie maksymalnej wydajności prac, a także ich lepsze rozłożenie w czasie pozwoli Wykonawcy na obniżenie części kosztów budowy, występujących w każdym miesiącu, a co za tym idzie zakończenie Zadania z jeszcze lepszym rezultatem finansowym. Niniejsze przyspieszenie będzie możliwe wyłącznie dzięki szybkim decyzjom wykonawczym, co skróci procedurę negocjacji i zatwierdzania umów oraz pozwoli na ich działanie niezwłocznie po akceptacji podwykonawcy przez Zamawiającego. Pozwoli to także na skrócenie okresów kumulacji prac, wymagające zatrudnienia dodatkowego personelu”.

Izba nie odmawia słuszności tej argumentacji KOLIN, ale nie przekłada się ona na konkretnie przedstawione oszczędności z tego tytułu. Podobnie Izba ocenia argumentację przedstawioną w 7. Wyjaśnieniach „Możliwość wykorzystania zasobów Wykonawcy i źródeł dostaw zlokalizowanych poza granicami; Wykonawca, który jest dużym podmiotem międzynarodowym, posiada znaczne rezerwy w zakresie możliwych do wykorzystania zasobów personalnych i maszynowych. W razie takiej potrzeby, Wykonawca jest w stanie zorganizować relokację tych zasobów do celów wykonania niniejszego zamówienia i w ten

sposób pozostaje co najmniej częściowo niezależny od ewentualnych problemów z tymi zasobami występujących na rynku polskim. Podobnie, jeżeli chodzi o zasoby materiałowe, Wykonawca może pozyskiwać materiał do celów wykonania niniejszego zamówienia nie tylko z rynku polskiego, ale także z Azji mniejszej czy centralnej, oczywiście z uwzględnieniem spełniania wszelkich wymaganych norm oraz aprobaty Zamawiającego. Możliwość ta stanowi środek zaradczy pozwalający zminimalizować ryzyko braku dostępności materiałów lub znacznych wahań cenowych.

Owszem w ocenie Izby mogą to być w określonych sytuacjach argumenty przemawiające za oszczędnościami, ale nie są one na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 PZP w sposób wymierny przedstawione.

W ocenie Izby również niewymierny jest do wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny argument 8. Działanie nakierowane na zdobycie pozycji rynkowej w Polsce; „Wykonawca, w przeciwieństwie do części pozostałych oferentów, buduje swoją pozycję w sektorze budowy dróg szybkiego ruchu i autostrad w Polsce, główne swoje realizacje posiadając poza granicami. W ostatnim czasie rozpoczął rozwijanie swojej działalności w tym zakresie na rynku Polskim. Wobec tego, Wykonawca przyjmuje niskie marże, jako zysk w perspektywie długofalowej uznając budowanie pozytywnej reputacji na terytorium RP i zdobycie stałej i ugruntowanej pozycji na tym rynku. Oczywiście Wykonawca nie zakłada działalności pro bono lub też poniżej kosztów, ale stosowana przez niego marża jest najprawdopodobniej niższa od części pozostałych oferentów, w każdym razie w tym zamówieniu, dla których istotniejszy jest czynnik zarobkowości niż chęć zdobycia pozycji rynkowej. Wykonawcy Ci już bowiem realizują kontrakty w zakresie dróg ekspresowych i autostrad w Polsce i część ofert złożonych w niniejszym postępowaniu została zapewne złożona przez oferentów, którym nieszczęśliwie zależy na danym zamówieniu, chyba że za wysoką cenę (stosunkowo dużą marżę). Oczywiście jest zatem w tym kontekście, że Wykonawca w dużej części musi konkurować obniżając marżę i oferując niższe ceny. Powyższe najważniejsze okoliczności, zdaniem Wykonawcy, przełożyły się na uzyskanie w niniejszym postępowaniu korzystniejszej ceny od pozostałych oferentów, którzy działając w dużych, sformalizowanych strukturach, o skomplikowanym i sformalizowanym procesie decyzyjnym, nie mogą pozwolić sobie na zastosowanie rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę. Ponadto należy podkreślić, iż Wykonawca jako nowy duży gracz na rynku polskim jest nierzadko także atrakcyjnym do pozyskania partnerem dla podwykonawców i dostawców np. materiałów budowlanych. Powszechnie wiadomym jest, iż znacznie więcej (nawet sześć/ siedem razy według literatury fachowej) kosztuje zdobycie nowego klienta niż utrzymanie dotychczasowego. Wynika to oczywiście w fakcie oferowania istotnych rabatów nowemu Wykonawcy (klientowi) celem rozpoczęcia współpracy (wyboru tego podwykonawcy/ dostawcy). Rabaty, które uzyskał i

uzyska Wykonawca przekładają się na oszczędności rzędu kilku procent ceny – wartości tej, jako wynikającej z wielu różnych ofert, wykonawca dokładnie nie obliczał, jednak znany jest mu jej poziom. Niezależnie od powyższego, poniżej Wykonawca prezentuje bardziej szczegółowe wyjaśnienia, na poziomie, na jakim obecnie – uwzględniając etap, na którym się znajdujemy (przedprojektowy) – mogą zostać udzielone. Nie można bowiem zapominać o oczywistej kwestii, tj. iż zamówienie to realizowane jest w systemie „projektu i buduj”, a zatem konkretne rozwiązania, co do poszczególnych prac w detalach będą znane dopiero po wykonaniu prac projektowych. Nie oznacza to przy tym, że Wykonawca nie dokonał wyceny prac w sposób rzetelny. Wręcz przeciwnie, dokonując wyceny prac uwzględnił wszystkie pozycje przewidziane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania”.

Tak jak powyżej Izba odniosła się, trudno nie zgodzić się z argumentacją KOLIN, że przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności podana argumentacja może wskazywać na oszczędności. Niemniej wyjaśnienia udzielone przez KOLIN nie przekładają się na udowodnienie wymiernych efektów w postaci niższej ceny w ofercie w stosunku do pozostałych wykonawców, czy też wyceny wartości szacunkowej zamawiającego. Również znajdujące się w tzw. Aneksach – załącznikach do Wyjaśnienia wyliczenia nie odnoszą się do wyceny zamawiającego i nie przedstawiają przyczyny oszczędności w stosunku do wyceny zamawiającego, a jedynie przedstawiają kalkulacje przewidzianych kosztów KOLIN.

W ocenie Izby wezwaniu zamawiającego, jak i sama treść art.90 ust.1 PZP wskazuje na konieczność przede wszystkim zestawienia wynagrodzenia szacunkowego zamawiającego z wynagrodzeniem KOLIN i wymiernym, a nie teoretycznym wskazaniem oszczędności i ich źródeł w stosunku do wyceny zamawiającego, czy też średniej ceny ofert wykonawców. Temu wezwaniu wykonawca KOLIN nie sprostował, a tym samym potwierdziły się w połowie zarzuty odwołania to jest art.90 ust.1,2 i 3 oraz art.89 ust.1 pkt 4 i art.7 ust.3 PZP.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 i art.7 ust.1 PZP co do naruszenia równego traktowania wykonawców, naruszenia uczciwej konkurencji oraz czynu nieuczciwej konkurencji przez złożenie oferty przez KOLIN.

Odwołujący jak sam przyznaje KOLIN nie ma pozycji na rynku polskim, tak więc trudno przyznać rację odwołującemu, że złożenie oferty przez KOLIN spowoduje utrudnienie dostępu do rynku. Odwołujący wielokrotnie powtarza, że jego pozycja na rynku polskim jest ugruntowana przez wiele lat obecności na nim, a KOLIN według niego nie ma ani

doświadczenia, ani wiedzy w zakresie reguł na rynku polskim, podważając rzetelność i wiarygodność oczekiwanego przez KOLIN wynagrodzenia.

Izba podziela w tym zakresie argumentację zamawiającego, z wyłączeniem argumentacji w kierunku skutecznego wyjaśnienia przez KOLIN braku rażąco niskiej ceny.

„Również zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazać bowiem należy, że wybór oferty złożonej przez Kolin jest właśnie przejawem zachowania przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji. Nie może być bowiem tak, że przy sformułowaniu ogólnych zarzutów oferenta, który nie jest zadowolony z wyboru konkurenta, Zamawiający ma odrzucić ofertę, która w ocenie Zamawiającego została złożona i wyliczona w sposób poprawny. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Wszystkie przesłanki określone w tym przepisie wymagają wykazania dla skuteczności postawionego zarzutu. Zatem Odwołujący powinien wykazać zarówno fakt, że oferowane są rzeczywiście skalkulowane poniżej rzeczywistych kosztów wskazanych wykonawców, jak i zamiar (cel) takiego działania w postaci eliminacji innych przedsiębiorców (wyrok KIO z dnia 01-06-2020, KIO 539/20). W przedmiotowej sprawie Zamawiający dopuszcza do udziału w realizacji inwestycji, również przedsiębiorców, którzy dopiero zaczynają inwestycje na lokalnym rynku, nie ograniczając się do wykonawców działających na nim od wielu lat. Postawiony w tym miejscu zarzut należy zatem ocenić jako bezpodstawny i co więcej gołosłowny.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp podnieść należy, że nie zostały wypełnione przesłanki z ww. przepisu ażeby można było skutecznie postawić Zamawiającemu zarzut. Po pierwsze nie miało miejsca oferowanie sprzedaży towarów i/lub realizacji usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a po wtóre utrudnianie dostępu do rynku nie może ograniczać się w jednostkowej transakcji. Jednostkowy przypadek nie może stanowić utrudnienia do dostępu do rynku, jako całości. Naturalnym jest, że w mechanizmie konkurencji, wykonawcy ubiegają się o zamówienie publiczne i z natury rzeczy uzyskanie zamówienia przez jednego wykonawcę łączy się z brakiem możliwości jego uzyskania przez innego. W przeciwnym razie, za utrudnienie do rynku należałoby uznać, każdy przypadek złożenia oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, czyn nieuczciwej konkurencji może być popełniony wyłącznie umyślnie, ma on bowiem charakter kierunkowy (celowy), ukierunkowany na eliminację z rynku innego przedsiębiorcy. Tymczasem Odwołujący nie wykazał winy umyślnej Wykonawcy Kolin, a tym bardziej celowego działania. Abstrahując od okoliczności, że brak jest potwierdzenia dla tezy o nieuprawnionym zniżeniu przez Kolin cen poszczególnych elementów kalkulacyjnych składających się na przedmiot zamówienia (czy też, generalnie, ceny całkowitej), to powołany przepis wymaga, aby określony przedsiębiorca podejmował szereg działań stwarzających innym uczestnikom obrotu przeszkody w prowadzeniu działalności gospodarczej (tak bowiem należy tłumaczyć użyte w omawianej regulacji sformułowanie „utrudnianie”) oraz aby ich celem było wyeliminowanie konkurenta, co z kolei zakłada działanie z powziętym z góry zamiarem. W konsekwencji za wątpliwe uznać należy jakoby samo złożenie w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty tańszej od innego przedsiębiorcy wyczerpywało ww. znamiona”.

Izba orzekła jak w sentencji zasadzając połowę wpisu na rzecz odwołującego od zamawiającego, znosząc w pozostałym zakresie koszty to jest wynagrodzenia pełnomocników odwołującego i zamawiającego oraz połowę wpisu od odwołania uiszczanego przez odwołującego.

Na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1) i ust.3 pkt 1) i pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zasądzono na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 10.000,00 złotych tytułem zwrotu połowy wpisu od odwołania. W pozostałym zakresie koszty to jest wydatki pełnomocników znoszą się wzajemnie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....