

WYROK
z dnia 22 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie: Anna Kuszel - Kowalczyk
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 i 20 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez Odwołującego – **KOLiN iNŞAAT, TURİZM SANAYİ VE TİCARE ANONİM ŞİRKETİ**, Horasan Sokak 14, Ankara (Turcja)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok

przy udziale

wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna** ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – **KOLiN iNŞAAT, TURİZM SANAYİ VE TİCARE ANONİM ŞİRKETİ**, Horasan Sokak 14, Ankara (Turcja) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....
Członkowie:
.....

Sygn. akt: KIO 2370/20

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi GDDKiA Oddział w Białymstoku na *Projekt i budowę drogi S 19 na odcinku od węzła Białystok Zachód (bez węzła) do węzła Białystok Księżyno (z węzłem)* (nr postępowania O.B.I.D-3.2410.3.2020), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 05.05.2020r., 2020/S 087-205810, wobec czynności odrzucenia oferty i zaniechania dokonania wyboru oferty własnej, Wykonawca **KOLiN iNŞAAT, TURİZM SANAYİ VE TİCARET ANONİM ŞİRKETİ** (Turcja), wniósł w dniu 21 września 2020 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2370/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż spełnia ona wszystkie wymagania siwz, została należycie oszacowana, przygotowana zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, przepisami prawa, zasadami sztuki budowlanej i daje rękojmię należytego wykonania;
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niezasadne uznanie oferty Odwołującego za niezgodną z siwz w oparciu o wzorzec niewyrażony w wiążących dokumentach Zamawiającego, tj. nieujawnionych obliczeniach opartych na dokumentach, których status Zamawiający określił w postępowaniu jako niewiążący;
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niezasadne uznanie oferty Odwołującego za niezgodną z SIWZ w oparciu jedynie o domniemanie Zamawiającego i jego wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ;
- 4.art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że brak przedłożenia przez Odwołującego dokumentów, które nie były wymagane na etapie ustalonych ostatecznie, przed terminem składania ofert (vide wezwanie z dnia 27.08.2020 pkt 1) warunków postępowania w siwz, stanowi podstawę do odrzucenia oferty;

- 5.art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez obciążenie Odwołującego skutkami niejasnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (w tym w szczególności nieokreślającego wątpliwości, które pojawiły się po stronie Zamawiającego w związku ze złożoną ofertą) i w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że wniósł o sprecyzowanie wątpliwości w celu udzielenia najpełniejszej odpowiedzi (pismo z 5.09.2020r. na czwarty zestaw pytań);
- 6.art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy zakres udzielonych wyjaśnień potwierdza zgodność oferty z siwz, mając na względzie fakt realizacji zamówienia w trybie „projektuj i buduj”, w którym szacunki i szczegółowe rozwiązania projektowe i budowlane ulegają konkretyzacji dopiero na etapie wykonania zamówienia;
- 7.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wyprowadzenie z wyjaśnień Odwołującego niewłaściwych wniosków o niezgodności oferty z siwz;
- 8.art. 84 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący w wyniku złożenia wyjaśnień jednostronnie zmienił, po terminie składania ofert, jednoznaczne brzmienie oferty i wynikające z niej zobowiązanie, co miało – zdaniem Zamawiającego – skutkować niezgodnością oferty z siwz;
- 9.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 38 ust. 1 i 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy jego oferta uwzględniała wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ, do czego Zamawiający nie odniósł się w informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy;
- 10.art. 14 Pzp w zw. z art. 38 Pzp poprzez interpretację SIWZ nadającą jej inne brzmienie niż obowiązujące w terminie składania ofert, w szczególności poprzez uznanie, że Zamawiający nie jest związany wyjaśnieniami do SIWZ;
- 11.art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy wyłącznie w oparciu o informacje uzyskane w trybie procedury wyjaśniającej z art. 87 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy wyjaśnienia składane przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z art. 87 ust. 1 Pzp nie mogą stanowić samodzielnej i wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty, a zatem odrzucenie oferty Odwołującego było nie tylko niezasadne, ale i przedwczesne;
- 12.art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez dokonanie zmiany wymogów podmiotowych udziału w postępowaniu i realizacji Zamówienia na etapie już po terminie składania ofert przez wykonawców, i tym samym odrzucenie oferty Odwołującego w efekcie (nieprawidłowej) oceny kwalifikacji Odwołującego do wykonania Zamówienia na podstawie kryteriów nieokreślonych w SIWZ i niewymienionych w Pzp, które nie stanowiły warunków udziału w Postępowaniu;
- 13.art. 7 ust. 1 Pzp z art. 87 ust. 1 Pzp, 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 92 ust. 1 pkt 3) Pzp poprzez przeprowadzenie badania oceny ofert w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, w szczególności:
- a.skierowanie jedynie do formularzowej oferty Odwołującego aż 87 pytań, i żądaniu dokumentów niewskazanych w art. 25 ust. 1 pkt. 2) Pzp przy uznaniu, że ten sam formularz złożony przez pozostałych wykonawców nie budzi wątpliwości co do rozwiązań przyjętych przez tych wykonawców, co wynika z okoliczności, że Zamawiający zobowiązany jest do równoczesnej oceny i według tych samych zasad oceny wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu,
 - b.wskazanie w decyzji z dnia 11 września 2020 r. własnych (tj. Zamawiającego) i przy tym całkowicie nowych danych, wcześniej nieujawnianych wykonawcom (a mając na uwadze przebieg Postępowania można stwierdzić, iż dane Zamawiającego zostały opracowane dopiero na etapie oceny Oferty złożonej przez Odwołującego), które stały się tym samym dostępne publicznie, w tym innym wykonawcom.
- czym zostały naruszone zasady wynikające z art. 7 Pzp, w szczególności:
- równego traktowania wykonawców,*
 - przejrzystości,*
 - transparentności*

z ostrożności procesowej zarzuty naruszenia:

- 14)**art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień w momencie pojawienia się wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ i przedwczesne odrzucenie oferty Wykonawcy przed wyjaśnieniem tych wątpliwości przez Zamawiającego;
- 15)**art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie niezgodności oferty, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, którymi są: zakres zobowiązania wynikający z SIWZ, cena, za jaką Odwołujący zobowiązał się do wykonania zamówienia i termin realizacji;
- 16)**art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 1, ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm.) (dalej: „UZNK”) poprzez ujawnienie pozostałym wykonawcom, w piśmie pt. „Informacja o wykonawcy, którego oferta została odrzucona” danych dotyczących przyjętego przez Odwołującego na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej bilansu robót ziemnych w drodze

głównej, pomimo iż dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, skutecznie zastrzeżoną przez Odwołującego, jako niepodlegającą ujawnieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie ponownej oceny oferty Odwołującego w oparciu o parametry wprost wyrażone w SIWZ, nakazanie wyboru oferty odwołującego, ewentualnie nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień oferty w zakresie planowanego sposobu wykonania nasypów i wykopów, ewentualnie nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie poprawienia oferty niezmiennie istotnych jej elementów.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w dniu 11.09.2020 r. drogą elektroniczną.

Uzasadnienie zarzutów.

Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, jako niezgodną z siwz i nie dającą się poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę.

Wykonawca został wezwany do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 Pzp (pismem z dnia 9.07.2020r.), a jeszcze przed ich złożeniem, w dniu 15.07.2020 r. do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający sformułował 58 pytań szczegółowych, które miały na celu weryfikację oferty oraz ustalenie stopnia gotowości Odwołującego do realizacji kontraktu. Pytaniem nr 12 Zamawiający wezwał do wykazania bilansu robót ziemnych, a Wykonawca potwierdził uwzględnienie w ofercie wszystkich wymagań. W szczególności w wyjaśnieniach z dnia 27.07.2020 r. Odwołujący poinformował jaka jest ilość szacowanych nasypów i wykopów, a ponadto na jakiej podstawie wyliczenia te zostały dokonane przez Odwołującego i przedłożył oferty potwierdzające realność podanych danych.

Zamawiający w dniu 4 sierpnia 2020 r. wezwał do dalszych wyjaśnień (17 pytań) nawiązujących do poprzednich, lecz dotyczących coraz bardziej szczegółowych kwestii technicznych przyszłego zamówienia. W dniu 17 sierpnia 2020r. Wykonawca otrzymał kolejnych 7 pytań i ponownie w dniu 27 sierpnia 2020 r. Wykonawca udzielił odpowiedzi w takim zakresie, w jakim mógł to uczynić rzetelnie na obecnym etapie postępowania, stosownie do charakteru przedmiotu i biorąc czas wyznaczony na udzielenie wyjaśnień. Jednocześnie w piśmie zadeklarował, że jeżeli jakieś obszary oferty pozostają dla Zamawiającego niejasne, to ich wskazanie umożliwiłoby Odwołującemu odpowiedź bliższą intencji Zamawiającego.

Dla niniejszej sprawy znaczenie miały pytania nr 1 i 4.

W pytaniu nr 4 Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, czy podane w odpowiedzi na pytanie nr 12 z pierwszego zestawu pytań z dnia 15 lipca 2020 roku ilości stanowią całkowitą ilość robót ziemnych na trasie głównej, oraz do podania przyczyn rozbieżności pomiędzy bilansem robót ziemnych przyjętych w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 27 lipca 2020 r. a bilansami przyjętymi w jednej z przedstawionych przez Odwołującego ofert. W wyjaśnieniach z dnia 4 września 2020 r., Odwołujący w odpowiedzi na pytanie numer 4 wskazał, że podane ilości stanowią całkowitą ilość robót ziemnych na trasie głównej, oraz wyjaśnił przyczynę wskazanej przez Zamawiającego rozbieżności.

W pytaniu nr 1 natomiast Zamawiający zamieścił prośbę o przedstawienie przez Odwołującego Koncepcji zawierającej rozwiązania projektowe branży drogowej oraz obiektów inżynierskich. Prośba ta (dodatkowo nie znajdującą uzasadnienia oraz oparcia w przepisach Pzp) nie była powiązana przez Zamawiającego z wyrażoną w piśmie z dnia 11 września 2020 roku podstawą odrzucenia oferty, ani nie precyzowała wątpliwości Zamawiającego z nią związanych. W szczególności Zamawiający nie wskazał, że chodzi mu de facto o zapoznanie się z niweletą przyjętą przez Odwołującego na potrzeby oszacowania ceny ofertowej. Odwołujący, odpowiadając m.in. na tę prośbę, zawniósł do Zamawiającego o sprecyzowanie wątpliwości, która miałaby zostać poprzez te dokumenty rozwiana.

Pomimo wyjaśnień Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu wątpliwości odnośnie prawidłowości oszacowania bilansu robót ziemnych oraz doświadczenia Odwołującego w zakresie realizacji inwestycji na terenach podobnych do terenu realizacji inwestycji.

Brak uzasadnienia dla decyzji Zamawiającego Odwołujący uzasadniał tym, iż oferta spełnia wszystkie wymagania określone w siwz, siwz nie zawiera danych oraz wymogów, na które Zamawiający powołuje się celem wykazania rzekomej niezgodności oferty. Wzorcem porównawczym zostały kalkulacja Zamawiającego sporządzone na podstawie niewiążących (wg wyjaśnień Zamawiającego) danych (koncepcji).

Zamawiający wywodzi wnioski na podstawie okoliczności, które nie stanowią treści oferty lecz wynikają po części z wyjaśnień, a po części z interpretacji Zamawiającego dotyczącej przyczyn zachowań Odwołującego, czy też jego doświadczenia zawodowego.

Zamawiający nie stwierdził niezgodności treści oferty z siwz, a jedynie przyjął możliwość jej wystąpienia na zasadzie domniemania.

Odwołujący przywołał wyroki TSUE oraz KIO z których wynika, iż podstawą odrzucenia oferty mogą być jedynie wiążące dla wykonawców zapisy siwz. Warunki przetargu nie mogą być wyinterpretowane, czemu na przeszkodzie stoją zasady równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Wyjaśnienia wykonawcy nie mogły prowadzić do zmiany treści oferty po upływie terminu na jej złożenie. Wykonawca oświadczając, że wykona należycie przedmiot zamówienia zgodnie z umową jest zobowiązany do przyjęcia rozwiązań i zastosowania narzędzi odpowiednio do realizacji zamówienia. Brak odpowiedzi na pytania w zakresie wyjaśnienia treści oferty lub udzielenie odpowiedzi mniej szczegółowej, niż wskazywał to Zamawiający, nie mogą być uznane za dowód niezgodności oferty z siwz, w szczególności gdy Odwołujący wnosil o doprecyzowanie wątpliwości Zamawiającego oraz deklarował wolę udzielenia dalszych informacji. Ustawa nie przewiduje sankcji za nie wykonanie lub niepełne wykonanie wezwania z art. 87 ust. 1 Pzp.

W trybie art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający mógł formułować wątpliwości, nie mógł natomiast żądać przedstawienia dokumentów niewskazanych w siwz.

Zamawiający zdaje się kwestionować zaproponowaną cenę, chociaż nie kwestionuje cen jednostkowych. Twierdzi, że „wykazane wartości robót ziemnych oraz niedostępienie przyjętych rozwiązań i optymalizacji świadczy o niedoszacowaniu ilości robót ziemnych, a tym samym wartości całej oferty, co skutkuje błędnym obliczeniem ceny

oferty...”

Przy inwestycji w formule „Projektuj i buduj”, szczegółowe rozwiązania i założenia inwestycyjne ulegają konkretyzacji dopiero na etapie realizacji zamówienia, co wiąże się z faktem, że zamawiający ma istotne uprawnienia w procesie projektowania (akceptuje projekt budowy, wykonawczy, itp.). Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą szczegółowych i rozbudowanych pozycji i specyfikacji cenowych. Tym samym nie powinien na etapie wyjaśnień treści oferty, takich szczegółów wymagać.

Istnienie wątpliwości, pomimo złożonych wyjaśnień nie mogło prowadzić do odrzucenia oferty, gdyż do tego konieczne jest stwierdzenie konkretnej niezgodności oferty z siwz, której nie można domniemywać.

Zamawiający stwierdził, m.in. że „*wyżej opisane zachowanie Wykonawcy może świadczyć o braku przejrzystości oferty Wykonawcy lub jej sporządzeniu na podstawie uśrednionych, nieprzystających do rzeczywistości danych, co w połączeniu z brakiem doświadczenia Wykonawcy przy robotach z gruntami słabonośnymi, może prowadzić nieuchronnie do niepowodzenia terminowej i zgodnej z SIWZ realizacji Zamówienia*” lub „*Tak duże uproszczenia projektowe, które wynikają z bilansu robót ziemnych, a następnie nieudostępnienie profili podłużnych mogą oznaczać już na samym początku nie spełnienie warunków SIWZ, które są obligatoryjne*”. Wnioski Zamawiającego kwestionuje jako błędne.

Zamawiający, jako drugą podstawę decyzji wskazał na niewłaściwy poziom wiedzy i doświadczenia, niezbędny do prawidłowego zaplanowania inwestycji, co wywiódł z faktu, iż Odwołujący odmówił przedstawienia na tym etapie szczegółowych rozwiązań swojej koncepcji, w zakresie w jakim żądał tego Zamawiający.

W piśmie z dnia 27.08.2020r. Zamawiający zwrócił się o udostępnienie mu *koncepcji sporządzonej przez Wykonawcę na potrzeby wyceny oferty, zawierającej rozwiązania projektowe branży drogowej oraz obiektów inżynierskich, w tym optymalizacje, o których mowa w wyjaśnieniach z dnia 27.07.2020r. w odpowiedzi A3*, zaś w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podał, że „*wystąpił również o udostępnienie niwelety w celu zweryfikowania założonych optymalizacji, dzięki którym Wykonawca uzyskuje przedstawiony bilans robót ziemnych*”. Nie można stawiać znaku równości pomiędzy tymi opracowaniami, gdyż *koncepcja* jest rozwiązaniem dalece szerszym niż *niweleta*, zawierającym zarówno niweletę drogi, przekroje normalne korpusu drogowego i plany sytuacyjne oraz opis założeń, uwarunkowań przyjętych rozwiązań projektowych w przypadku branży drogowej.

Wątpliwości Zamawiającego dotyczące doświadczenia są niezasadne i nie powinny być brane pod uwagę w świetle siwz, w której wymóg dotyczący doświadczenia odnosił się do wykazania realizacji 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000,00 PLN netto i 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu. W wymaganiach dla Kierownika Budowy/Kierownika Robót Mostowych nie odnoszą się do warunków geologicznych, na których doświadczenie miało być zdobyte. Zamawiający nie wprowadził żadnego wymogu odnośnie doświadczenia projektanta. Tym czasem, Zamawiający odrzucając ofertę stwierdził, że „*wskazane w ofercie doświadczenie Wykonawcy, jak również wykazywane w portfolio inwestycje swym zakresem realizacji na terenach, wedle wiedzy geoboznawczej, biegunowo odmiennych aniżeli opisane wyżej, nie może znaleźć bezpośredniego przełożenia na nizinne warunki polskie opisane powyżej, a może stanowić istotne ryzyko terminowej realizacji inwestycji*” oraz „*Należy jednak pamiętać, że Wykonawca nie prowadził projektów infrastrukturalnych na wskazanych terenach, i pomimo zaangażowania najlepszych sił i środków nie jest w stanie, na chwilę sporządzenia oferty, wykazać doświadczenia w wykonywaniu robót na terenach występowania złożonych warunków gruntowo-wodnych, o czym mogą świadczyć udzielane przez Wykonawcę wyjaśnienia, a także niechęć do przedłożenia Zamawiającemu podstawowych, nawet wstępnych i roboczych dokumentów dotyczących geometrii trasy*”. Uzasadnienie to nie odnosi się ani do treści oferty ani do treści siwz.

Twierdzenie o rzekomej niezgodności oferty z siwz Zamawiający uzasadnia znaczącą rozbieżnością pomiędzy własnymi szacunkami dotyczącymi bilansu robót ziemnych, a bilansem przedstawionym przez Odwołującego w odpowiedzi na pytanie nr 12 z pierwszego zestawu pytań z dnia 15.07.2020r. Zamawiający nie wezwał jednak wykonawcy do wyjaśnienia tej rozbieżności. Dane, na jakich opierał się Zamawiający nigdy nie zostały wskazane w siwz i nie były ujawnione. Odpowiedź Wykonawcy była precyzyjna i dotyczyła ilości robót ziemnych na trasie głównej, przyjętej do wyceny. Z odpowiedzi Zamawiający wywodzi wniosek o niewyjaśnieniu innej swojej wątpliwości, wcześniej niewyrażonej.

Odwołujący dokonał samodzielnego obliczenia szacunkowych wartości bilansu robót ziemnych, a wynik tych obliczeń znacząco różni się od wartości podanych w informacji o odrzuceniu. Porównując objętość wykopów i nasypów oszacowanych przez Zamawiającego z bilansem sporządzonym na podstawie niwelety ze STES (którą prawdopodobnie wykorzystał Zamawiający), objętość wykopów jest ok. pięciokrotnie większa od ilości wynikającej z obliczeń Odwołującego, natomiast objętość nasypów niemal dwukrotnie. Są to ogromne różnice, co skłania do wniosku, iż w obliczeniach Zamawiającego pojawił się błąd. W terenach nizinnych nie obserwuje się wykopów i nasypów o głębokościach i wysokościach, do których odnosi się Zamawiający, w szczególności dzieląc bilans nasypów przez odcinek, na jakim nasypy powinny zostać dokonane, oraz dzieląc bilans wykopów przez odcinek, na którym według założeń Zamawiającego wykopy powinny być wykonane. Realizacja robót na ich podstawie prowadziłaby do istotnych odstępstw zarówno od założeń zawartych w dokumentacji Zamawiającego, jak i przepisów prawa.

Wg wiedzy, know-how Odwołującego, a w szczególności opierając się na załączonej do SIWZ niwelety STES, numerycznego modelu terenu oraz dokumentacji geologiczno- inżynierskiej i przeprowadzanych na tej podstawie obliczeń wynika, iż bilans mas ziemnych, jeśli został sporządzony w oparciu o niweletę udostępnioną wykonawcom przez Zamawiającego, nie powinien osiągać takich wielkości, jak wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11.09.2020 r. Założeniem jest dążenie do minimalizacji wykonywania robót ziemnych (zmniejszenie ingerencji w środowisko naturalne) – wielkie ilości robót ziemnych nie świadczą zatem o jakości oferty.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający przyjął za miernik zgodności oferty z SIWZ wielkość niezwykle płynną, niestalą, a ponadto dowolną, pozostawioną zgodnie z postanowieniami SIWZ i wyjaśnieniami Zamawiającego do wyboru wykonawcom. Niezależnie od tego, drastyczna różnica w obliczeniach, zdaniem Odwołującego, wynika z błędu Zamawiającego. Na obecnym etapie Odwołujący nie ma podstaw do przyjęcia innego wniosku, bowiem Zamawiający nie przedstawił swoich obliczeń, w związku z czym Odwołujący nie może stwierdzić, jaka może być inna przyczyna tak znacznej rozbieżności w szacunkach. Odwołujący zastrzega jednak możliwość złożenia dalszych oświadczeń i

wniosków w tej sprawie, po zapoznaniu się z dalszymi wyjaśnieniami Zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania do siwz wskazał, że postępowanie prowadzone jest w systemie „projektuj i buduj” oraz że nie posiada Przedmiaru Robót (szczegółowe ilości robót) – odpowiedź na pytanie nr 8.

Zarzut dotyczący art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp Odwołujący podnosi z daleko posuniętej ostrożności.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 1, 2, 3 i 4 Pzp Odwołujący stawia z ostrożności procesowej na wypadek, gdyby okazało się, że Zamawiający przekazał wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informacje o dokładnie tej samej treści uzasadnienia, jaka wpłynęła do Odwołującego – ujawniające szacowaną wartość robót ziemnych. Wykonawca w wyjaśnieniach zastrzegł, że sposób i metoda kalkulacji bilansu stanowi efekt twórczych działań Odwołującego, wynikającego zarówno z know-how, ukształtowanego w oparciu o doświadczenia w innych krajach, jak i w oparciu o informacje uzyskane od lokalnych (polskich) konsultantów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W kwestii zasadniczej Zamawiający odniósł się do zdarzeń, jakie poprzedzały decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, a wynikające z wątpliwości co do przyjętych założeń ofertowych. Zamawiający zadawał kolejno pytania, które miały na celu uprawdopodobnienie oferty oraz sprawdzenie, czy założenia w niej odpowiadają siwz, wiedzy technicznej i sztuce inżynierskiej. Pytania z 27.08.2020r. (czwarty zestaw pytań) dotyczyły, m.in. przyczyn rozbieżności w bilansach robót ziemnych, a także bilansu ziemnego w ogólności wraz z prośbą o przedstawienie przyjętych do ofertowania roboczych rozwiązań geometrii pionowej trasy. W wyjaśnieniach z dnia 4.09.2020r. Wykonawca nie podał żadnych technicznych, ani uprawdopodobnionych na gruncie wiedzy inżynierskiej argumentów, stwierdzając lakonicznie, podobnie jak czyni to w niniejszym odwołaniu, że bilans mas ziemnych stanowi rezultat znaczącej optymalizacji rozwiązań geometrii pionowej trasy i został dla potrzeb oferty sporządzony poprawnie i z uwzględnieniem wszelkich wymagań siwz. Odpowiedź stanowiła jedynie nietechniczną, czysto prawniczą argumentację w zakresie wykładni ustawy.

Łącznie Zamawiający skierował do Odwołującego 89 pytań mających na celu wyjaśnienie oferty. Ponieważ Wykonawca uchylił się od przedłożenia dokumentów (profilu geometrycznego trasy - niwelety), Zamawiający uznał za bezcelowe kierowanie ponownie pytań o to samo.

Zamawiający przedstawił stanowisko w przedmiocie dopuszczalności odrzucenia oferty w sytuacji, gdy postępowanie wyjaśniające nie rozwiązało wątpliwości, co do zgodności oferty z siwz. Wyjaśnienia składane przez Wykonawcę wiązały Zamawiającego na równi z ofertą. Zamawiający czuł się zobowiązany i uprawniony do zbadania oferty, tj. jakie rozwiązania techniczne zostały przyjęte i czy są one zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Postępowaniu wyjaśniającemu nie stała na przeszkodzie formuła zamówienia „zaprojektuj i wybuduj”. Ponieważ Wykonawca nie przedstawił profilu podłużnego geometrii trasy Zamawiający uznał, iż oferta skalkulowana na podstawie uproszczonego bilansu mas ziemnych, który nie ma oparcia w dokładnym modelu wysokościowym terenu i założonych rzędnych planowanych obiektów mostowych, przy uwzględnieniu ich założonego pikietażu, którym na mocy wydanych, wiążących decyzji, np. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, nie wolno manipulować, a dodatkowo przy założeniu intensywnej „optymalizacji” niwelety (obniżenia rzędnych nasypów i podwyższenia rzędnych wykopów), musi nieuchronnie prowadzić do przyjęcia niepoprawnych progowych założeń koniecznych wymian i ulepszeń gruntów, a co za tym idzie – błędne ogólne bilansu mas ziemnych.

Powyższe prowadziło do niezgodności oferty z siwz, w szczególności z WWIORB D-02.00.01 pkt 5.3 i 5.4 oraz pkt 1.1.1 ppkt 27 PFU w brzmieniu: *„Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty:*

27) wzmocnienie podłoża gruntowego i zapewnienie stateczności skarp wykopów i nasypów w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych, z uwzględnieniem: - właściwości gruntów, skał i materiałów; - przewidywanych oddziaływań, które mogą być przyłożonymi obciążeniami (należy przyjmować obciążenie od pojazdów samochodowych równomiernie rozłożone o wielkości 25 kPa) lub zadanyymi przemieszczeniami (np. spowodowanymi ruchami podłoża); - wartości granicznych odkształceń; - wymagań określonych w polskich normach”.

Stwierdzona przez Zamawiającego rozbieżność dotycząca robót ziemnych jest wyjątkowo jaskrawa i rażąca, a Odwołujący *de facto* uchylił się od powinności jej rozwiązania. Zamawiający nie mógł dopuścić do sytuacji, w której nie ma pewności lub przynajmniej wysokiego prawdopodobieństwa, że oferta wykonawcy będzie stanowić ekwiwalentne i odpowiedzialnie wycenione świadczenie w zamian za przewidzianą do zapłaty cenę. Zamawiający sprzeciwił się gołostownym twierdzeniom Odwołującego o rzekomym błędzie Zamawiającego w oszacowaniu bilansu mas ziemnych na podstawie przekazanych wykonawcom, poglądowych materiałów.

Zamawiający nie ujawnił w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego pozostałym wykonawcom danych dotyczących przyjętego przez Odwołującego na potrzeby kalkulacji ceny bilansu robót ziemnych w drodze głównej (stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Budimex S.A.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania na czynność odrzucenia jego oferty z postępowania, w którym miał szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści wynikające z jego realizacji. Spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy, od których uzależnione jest rozpoznanie odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w tym treść siwz oraz ofertę Odwołującego i wyjaśnienia składane na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

W toku badania oferty Odwołującego Zamawiający wystąpił z szeregiem pytań, które miały na celu wyjaśnienie założeń

przyjętych przez Wykonawcę w związku projektem i budową drogi S19.

Pismem z dnia 15.07.2020r. Zamawiający zadał wiele pytań o rozwiązania projektowe przyjęte przez Wykonawcę, jak również przygotowanie techniczne i organizacyjne do realizacji prac, jak i założone koszty. W pytaniu nr 12 Zamawiający zwrócił się o wykazanie bilansu robót ziemnych na drodze głównej wraz z ceną jednostkową za m3 gruntu (wykop, nasyp, dokop, itd.).

W odpowiedziach z dnia 27.07.2020r. Wykonawca na pytanie nr 12 podał bilans robót ziemnych w rozbiu na wykop, nasyp, górna warstwa nasypu wraz ze jednostkowym kosztem robót ziemnych (tajemnica przedsiębiorstwa).

Pismem z dnia 04.08.2020r. Zamawiający dopytał Wykonawcę, m.in. pytaniem nr 7 o przewidywaną optymalizację (rozumianą jako zmianę parametrów, lokalizacji, lub likwidację) obiektów stanowiących przejście dla zwierząt wymienionych w DSU i PFU? Zastosowane w odpowiedzi nr 58 stwierdzenie „co do zasady” może wskazywać, iż taka optymalizacja w odniesieniu do części tych obiektów jest przewidziana.

W wyjaśnieniach z 10.08.2020r. Odwołujący odpowiadając na pytanie nr 7 wskazał, iż w ramach wyceny swojej oferty przyjął przejścia dla zwierząt w lokalizacjach i o parametrach dokładnie zgodnych z PFU i DSU, tj. nie dokonywał żadnej ich likwidacji bądź optymalizacji. Wykonawca nie wyklucza jednak zmiany lokalizacji czy parametrów, dodania bądź likwidacji niektórych przejść dla zwierząt na etapie projektowania, jeżeli będzie wynikało to bezpośrednio z ponownej oceny oddziaływania na środowisko oraz uzyskanych uzgodnień i opinii (...).

Pismem z 27.08.2020r. Zamawiający wystąpił o udostępnienie Koncepcji sporządzonej przez Wykonawcę na potrzeby wyceny oferty, zawierającej rozwiązania projektowe branży drogowej oraz obiektów inżynierskich, w tym optymalizację, o których mowa w wyjaśnieniach z dnia 27.07.2020r. w odpowiedzi A3 (pytanie nr 1). W związku z odpowiedzią A22 z dnia 27.07.2020r. Zamawiający zwraca się o przedstawienie szczegółowej kalkulacji wykonania konstrukcji nawierzchni oraz przedstawienia założeń projektowych, tj. profile podłużne drogi ekspresowej i przekroje poprzeczne (pytanie nr 6).

Odpowiedzi z dnia 04.09.2020r. Wykonawca zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odpowiadając na pytanie nr 1 Wykonawca odniósł się ogólnie do założeń, jakie przyjmował sporządzając ofertę i wskazał na brak obowiązku sporządzenia dokumentu zawierającego koncepcję wykonania zamówienia, jaki miałby być dołączony do oferty. Jednocześnie poprosił o skonkretyzowanie wezwania (...) udostępnienie obecnie Zamawiającemu roboczego dokumentu sporządzonego na potrzeby wewnętrzne Wykonawcy, podlegającego wielokrotnym zmianom, poprawkom i modyfikacjom (bez szerokiego omówienia Zamawiającemu przez Wykonawcę i licznych dodatkowych komentarzy) może prowadzić do błędnych ocen i wniosków wysuwanych przez osoby nieuczestniczące w pracach nad tym dokumentem. Ponadto optymalizacja robót ziemnych, wzmocnień, GWN, warstwy mrozoochronnej o podbudowy pomocniczej została wykonana w oparciu o parametryczne modele 3D, wykonane w ocenie panujących standardach BIM. Z tak przygotowanych modeli Wykonawca bezpośrednio pozyskał informacje dotyczące ilości poszczególnych robót oraz weryfikował poprawność i zgodność poszczególnych rozwiązań z wymogami Zamawiającego, PFU oraz obecnie panującymi przepisami. Przygotowanie rysunków 2D w formacie PDF w bezpośredni sposób nie jest możliwe tak aby Zamawiający miał możliwość poprawnie i jednoznacznie ocenić rzetelność szacunków Wykonawcy. Z tego też powodu, powyższy roboczy dokument własny Wykonawcy nie powinien być przekazywany Zamawiającemu – byłoby to działanie przedwczesne i nieprowadzące do wyjaśnienia jakichkolwiek potencjalnych wątpliwości odnośnie treści oferty Wykonawcy. Jednocześnie informujemy, że koncepcja wykonania przedmiotu zamówienia zostanie doprowadzona do etapu prezentacji w przeciągu pierwszych tygodni po zawarciu umowy. Wówczas będzie ona mogła zostać przekazana Zamawiającemu celem stosownych uzgodnień.

W odpowiedzi na pytanie nr 6 Wykonawca odwołał się do wcześniejszych odpowiedzi z dnia 27.07.2020 r. (A19 i A22), które były wystarczające do oszacowania kosztu netto robót drogowych dla trasy głównej. Oświadczył, iż posiada zarówno niweletę, jak i profile podłużne i poprzeczne, które posłużyły do oszacowania zakresu określonych prac i sporządzenia wyceny oferty. Niemniej (...) – są wewnętrznymi dokumentami roboczymi i ich forma nie jest odpowiednia do prezentacji osobom, które nie brały udziału w przygotowaniu oferty. Ponadto, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 8 złożone w toku postępowania poprzedzającego złożenie ofert (patrz powyżej), taka informacja nie może posłużyć Zamawiającemu do oceny lub wyjaśnienia oferty, gdyż Zamawiający nie dysponuje odpowiednim materiałem porównawczym, by móc właściwie ocenić poziom adekwatności cen przyjętych przez Wykonawcę. Stąd też pytania, które nie służ celowi w postaci oceny ofert, należy uznać za nakładanie na Wykonawcę nadmiernych wymagań, niewskazanych w dokumentach przetargowych i niewynikających z przepisów prawa.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując w piśmie z dnia 11.09.2020r. na zaistnienie podstawy z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, która ujawniła się w związku z postępowaniem wyjaśniającym, jakie Zamawiający prowadził na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy. W odpowiedzi na pytanie nr 12 dotyczące bilansu robót ziemnych na drodze głównej Odwołujący podał ilości wykopów, nasypów oraz górnej warstwy nasypu, które Zamawiający porównał z szacowanymi ilościami nasypów i wykopów. Szacunki Zamawiającego zostały określone na podstawie udostępnionej wykonawcom koncepcji, a występująca różnica wartości podanych przez Wykonawcę nie została wyjaśniona. Zamawiający pismem z dnia 27.08.2020r. wezwał Wykonawcę do uszczegółowienia i doprecyzowania pytaniem nr 4 „(...) prosimy również o informację, czy podane ilości stanowią całkowitą ilość robót ziemnych na trasie głównej, jakie Wykonawca przyjął do wyceny?”. Pismem z dnia 01.09.2020r. Wykonawca zwrócił się z prośbą o „przedłużenie czasu na przygotowanie i udzielenie jak najbardziej adekwatnych odpowiedzi na zgłoszony wniosek o wyjaśnienia”. Zamawiający wydułżył termin na przygotowanie wyjaśnień. W piśmie z dnia 04.09.2020r. Wykonawca potwierdził założone ilości robót ziemnych na trasie głównej. Zamawiający wystąpił również o udostępnienie niwelety w celu zweryfikowania założonych optymalizacji, dzięki którym Wykonawca uzyskał bilans robót, ale Wykonawca odmówił udostępnienia dokumentów wskazując, iż analiza rozwiązań może (...) prowadzić do błędnych ocen i wniosków wysuwanych przez osoby nieuczestniczące w pracach nad tym dokumentem”. Powyższe, w ocenie Zamawiającego świadczyło o niedoszacowaniu ilości robót ziemnych, a tym samym wartości całej oferty, co skutkuje błędnym obliczeniem ceny oferty i brakiem zgodności oferty z siwz. Wedle szacunku Zamawiającego Wykonawca zgodnie z przedstawionym przez siebie wyliczeniem, planuje do wykonania objętość nasypów w ilości znacznie mniejszej aniżeli założenie Zamawiającego. Z punktu widzenia wiedzy technicznej, powołując się na przywołany Katalog Typowych Konstrukcji Nawierzchni, przy ustalaniu projektowanej konstrukcji nawierzchni projektant musi uwzględnić szereg czynników, a do najważniejszych z nich należy ustalenie ujawnionych poprzez badanie gruntu *in situ* rodzaju gruntu zalegającego poniżej spągu warstwy ziemi urodzajnej, zakwalifikowanie ich do wskazanej katalogiem grupy nośności podłoża, a następnie, po uwzględnieniu głębokości przemarzania gruntu (w

okolicach Białegostoku to 1,2 m – głębokość znacząca nawet jak na warunki polskie) dobór odpowiedniej, zazwyczaj katalogowej konstrukcji nawierzchni drogi. Przyjęcie znacznie mniejszej objętości nasypów oraz wykopów może prowadzić do negatywnych skutków, prowadząc do niepowodzenia terminowej i zgodnej z siwz realizacji zamówienia, mogącej skutkować zmianami w zakładanej geometrii pionowej trasy, a co za tym idzie istotnymi odstępstwami od uzyskanej przez Zamawiającego decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Na rozprawie Odwołujący przedłożył dowody w postaci ekspertyz, których przedmiotem było wykazanie błędu Zamawiającego przy oszacowaniu bilansu robót ziemnych oraz poprawności bilansu mas ziemnych podanego w odpowiedzi Odwołującego na pytanie nr 12 (wyjaśnienia z dnia 27.07.2020r.).

Izba uznała przedłożone ekspertyzy za nieprzydatne do rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu, który sprowadzał się zasadniczo do oceny dopuszczalności odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji braku przedstawienia żądanych od niego w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy informacji, które miały rozwiewać wątpliwości Zamawiającego, jakie powstały po analizie wyjaśnień. W piśmie procesowym z dnia 16.10.2020r. Zamawiający przyznał, że głównym motywem odrzucenia oferty Odwołującego nie była niezgodność w wyliczeniach dotyczących bilansu ziemnego, co do których Zamawiający powziął uzasadnioną wątpliwość, lecz niezłożenie przez Odwołującego wyjaśnień w postaci żądanych przez Zamawiającego profili podłużnych przedstawiających pionową geometrię trasy, które mogłyby te wątpliwości rozwiązać. Formułowana teza dowodowa sprowadzająca się do wykazania błędu w szacunkach Zamawiającego oraz prawidłowości wyliczeń Odwołującego nie miała zatem bezpośredniego związku z przyczyną faktyczną uznania oferty Odwołującego za niezgodną z siwz, tj. braku wyjaśnienia wątpliwości, jakie Zamawiający powziął w związku z informacją dotyczącą bilansu ziemnego przedstawioną przez Odwołującego w odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 27.07.2020r. Potwierdza to również odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wskazał, iż decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego wiąże się ściśle z okolicznością faktyczną dotyczącą nieprzedłożenia przez Odwołującego profili podłużnych geometrii trasy. Na tej podstawie Zamawiający wnioskował, że *oferta skalkulowana została na podstawie uproszczonego bilansu mas ziemnych, który nie ma oparcia w dokładnym modelu wysokościowym terenu i założonych rzędnych planowanych obiektów mostowych, przy uwzględnieniu ich założonego pikietażu, którym na mocy wydanych, wiążących decyzji, np. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, nie wolno manipulować, a dodatkowo przy założeniu intensywnej „optymalizacji” niwelety (należy przez to rozumieć obniżenie rzędnych nasypów i podwyższenie rzędnych wykopów), musi nieuchronnie prowadzić do przyjęcia niepoprawnych progowych założeń koniecznych wymian i ulepszeń gruntów, a co za tym idzie – błędnego ogólnego bilansu mas ziemnych.*

Z tych samych względów Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o powołanie biegłego.

Odnosząc się do przedmiotu sporu i podniesionych zarzutów, zasadniczą w sprawie pozostawała kwestia dotycząca oceny dopuszczalności prowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 Ustawy w zakresie, w jakim miała to miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający prowadzi postępowanie w formule zaprojektuj i wybuduj, co oznacza, iż szereg dokumentów stanowiących podstawę do przygotowania oferty może mieć charakter roboczy i nie była załącznikiem do oferty, co nie było sporne pomiędzy stronami. Zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący posługiwali się wielkościami (tu bilans mas ziemnych), które szacowali na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji, w tym decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, czy też niwelety. Według Odwołującego, wyjaśnienia jakie składał odpowiadając na liczne pytania Zamawiającego były dostateczne, a ewentualne wątpliwości, które doprowadziły do odrzucenia oferty nie zostały w sposób dostateczny wyartykułowane w wezwaniu, w szczególności z dnia 27.08.2020r. (pytania nr 1 i 6), co nie dawało szansy Wykonawcy na złożenie precyzyjnych odpowiedzi.

Na wstępie należy odnotować, iż udzielając wyjaśnień Wykonawca w sposób precyzyjny wskazał w odpowiedzi na pytanie nr 12 z 27.07.2020r. wielkości nasypów i wykopów, co musiało być poprzedzone roboczą analizą, uwzględniającą warunki określone w przepisach prawa, PFU, w tym wydanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji zamówienia, pozwalającą na optymalizację niwelety drogi. Zamawiający zestawiając podane przez Wykonawcę wielkości z własnymi szacunkami powziął, uzasadnioną w ocenie Izby wątpliwość, co do rzetelności kalkulacji i założeń, które były podstawą złożonej oferty. Tak duża dysproporcja nie mogła być pozostawiona bez wyjaśnienia podstaw faktycznych, na jakich opierał się Wykonawca zakładając optymalizację niwelety drogi, co ma bezpośredni wpływ na sposób wykonania prac i ich zgodność z warunkami „granicznymi” wynikającymi z dokumentacji. W sprawie nie było spornym to, iż dokonanie optymalizacji niwelety musi uwzględniać ograniczenia wynikające z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, w tym zaznaczonych obiektów, pochylenia podłużnego (0,5%), maksymalnego pochylenia podłużnego (4%), minimalnego promienia krzywizny pionowej dla drogi ekspresowej, czy też typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych. Z uwagi na złożoność techniczną bilansu mas ziemnych samo przedstawienie w postaci ilości metrów sześciennych nasypów i wykopów, nie dostarczało wystarczającej informacji dla oceny zgodności planowanych do wykonania robót z wiedzą techniczną oraz dokumentacją przekazaną wykonawcom. Dla wykazania poprawności wyliczeń konieczne było przedstawienie koncepcji dla całego odcinka drogi tak, aby Zamawiający mógł ocenić ilości robót ziemnych i odnieść do punktów stycznych koniecznych do uwzględnienia zgodnie z decyzją, co przyznał również Odwołujący w końcowej wypowiedzi, w której podnosił, iż: *Zamawiający i przystępujący nie przedstawili obliczeń, z których wynikałoby, że prezentowane na wykresie w ramach niwelety nasypy i wykopy stanowią odpowiednią wartość ponad dwa miliony dla nasypów i ponad milion wykopów. Wszystko co znajduje się poniżej czerwonej linii określającej niweletę jest nasypem, a co powyżej jest wykopem. Można byłoby wówczas porównać wyliczenia zamawiającego i odwołującego czy też powołać eksperta do oceny tych wartości.* Powyższe oznaczało, iż dla wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego samo podanie wartości maksymalnych nie dawało obrazu zakresu optymalizacji przyjętej do wyliczeń. Tym czasem wyjaśnienia Odwołującego ograniczyły się do suchej informacji o ilości metrów sześciennych oraz ogólnych zapewnieniach co do uwzględnienia wszystkich wymagań wynikających z dokumentacji, w tym decyzji.

Oddalając zarzuty Izba uznała, iż wezwania Zamawiającego wynikały z wyjaśnień udzielanych przez Wykonawcę, które były niedostateczne dla rozwiania wątpliwości dotyczących bilansu mas ziemnych. W ocenie Izby, nie stała na przeszkodzie dopytania Wykonawcy w trybie art. 87 Ustawy okoliczność, iż w ofercie nie było szczegółowych informacji, w tym dokumentów prezentujących wstępne założenia koncepcyjne. Ważnym pozostało stwierdzenie, czy wyjaśnienia były konieczne dla uznania, że oferta odpowiada wytycznym wynikającym z PFU, w tym wydanym decyzjom. Sama formuła zamówienia nie może ograniczać czynności badania i oceny ofert wyłącznie do formalnego potwierdzenia zgodności oferty, a wykonawca powinien być gotowy do udzielenia wyjaśnień związanych z przyjętymi założeniami. W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości, iż Wykonawca miał sposobność odnieść się do wyjaśnień, składając dokumenty, które rzekomo posiadał w formie roboczej.

Oddalając odwołanie Izba uwzględniła okoliczność przyznaną przez Odwołującego, a dotyczącą potrzeby przygotowania założeń (tu niwelety) do oszacowania bilansu prac ziemnych. Zarówno w odpowiedziach na pytania zadane na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy, jak i stanowisku prezentowanym na rozprawie Odwołujący potwierdził posiadanie roboczych materiałów, które były niezbędne do oszacowania zakresu robót. Obawy Wykonawcy o możliwość nieprawidłowej oceny dokumentu nie mogły uzasadniać odmowy przekazania wskazanych w pytaniu nr 6 dokumentów, tj. profili podłużnych i przekroi poprzecznych drogi ekspresowej. Brak ich przekazania obciążał natomiast Wykonawcę ryzykiem uznania oferty za niezgodną z siwz.

Odwołujący w wyjaśnieniach wskazał Zamawiającemu ilości, które wzbudziły uzasadnione wątpliwości, gdyż Zamawiający posiadał własne szacunki przygotowane na podstawie wydanych decyzji. Ponieważ Wykonawca nie wyjaśnił tych wątpliwości, które nie pozwalały Zamawiającemu ocenić oferty jako zgodnej z siwz, pozostawienie jej w ocenie prowadziłoby do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby, kwestionowanie samej procedury wyjaśniania treści oferty dotyczącej przedmiotu realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj”, nie mogło być skuteczne. Formuła ta niesie wiele niewiadomych wynikających z potrzeby opracowania dokumentacji projektowej, która precyzuje założenia wykonawcy, jednak nie pozbawia zamawiającego prawa do zweryfikowania wstępnych założeń, które są niezbędne do przygotowania samej oferty. Założenia dotyczące bilansu ziemnego mają bezpośredni wpływ na sposób wykonania prac ziemnych (ilości nasypów, wykopów, rodzaje wzmocnień), co pozwala wstępnie ocenić założenia jako odpowiadające wymaganiom siwz (wydanym decyzjom, które wiązały wykonawców). Wymagania te istnieją niezależnie od zakresu i formy prezentacji informacji w ofercie, podobnie jak założenia wykonawców, które determinowały treść oferty.

Odwołujący przyznał również, iż samo porównanie ilości m³ mas ziemnych szacowanych przez Zamawiającego i przyjętych przez Wykonawcę nie było wystarczające do oceny zgodności założeń z wymaganiami siwz. W tym celu konieczne było przedłożenie niwelety (przekroju podłużnego i poprzecznego) dla całego odcinka drogi. Tylko na tej podstawie Zamawiający mógłby ocenić zgodność założonej geometrii z tzw. stałymi punktami niwelety, czyli takimi, które są obwarowane istotnymi wymaganiami stawianymi przez DŚU, a których niedotrzymanie grozi długotrwałą i żmudną zmianą wydanej decyzji. Ponieważ Zamawiający nadał wiążący charakter materiałom wskazanym w PFU (w tym decyzji DŚU), Wykonawca zobowiązany był przygotować ofertę w zgodzie z tymi dokumentami. Prezentowane na rozprawie makiety były dalekim uproszczeniem i nie mogły rozwiewać wątpliwości wynikających z różnic w wyliczeniach bilansu ziemnego, a tym samym nie prowadziły do uznania zarzutów wobec decyzji o odrzuceniu oferty.

W świetle powyższego Izba oddaliła w całości odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 w. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....