

WYROK

Warszawa, 30 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Monika Kawa-Ogorzałek

Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

16 września 2024 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku

i Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i 17 zł 00 gr (siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez zamawiającego z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;

2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3 617 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

.....

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi

na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odcinek A - Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna – Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu "Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto, etap I" numer postępowania: 9090/IRZR1/12568/03512/22/P, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 lipca 2022 roku pod numerem 2022/S 133-380942.

16 września 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i Trakcja S.A.

z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu:

1.art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk) przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień z 31 marca 2023 roku oraz ofert podwykonawczych złożonych przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wraz wyjaśnieniami z 31 marca 2023

roku zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo braku wykazania, że informacje te posiadają wartość gospodarczą oraz zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym dotyczącym wykonawcy;

- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp przez niezasadne jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, gdy tymczasem oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, co potwierdziły: przedmiary robót oraz rozbieżność ceny ofertowej (dalej: RCO) złożone przez Przystępującego wraz z ofertą oraz wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pismem z 31 marca 2023 roku, z których treści czytanej łącznie wynika, że Przystępujący zamierza wykonać System Sterowania Ruchem (SRK)

w sposób, który nie zapewnia współdziałania systemu pomiędzy odcinkiem LOT D

i LOT A, gdyż w złożonej przez siebie ofercie nie uwzględnił udziału AŽD Praha s.r.o., który jako dysponent (producent) urządzeń składających się na system Srk musi uczestniczyć (w pełnym bądź ograniczonym zakresie) przy realizacji Inwestycji; ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że zarzut w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa podlega oddaleniu):

- 3.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp przez niezasadne jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, gdy tymczasem oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, co potwierdziły: przedmiary robót oraz rozbieżność ceny ofertowej (RCO) złożone przez Przystępującego wraz z ofertą oraz wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pismem z 31 marca 2023 roku, z których treści (czytanej łącznie) wynika, że:

a.Przystępujący zamierza wykonać wzmocnienie podłoża z użyciem gabionów

w sposób, który nie odpowiada treści dokumentacji składającej się na Opis Przedmiotu Zamówienia, tj. w ilości mniejszej niż wynikająca wprost z treści dokumentacji projektowej albo w sposób powodujący zmianę paramentów gabionów określonych przez Zamawiającego;

b.Przystępujący zamierza wykonać wzmocnienia podłoża z użyciem platform roboczych, których wyceniony sposób zaprojektowania i użycia przy realizacji Inwestycji nie odpowiada treści dokumentów składających się na Opis Przedmiotu Zamówienia, tj. dokonał (niedopuszczalnej na etapie opracowywania ofert) optymalizacji wykonania rzeczonych platform roboczych celem optymalizacji kosztów realizacji Inwestycji; co powinno skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia;

- 4.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 Uznk w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów

Uznk z uwagi na zastosowanie w wycenie oferty tzw. inżynierii cenowej; ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu):

- 5.art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla branży Srk (dotyczącej istotnej części składowej ceny, która została przez tego wykonawcę zaniżona);
6.art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zgodności oferty z warunkami zamówienia;

a w konsekwencji:

- 7.art. 16 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2.odtąjnienia i udostępnienia ofert podwykonawczych złożonych przez Przystępującego do treści wyjaśnień z 31 marca 2023 roku;

3.uznanie, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia

w zakresie branży SRK; ewentualnie (tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że nie istnieją podstawy do odtąjnienia dokumentów):

4.uznanie, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia

w zakresie dotyczącym wykonania gabionów oraz platform roboczych;

5.uznanie, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; w każdym wypadku:

6.odrzucenie oferty Przystępującego;

7.dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z pominięciem oferty Przystępującego; ewentualnie, (tj. na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu):

8.wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

w odniesieniu do kosztów (ceny) wykonania branży SRK;
9. wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności oferty z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Odwołujący zakwestionował zasadność utajnienia wyjaśnień Przystępującego z 31 marca 2023 roku oraz w zakresie dotyczącym ofert podwykonawczych. Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie wykazał wypełnienia przesłanek ustawowych pozwalających na zastosowanie wyjątku od zasady jawności w stosunku do zastrzeżonych informacji.

Przystępujący nie sprostował obowiązкови wykazania, że zastrzeżone przez niego w wyjaśnieniach informacje stanowiły de facto tajemnicę przedsiębiorstwa w zaprezentowanym powyżej rozumieniu. Z tego względu należy uznać, że powinny zostać one odtajnione przez Zamawiającego w całości, z przyczyn opisanych poniżej.

Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji względem przedłożonych wraz z wyjaśnieniami ofert podwykonawczych.

Zarzut nr 2

Modernizacja Linii 201 odbywa się w podziale na cztery odcinki:

1. Odcinek A - Roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna – Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu "Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto", dalej „LOT A” (niniejsze Postępowanie),
2. Odcinek B - roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 odc. Somonino – Gdańsk Osowa w ramach projektu „Prace na odcinku Kościerzyna - Gdynia" wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 229 w ramach projektu „Prace na odcinku Glinicz – Kartuzy – faza II”, dalej „LOT B”,
3. Odcinek C – roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 odcinek Gdańsk Osowa – Gdynia Główna, w ramach projektu „Prace na odcinku Kościerzyna - Gdynia" wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 229 w ramach projektu „Prace na odcinku Glinicz – Kartuzy – faza II”, dalej „LOT C”,
4. Odcinek D – Roboty budowlane na linii kolejowej 229 odc. Glinicz – Kartuzy realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto”, dalej „LOT D”.

W ramach wskazanych powyżej postępowań LOT D i LOT A nie zastosowano rozwiązania budowy Srk w oparciu o otwarte interfejsy lub też wyodrębnienie Srk jako oddzielne zadanie, ale w oparciu o zamknięte interfejsy – tym samym brak jest zapisów w umowie na realizację LOT D do współdziałania w integracji SRK, dla kolejnego realizowanego odcinka, czyli LOT A (choć takie postanowienia ma już umowa objęta niniejszym Postępowaniem, w zakresie włączenia kolejnych odcinków SRK). W chwili obecnej Srk zostało zabudowane w ramach wykonania odcinka LOT D na podstawie Umowy nr 90/107/0001/20/Z/I zawartej między Odwołującym a PKP PLK S.A. W ramach przedmiotowej umowy wykonawca zrealizował SRK, we współpracy z podwykonawcą AŽD Praha s.r.o. w oparciu o systemy i urządzenia tego podwykonawcy.

Zgodnie z postanowieniami PFU określającymi wymagania dla LOT A, obowiązkiem wykonawcy robót dla odcinka LOT A jest zintegrowanie Srk m.in. z Srk wykonanym w ramach LOT D. Zgodnie z pkt 3.6.1 PFU:

(a) W celu umożliwienia wykonania rozwiązań technicznych w branży Srk przedstawionych w projekcie budowlanym (urządzenia docelowe) na punktach styku z sąsiednimi kontraktami, konieczna jest wspólna koordynacja pomiędzy:

- (ii) kontraktem na odcinku Maksymilianowo – Kościerzyna (powiązanie nowoprojektowanej samoczynnej blokady liniowej od strony posterunku ruchu Olpuch Wdzydze, poszerzenie obszaru zdalnego sterowania o posterunki ruchu: Olpuch Wdzydze, Bąk, Szalamaje wraz z przyległymi szlakami, zabudowa UZK dla kontraktu stycznego Lk201 i Lk215 w LCS Kościerzyna);
- (iii) kontraktem na włączenie do sterowania w LCS Kościerzyna posterunku ruchu Karsin wraz z przyległymi szlakami;
- (iv) kontraktem zabudowy docelowych urządzeń Srk na stacji Kartuzy (powiązanie nowoprojektowanej samoczynnej blokady liniowej od strony posterunku ruchu Kartuzy i aktualizacja aplikacji sterującej na stacji

Kartuzy, włączeniem

do zdalnego sterowania z LCS Kościerzyna obszaru obejmującego LCS Kartuzy, uzależnienie przejazdu w km 6,534 na Lk214 wraz z przeniesieniem UZK);

(v)kontraktem zabudowy docelowych urządzeń Srk na szlaku Somonino – Glinicz

(ze względu na wydłużenie okręgu nastawczego posterunku ruchu Somonino

na Lk201 konieczna jest koordynacja pomiędzy Wykonawcami robót budowlanych na obu odcinkach

tak, aby rozwiązania techniczne zawarte w zakresie prac

dla posterunku ruchu Somonino – zakres powyższego PFU, były możliwe

do wykonania po wcześniejszym przygotowaniu wielobranżowym szlaku Somonino – Glinicz przy maksymalnym zminimalizowaniu prac straconych).

(b)Z kolei z pkt 3.1.6.1 PFU wynika, że: „6) Należy stosować urządzenia jednego typu

na wszystkich stacjach i posterunkach odgałęźnych w ramach jednego LCS,

na wszystkich szlakach w ramach jednego LCS i na wszystkich przejazdach w ramach jednego LCS.”

Na fakt podjęcia bezpośredniej współpracy z podwykonawcą odpowiedzialnym za wykonanie Srk na odcinku LOT D, tj. AŽD Praha s.r.o., wskazuje również szereg odpowiedzi na pytania, udzielona przez Zamawiającego w toku Postępowania (a w czasie realizacji robót na LOT D)

z perspektywy możliwości technicznych, powiązanie Srk dla LOT A i LOT D możliwe jest w dwojnasób:

(a)przez zabudowę urządzeń AŽD Praha s.r.o. oraz zapewnienie ich współdziałania

z urządzeniami LOTu D, co w naturalny sposób ułatwia osiągnięcie współdziałania (urządzenia wiązane pochodzą od tego samego producenta),

(b)przez zabudowę innych urządzeń, niż urządzenia AŽD Praha s.r.o. oraz zapewnienie

ich współdziałania z urządzeniami odcinka LOT D, co nie jest jednak możliwe bez udziału AŽD Praha s.r.o.

Zważywszy, że Zamawiający nie zagwarantował w umowach na odcinki LOT A i D współdziałania wykonawcy/ów w zakresie powiązania SRK, to takie powiązanie musiał zapewnić sobie samodzielnie, każdy z wykonawców przez nawiązanie współpracy z AŽD Praha s.r.o.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze przedstawiony powyżej stan faktyczny, nie może budzić wątpliwości, że istotnym elementem przyszłego zobowiązania wykonawcy jest włączenie zabudowywanego Srk do elementów infrastruktury już istniejącej, w tym powstałej w ramach „LOTu D”. Takie działanie wymaga jednak ścisłej współpracy z producentem urządzeń wykorzystanych w ramach LOTu D, tj. AŽD Praha s.r.o. (okoliczność bezsporna). Podmiot ten złożył swoją ofertę współpracy na powiązanie urządzeń w ramach „LOTu A” z urządzeniami na „LOTcie D” wszystkim wykonawcom, biorącym udział w niniejszym Postępowaniu, którzy zwrócili się o taką ofertę (co było naturalne z uwagi na opisane powyżej powiązania). Oferty złożone przez AŽD Praha s.r.o. obejmowały dwa różne warianty wykonania zamówienia:

Wariant 1:

(a)oferta na powiązanie zabudowanych urządzeń innego producenta z urządzeniami SRK. Powyższa oferta umożliwia zabudowanie urządzeń innych producentów aniżeli AŽD Praha s.r.o., niemniej aby zapewnić poprawność działania systemów należy uwzględnić koszt niezbędnych powiązań wraz z zabudową stanowiska LCS Kartuzy w LCS Kościerzyna uwzględnionych w poz. 1, 2, 3 i 4 te same oferty (poz. 1 = 5 700 000,00 zł; poz. 2 = 5 000 000,00 zł; poz. 3 = 5.900.000,00 zł; poz. 4 = 4 000 000,00 zł).

Wariant 2:

(b)Oferta na kompleksowe wykonanie Srk i zakresu teletechniki. Zakres dot. branży Srk został wyceniony na kwotę 98 508 534,24 zł netto plus Prawo opcji nr 1 (5 555 037,24 zł netto) oraz Prawo opcji nr 2 (2 824 339,40 zł netto). W treści oferty AŽD Praha s.r.o. zastrzegła, że powyższe kwoty dotyczą przypadku kiedy AŽD Praha s.r.o. zostanie zlecona całość robót w branży Srk oraz Teletechnika oraz zabudowane zostaną urządzenia ich produkcji tj. zabudowa blokady na odcinku Somonino – Kartuzy to ITZZ oraz zabudowa systemu stacyjnego to ESA – 44 PL.

Biorąc pod uwagę wycenę RCO w pkt 2.1 Urządzenia sterowania ruchem i dSAT Urządzenia, sieci i instalacje telekomunikacji, przedłożoną przez Przystępującego należy stwierdzić,

że żaden z powyższych wariantów ofertowych (wykonawczych) nie został uwzględniony w wycenie sporządzonej przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę wariant wykonania przez AŽD Praha s.r.o. pełnego zakresu SRK, za kwotę 98.508.534,24 zł, należy wskazać, że kwota wskazana w RCO pkt 2.1 Urządzenia sterowania ruchem i dSAT Urządzenia, sieci i instalacje telekomunikacji, na wykonanie tego zakresu robót wynosi 71.502.840,42 zł. Tym samym cena zaoferowana przez Przystępującego nie pozwala na wykonanie SRK, zgodnie z wymaganiami SWZ (cena jest o 20 mln niższa od ceny zaproponowanej przez AŽD Praha s.r.o.). Jeśli natomiast Przystępujący założył realizację wariantu polegającego na montażu urządzeń innych niż urządzenia AŽD Praha s.r.o., to wskazane ceny za realizację tego zakresu przez powiązanie urządzeń również w sposób znaczący odbiegają od oferty AŽD Praha s.r.o.,

Tym samym, oferta Przystępującego nie uwzględnia wykonania Srk w żadnym z możliwych wariantów wykonania tego zakresu dopuszczonych przez producenta urządzeń, który byłby jednocześnie zgodny z wymaganiami SWZ.

Biorąc pod uwagę, że nie ma technicznej możliwości wykonania Srk bez udziału AŽD Praha s.r.o., a Przystępujący nie uwzględnił w swojej ofercie tego udziału, to oferta Przystępującego nie jest zgodna z warunkami zamówienia, a przedmiot zamówienia w tym zakresie nie może być przez Przystępującego wykonany.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że oferta złożona przez Przystępującego w zakresie dotyczącym wykonania branży Srk jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z tego względu złożona przezeń oferta winna zostać odrzucona.

Zarzut nr 3

Oferta złożona przez Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie związanym z wykonaniem wzmocnienia podłoża przy użyciu gabionów.

Jednym z elementów OPZ, który był podatny na ewentualną modyfikację ze strony wykonawców jest obszar wzmocnienia skarp za pomocą gabionów. Wynika to z faktu, że istnieje alternatywna możliwość realizacji kontraktu (nieprzewidziana w OPZ) w postaci wbudowania koszy gabionowych o innych gabarytach niż wskazane w treści OPZ, przy zastosowaniu odmiennych niż wskazane w OPZ zabezpieczenia antykorozyjne, zastosowania innych materiałów do wypełnienia kosza gabionowego, a także wykonania wzmocnień skarp za pomocą gabionów na mniejszej powierzchni niż wynika z OPZ. Przyjęcie odmiennych zasad realizacji kontraktu, a co za tym idzie jego wyceny, pozwoliło Przystępującemu na osiągnięcie adekwatnych oszczędności, które pozwoliły mu na złożenie korzystniej cenowo oferty.

Należy jednak zwrócić uwagę, że takie modyfikacje nie były dozwolone na etapie złożenia oferty. Przewiduje je dopiero Treść Kontraktu w Klauzuli 13. Klauzula ta przewiduje, że zmiany w sposobie realizacji Kontraktu będą możliwe wyłącznie po przejściu sformalizowanej procedury zmiany, która odbywa się przy udziale Inżyniera Kontraktu. Oznacza to, że żaden wykonawca (przed podpisaniem umowy oraz przejściu ww. procedury) nie może przyjąć odmiennych założeń projektowych związanych z realizacją Inwestycji.

W kontekście powyższych rozważań warto zwrócić uwagę, że ilość gabionów do wykonania

w ramach inwestycji wynika wprost z treści wiążącego kosztorysu i wynosi ona 89 718 m³. Potwierdza to również treść specyfikacji technicznej. Formę i technologię wykonania gabionów określa natomiast projekt wykonawczy dla części 16.1. stanowiący załącznik do SWZ

(a konkretniej do OPZ).

Zgodnie z treścią specyfikacji technicznych wykonania robót składających się na OPZ, przedmiaru oraz projektu gabiony należy wykonać w następujący sposób:

- (a) Materiał: jak wynika ze specyfikacji ST 02.20 pkt. 2 do wykonania gabionów należy wykorzystać następujące materiały:
 - (i) Kosze gabionowe z siatki odpornej na warunki atmosferyczne, z dodatkowym zabezpieczeniem powłoką z PVC oraz elementy łączące poszczególne ściany koszy;
 - (ii) Materiał balastowy w postaci kamieni dużych rozmiarów o maksymalnym wymiarze 200 mm;
- (b) Układanie kosza gabionowego wraz z wiązaniem;
- (c) Transport materiału balastowego;
- (d) Wypełnienie kosza materiałem balastowym.

Wymienione powyżej pozycje (pkt 47 lit a-d) składają się na wycenę tej części zamówienia. Analizując ofertę złożoną

przez Przystępującego należy dostrzec, że jest ona w tym zakresie o 58% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (z uwzględnieniem oferty Przystępującego)

Cena jednostkowa zaoferowana przez Przystępującego nie pokrywa rynkowych cen takich koszy, które kształtują się na poziomie od 180,96 pln netto/m³ do 214,35 pln netto/m³ (takie oferty Odwołujący pozyskał na etapie przetargu). Z treści oferty (w tym przedmiarów i RCO), a także Wyjaśnień nie wynika również kwota na pokrycie kosztów robocizny związanej

z montażem i wypełnieniem koszy. Oznacza to, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać gabionów zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ (co potwierdzają załączniki w postaci ofert podwykonawczych uzyskanych przez jednego z Konsorcjantów).

Materac gabionowy i kosz gabionowy to zbliżona do siebie konstrukcja: element przestrzenny z siatki stalowej wypełniony kamieniem o średnicy większej niż wymiar oczka kosza gabionowego lub materaca. Podobną informację możemy znaleźć na stronie firmy Nector wskazanej w Wyjaśnieniach w odpowiedzi na pytania nr 13 Przystępującego.

Informacja na stronie Nector została przedstawiona w następujący sposób: „Podobnie

jak gabiony, materace gabionowy są wykonywane w formie prostopadłościennych skrzyń. Zasadniczą różnicą jest wysokość materaca przy jednocześnie dużej powierzchni (długość

i szerokość). Przyjmuje się, że materac może mieć wysokość 0,3m, powyżej to już gabion”.

Obliczając wartość wykonania materaca gabionowego z pozycji nr 37 i 38 czyli konstrukcji bardzo podobnej do gabionu możemy wywnioskować, że 1 m³ wykonania materaca gabionowego został wyceniony na kwotę 1886,98 pln netto.

Kwota ta jest znacząco wyższa niż koszt wykonania gabionów dla Inwestycji dla 1 m³ niż

w cenie przyjętej przez Przystępującego na poziomie 235,94 pln m³.

Konsorcjum wykonało kalkulację na stawkach z roku 2022 minimalnej ceny zakupu i dostawy kosza gabionowego o objętości 1 m³ przy zachowaniu wszelkich wymogów wskazanych przez Zamawiającego w OPZ. Z uwagi, że wartość robót w ofercie Przystępującego w pozycji 3.1 Wykonanie gabionów wynosi 21 168 084,92 PLN netto Konsorcjum przygotowało wycenę

tej pozycji na wartość 21 000 000,00 z której wynika, że Przystępujący musiałby zakupić wraz z dostawą kosz gabionowy o objętości 1,00 m³ w cenie 35,30 pln netto.

Zgodności z warunkami zamówienia nie potwierdza również oferta Nector, którą Konsorcjum uzyskało dla podobnego zakresu zadania związanego z gabionami. Ceny w tej ofercie nie potwierdzają założeń ilościowych i cenowych przyjętych przez Przystępującego. Już z tego zestawienia wynika, że ilość koszy, które mają zostać użyte na poczet wykonania gabionów jest znacznie zaniżona w stosunku do tej wynikającej z dokumentacji składającej się na OPZ.

Analiza Wyjaśnień złożonych przez Przystępującego prowadzi do wniosku, że wykonawca ten przygotował złożoną przez siebie ofertę niezgodnie z warunkami zamówienia również

w zakresie, który odnosi się do wykonania tzw. platform roboczych.

Wykonanie ww. platform, jak zostanie wykazane poniżej, jest obowiązkiem każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia skonkretyzowanym wprost w treści dokumentów składających się na OPZ. Oznacza to, w świetle wybranej przez Zamawiającego formuły realizacji zamówienia, że żaden wykonawca nie może odstąpić od ich realizacji lub zmodyfikować wiążącego sposobu ich wykonania.

Powyższe zastrzeżenia zdaje się jednak pomijać Przystępujący, który w treści swojej wyceny przyjął alternatywny sposób wykonania platform roboczych, który jest wprost niezgodny

z wiążącą dokumentacją projektową, jednak pozwala na osiągnięcie wymiernych korzyści

na etapie właściwej realizacji zamówienia. W tym miejscu należy jednak zastrzec, że takie korzystne odstępstwa są możliwe jedynie na etapie realizacji umowy, po uzyskaniu stosownych zgód, a nie na etapie wyceny ofert.

W sprawie bezspornym jest, że obowiązkiem przyszłego wykonawcy zamówienia jest wykonanie tzw. platform roboczych, które zostały wskazane przez Zamawiającego

w przedmiarze robót numer 16 pod kodem identyfikacyjnym 2.14-2/5 w ilości 188 118 m².

Zgodnie z obowiązującymi specyfikacjami technicznymi Platforma robocza została zdefiniowana w nast. sposób:

- (a) „Warstwa zagęszczonego gruntu – piasku, uformowana w celu umożliwienia ruchu ciężkiego sprzętu stanowiąca jednocześnie dolną część formowanego nasypu drogowego po wykonaniu kolumn.” - ST.02.15 pkt 1.4
- (b) „wyrównana i stabilna powierzchnia robocza przystosowana do ciągłej pracy sprzętu budowlanego o masie 80 ton w trudnych warunkach pogodowych” – ST.18 pkt. 5.4

Zamawiający w treści dokumentów składających się na OPZ określił formę, w jakiej mają zostać wykonane owe platformy robocze (zob. załączniki do odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ z 9 listopada 2022 roku).

Wymagania w tym zakresie zostały ukształtowane w następujący sposób:

- (a) ST 02.15 Wykonywanie wzmocnienia podłoża gruntowego metodą kolumn betonowych z głowicą żwirową pkt. 2.2 [...] „Z uwagi na fakt, że platforma robocza stanowić będzie integralna część nasypu drogowego, musi być zgodna z wymaganiami stosownej specyfikacji” [...].
- (b) ST 02.17 Wykonywanie wzmocnienia podłoża gruntowego metodą RIC pkt. 2.2 [...] „Z uwagi na fakt, że platforma robocza stanowić będzie integralna część nasypu drogowego, musi być zgodna z wymaganiami stosownej specyfikacji.” [...]
- (c) ST 02.19 Wykonywanie wzmocnienia podłoża gruntowego metodą kolumn betonowych pkt. 2.2 [...] „Z uwagi na fakt, że platforma robocza stanowić będzie integralna część nasypu drogowego, musi być zgodna z wymaganiami stosownej specyfikacji.” [...]
- (d) ST 02.19 Wykonywanie wzmocnienia podłoża gruntowego metodą kolumn betonowych pkt. 8.1 „Po wykonaniu kolumn, sprawdzeniu ich nośności, należy zbadać platformę roboczą w następujący sposób: Do określenia modułu E2 proponuje się wykorzystać badanie statyczną płytą VSS (o średnicy 300 mm). [...] Zagęszczenia warstw nasypu zalegającego bezpośrednio nad platformą roboczą, należy prowadzić zgodnie z wymaganiami specyfikacji technicznej robót ziemnych oraz stosownymi Normami. Platformę roboczą uznaje się za wykonaną poprawnie, gdy moduł E2 mierzony jedną z metod wymienionych powyżej będzie wynosił 45MPa. Roboty uznaje się za wykonane zgodnie z Dokumentacją Projektową, ST i wymaganiami Inżyniera, jeżeli wszystkie pomiary i badania dały wyniki pozytywne.” – Postanowienie ten określa wprost, że platforma robocza musi występować po wykonaniu kolumn oraz ma posiadać określone parametry. Nadto jest ona elementem dokumentacji projektowej służącej do wyceny przedmiotu zamówienia.

Z powyższych zapisów wynika również niezbicie, że platformy robocze muszą zostać uwzględnione do wykonania na etapie składania ofert. Ponadto, treść rzeczonych zapisów specyfikacji świadczy o tym, że materiał wykorzystany przez wykonawcę do wykonania platformy roboczej nie może zostać usunięty z miejsca wbudowania, ponieważ platforma będzie tworzyła część podłoża pod dalsze warstwy konstrukcyjne torowiska.

W powyższym zakresie należy mieć nadto na uwadze to, że każdego wykonawcę obowiązują – obligatoryjnie – rzędne wysokościowe torowiska. Oznacza to, że wykonawca nie może wybudować torowiska wyżej lub niżej niż zakłada projekt. Prawidłowe umiejscowienie

/usytuowanie platformy roboczej jest niezbędne do wykonania wzmocnienia podłoża

za pomocą kolumn betonowych. Wszelkie błędy w tym zakresie będą skutkowały niemożnością zastosowania technologii wzmocnienia podłoża wybranej przez Zamawiającego lub nieprawidłowością ich wykonania.

Kolumny wykonywane są z poziomu platformy roboczej na co wskazuje chociażby postanowienie ST 02.19 pkt. 5.4.1 dotyczący opisu technologii kolumn betonowych „Kolumny są wykonywane z poziomu platformy roboczej, którą stanowi warstwa gruntu niespoistego (materiał zgodny z pkt. 2.2 niniejszej ST), o miąższości od 0,3 do 1,0 m.”. Postanowienie ten potwierdza, że skoro mamy zaprojektowane rzędne i długości kolumn, to na etapie przetargu nie możemy zakładać modyfikowania rzędnej platformy, tudzież usypiania jej bezpośrednio na grunt. Takie działanie byłoby wprost niezgodne z treścią dokumentacji składającej się na OPZ.

Zakładanie manipulacji platformą na etapie przetargu powoduje również zmianę długości kolumn. W związku z powyższym jest to kolejny argument przemawiający za tym, że konieczne jest wykopanie materiału, a potem zastąpienie go materiałem do wykonania platformy roboczej, aby w każdej sytuacji zapewnić odpowiedni poziom względem długości kolumn.

Odwolujący poniżej pragnie zaprezentować sposób wykonania wzmocnień za pomocą platform roboczych, o których mowa powyżej. Cele uwiarygodnienia argumentacji na potrzeby niniejszego odwołania posłużono się prawdziwym, zaprojektowanym rozwiązaniem obowiązującym na innym odcinku inwestycji w km 161+350 rys. nr P224-PW-PWZ-01-000-3116-10.3. Zaprezentowane poniżej rozwiązania obrazują prawidłowy sposób wykonania wzmocnień w sposób, który odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w treści OPZ. Jednocześnie jest to jedyny dopuszczalny sposób wykonania tego zakresu zamówienia.

W ramach inwestycji objętej Postępowaniem przewidziano wykonanie platform roboczych zgodnie z wytycznymi opisanymi powyżej przez Odwołującego, które muszą być przestrzegane i uwzględnione w cenie ofertowej przez

wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W wariancie wykonawczym przyjętym przez Przystępującego na potrzeby wyceny oferty nie sposób mówić o wykonaniu platformy, ponieważ jej (funkcjonalną) rolę przejmuje wykonany nasyp, który i tak jest w zakresie podstawowych robót ziemnych. Takie rozwiązanie jest więc niezgodne z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze powyższe w pozycji dotyczącej wykonania platform roboczych powinny zostać uwzględnione następujące składniki:

(a) Materiał: W odniesieniu do specyfikacji ST 02.19 pkt. 2.2 platforma robocza musi być wykonana z gruntu naturalnego tj. – żwiru (Ż) lub pospółki (Po) lub piasku (Pr, Ps lub Pd), o określonych parametrach fizycznych. Dodatkowo projekt wykonawczy wskazuje, że platforma robocza ma być warstwą filtracyjną dla wód opadowych, precyzując współczynnik filtracji $k \geq 8$ m/dobę.

(b) Wykop pod platformę roboczą: W pkt. 2.2 specyfikacji ST 02.19 znajduje się postanowienie wskazujące na to, że platforma robocza stanowić będzie integralną część nasypu. Prace wzmocnieniowe wykonuje się z poziomu platformy roboczej, w związku z czym, góra kolumn, jest w przybliżeniu, poziomem platformy roboczej. Platforma wraz ze swoją miąższością pozostaje w konstrukcji nasypu. Od tego poziomu wykonuje się warstwę wyrównującą, a następnie materac geosyntetyczny. W celu prawidłowego wykonania platformy roboczej, należy wykopać grunt nienośny i zastąpić go materiałem zgodnym z projektem. Jeżeli nie wykona się wykopu, a jedynie nasypie się materiał, okaże się, że jesteśmy na poziomie góry materaca geosyntetycznego, więc wykonaną platformę i kolumny, będzie trzeba zebrać przynajmniej do poziomu dołu materaca, po wykonaniu kolumn.

(c) Wbudowanie materiału: Po wykonaniu wykopu, należy wbudować odpowiedni materiał i zagęścić go do osiągnięcia odpowiedniego parametru.

Oferta złożona przez Przystępującego nie respektuje opisanych powyżej warunków, a z jej treści (w połączeniu z udzielonymi Wyjaśnieniami) wynika, że wykonawca ten zamierza (na etapie składania ofert) wykonać przedmiot zamówienia niezgodnie z jego precyzyjnymi warunkami.

10 października 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, a w uzasadnieniu swoje stanowiska wskazał m.in.

Zarzut nr 1

Po przekazaniu przez Zamawiającego informacji o unieważnieniu postępowania Somonino 1, Odwołujący 2 listopada 2023 r. wystąpił o udostępnienie protokołu z postępowania zgodnie

z postanowieniem art. 74 Pzp. Zamawiający udostępnił protokół wraz z załącznikami

6 października 2023 r. Należy więc przyjąć, że Odwołujący zapoznał się z Wyjaśnieniami Przystępującego w dacie otrzymania protokołu. Na czynność unieważnienia postępowania Somonino 1 odwołanie złożył Budimex – Przystępujący w niniejszym postępowaniu.

W konsekwencji Zamawiający podniósł, że zarzut nr 1 został wniesiony po upływie ustawowego terminu. W jego ocenie Odwołujący mógł i powinien zaskarżyć utajnienie wyjaśnień Przystępującego już na etapie decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania.

Ponadto Zamawiający zupełnie nie zgadza się z zarzutem, że Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji jak również, że zastrzeżenie dotyczy całej oferty a nie informacji. W ocenie Zamawiającego w Wyjaśnieniach Przystępujący dokładnie opisał i przedstawił wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, wskazał także dokładnie konkretne informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Po dokonanej analizie Zamawiający przyjął te wyjaśnienia w całości jako spełniające ustawowe przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wg art. 11 uznk.

Nie można się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że OPZ zamówienia na Odcinku A – niniejsze postępowanie, nakłada obowiązek zapewnienia współpracy ze strony spółki AŽD Praha s.r.o. (AŽD) w postaci obowiązku zlecenia podwykonawstwa lub wspólnego ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Wg PFU pkt „2.2.1 Koordynacja z innymi Inwestycjami”: „Wykonawca jest zobowiązany realizować przedmiot zamówienia w ścisłej współpracy z wykonawcami innych inwestycji realizowanych / przygotowywanych przez Zamawiającego i innymi podmiotami na obszarze objętym niniejszą inwestycją i obszarze jej oddziaływania”. W zakresie oddziaływania zamówień realizowanych na sąsiednich odcinkach, np. Odcinku D, w celu umożliwienia realizacji prac przez wykonawcę Odcinka A, Zamawiający zapewnia współpracę Wykonawcy Odcinka D w analogicznych zapisami, tj. w PFU Odcinka D pkt „2.2.1 Koordynacja z innymi Inwestycjami”: „Wykonawca jest zobowiązany realizować przedmiot zamówienia w ścisłej współpracy z wykonawcami innych inwestycji realizowanych / przygotowywanych przez Zamawiającego i innymi podmiotami na obszarze objętym niniejszą inwestycją i obszarze jej oddziaływania” Zatem w obu zamówieniach mowa jest jedynie o zapewnieniu „ścisłej współpracy ... na obszarze objętym niniejszą inwestycją i obszarze jej oddziaływania” systemu między odcinkiem LOT D i LOT A.

W żadnym zapisie SWZ nie wskazano aby producent lub dostawca urządzeń Srk dla Odcinka D, w tym przypadku AŽD musi uczestniczyć w realizacji zamówienia w pełnym zakresie

np. jako dostawca urządzeń dla Odcinka A) lub w ograniczonym jako podwykonawca

np. dla dostawcy urządzeń Srk dla Odcinka A.

Wskazać przy tym należy, co istotne, że spółka AŽD jako podwykonawca wykonuje prace

na Odcinku D inwestycji (Odcinek D - Roboty budowlane na linii kolejowej nr 229 odc. Glinch - Kartuzy realizowane w ramach projektu "Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto"), co oznacza, że w celu prawidłowego funkcjonowania całego systemu kolejowego na odcinkach linii kolejowych w obszarze

LCS Kościerzyna, konieczna jest m.in. współpraca wszystkich wykonawców na Odcinku A oraz Odcinku D.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający zapewnił jednak obowiązek współpracy wykonawcy Odcinka D (i jego podwykonawców) w zakresie umożliwiającym Wykonawcy Odcinka A dokonanie wyceny prac własnych odnośnie zabudowy urządzeń Srk na Odcinku A oraz w zakresie niezbędnych własnych nakładów pracy do prowadzenia współpracy

z Wykonawcą Odcinka D, których rezultatem ma być wymagana w OPZ wzajemna integracja i powiązanie systemów Srk w celu prawidłowego działania systemu kolejowego w obszarze LCS Kościerzyna.

Zamawiający opracowując założenia do OPZ dla wszystkich odcinków, zamówień w ramach całego projektu "Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto",

w szczególności dla Odcinka D oraz Odcinka A, przewidział podział obowiązków poszczególnych jego wykonawców w taki sposób, aby zaprojektowanie i zabudowa urządzeń Srk była komplementarna i mogła stanowić (po zakończeniu ich realizacji) jeden kompletny system urządzeń sterowania ruchem kolejowym na obszarze tzw. LCS, czyli Lokalnego Centrum Sterowania z siedzibą w Kościerzynie obejmującego odcinki linii kolejowej (dalej „lk”) nr 201 Kościerzyna – Żukowo Wschodnie, odcinek lk

201 Kościerzyna – Olpuch Wdzydze / Bąk, odc. lk nr 229 Glinch – Kartuzy wraz z odcinkiem lk nr 214 Kartuzy – Somonino.

Mianowicie, w pkt 3.6.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej jako: „PFU”)

Zamawiający wskazał:

„W celu umożliwienia wykonania rozwiązań technicznych w branży Srk przedstawionych

w projekcie budowlanym (urządzenia docelowe) na punktach styku z sąsiednimi kontraktami, konieczna jest wspólna koordynacja pomiędzy: (...) kontraktem zabudowy docelowych urządzeń Srk na stacji Kartuzy (powiązanie nowoprojektowanej samoczynnej blokady liniowej od strony posterunku ruchu Kartuzy i aktualizacja aplikacji sterującej na stacji Kartuzy, włączeniem do zdalnego sterowania z LCS Kościerzyna obszaru obejmującego LCS Kartuzy, uzależnienie przejazdu w km 6,534 na Lk214 wraz z przeniesieniem UZK)”

Odwołujący nie ma racji twierdząc, że Wykonawca Odcinka A ma nawiązać i zapewnić

na własne ryzyko i na własny koszt współpracę z Wykonawcą Odcinka D, określając taki rodzaj współpracy jako współpraca w zakresie „interfejsu zamkniętego”. Wobec obowiązków Wykonawcy Odcinka A w zakresie powiązania projektowanych w ramach niniejszego zamówienia urządzeń Srk z urządzeniami Srk na sąsiednich/ stycznych odcinkach,

to Zamawiający gwarantuje współpracę Wykonawców tych odcinków stycznych. Powyższe gwarancje Zamawiający zamierza realizować przez zobowiązania kontraktowe wobec Wykonawcy Odcinka D wynikające w szczególności z:

Pkt 2.2.1 PFU dla odcinka D

„Koordynacja z innymi Inwestycjami”:

„Wykonawca jest zobowiązany realizować przedmiot zamówienia w ścisłej współpracy

z wykonawcami innych inwestycji realizowanych / przygotowywanych przez Zamawiającego

i innymi podmiotami na obszarze objętym niniejszą inwestycją i obszarze jej oddziaływania.

Dla zapewnienia spójności pomiędzy zadaniami inwestycyjnymi oraz zapewnienia optymalnego wykorzystania przeznaczonych na te zadania środków finansowych Zamawiający wymaga od Wykonawcy współpracy z Wykonawcami w szczególności następujących inwestycji:

- 1)Zaprojektowanie i wybudowanie urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz urządzeń teletechnicznych i telekomunikacyjnych na odcinku linii kolejowych 201, 214 i 229 w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto” – odcinek A.”

B) w pkt 3.4.1. PFU dla Odcinka D zawarto postanowienie:

„Budowa wszystkich nowobudowanych i przebudowywanych systemów i urządzeń Srk warstwy podstawowej, stacyjnych, liniowych, przejazdowych obejmuje również:

- zabudowę niezbędnych do ich poprawnej pracy, kabli lokalnych,
- zabudowę, na długości posterunków ruchu, koryt kablowych/kanalizacji kablowej przeznaczonej dla umieszczenia ww. kabli magistralnych i lokalnych,
- włączenie tych systemów i urządzeń do budowanej w ramach zadania, sieci telekomunikacyjnej w celu umożliwienia wymiany danych między nimi, jak również z innymi systemami,
- usunięcie kolizji z istniejącymi obiektami i urządzeniami.
- Wszystkie wyżej wymienione systemy i urządzenia Srk należy:
- włączyć do sterowania i kontroli w systemie nadrzędnym, zainstalowanym w: LCS Kościerzyna, LCS Kartuzy oraz LCS Osowa.

C) 3.4.1.1.1 PFU Urządzenia stacyjne 3) Stacja Kartuzy

Na stacji zostaną zabudowane nowe, komputerowe urządzenia Srk sterowane miejscowo z nastawni „Ky” z możliwością sterowania zdalnego z LCS Kościerzyna.

Istniejące pomieszczenia w nastawni na stacji Kartuzy należy dostosować do zabudowy nowych urządzeń zgodnie ze specyfikacją dostawcy urządzeń.

D) 3.4.1.3.13.6 Wymagania dla urządzeń Srk umożliwiające ich powiązanie z innymi urządzeniami/systemami Srk – interfejsy

W przypadku zabudowy urządzeń sterownia ruchem kolejowym w technologii komputerowej Wykonawca opracuje i przekaże Zamawiającemu w formie dokumentacji technicznej (specyfikacji interfejsu) specyfikację warunków koniecznych, mających na celu umożliwienie współpracy (powiązania) urządzeń zabudowywanych w ramach niniejszego zadania

z urządzeniami/systemami sterowania ruchem kolejowym, które potencjalnie mogą z nimi współpracować.

Cytowane przez Odwołującego odpowiedzi na pytania udzielone w postępowaniu przez Zamawiającego – pytania 149-151, w żaden sposób nie zawierają wymogu współpracy z AŻD w sposób jak twierdzi Odwołujący.

W odpowiedzi Zamawiający każdorazowo określił:

„[...] szczegółową specyfikację interfejsu należy ustalić indywidualnie z producentem urządzeń stacyjnych.”
Jednocześnie z przywołanych powyżej w lit E) niniejszego pisma zapisów PFU Odcinka D (3.4.1.3.13.6 Wymagania dla urządzeń Srk umożliwiające ich powiązanie z innymi urządzeniami/systemami Srk – interfejsy) wynika obowiązek Wykonawcy Odcinka D opracowania specyfikacji interfejsu po stronie urządzeń Srk zabudowanych na Odcinku D.”

Z tak udzielonej odpowiedzi nie wynika przecież, że Zamawiający narzucił obowiązek uzyskania oferty od AŻD jako producenta urządzeń stacyjnych. Mowa jest tutaj jedynie

o zapewnieniu jednorodności w zakresie funkcjonalnym systemu kolejowego w obszarze LCS Kościerzyna, tj. zapewnieniu integracji, kompatybilności i prawidłowości działania urządzeń Srk na wszystkich odcinkach linii kolejowych w obszarze LCS. Zaś wybór producenta urządzeń Srk na Odcinku A ma dokonać sam oferent, przy jednoczesnej odpowiedzialności

za integralność, kompatybilność i prawidłowości działania i współpracy takich urządzeń Srk

z innymi na sąsiednich odcinkach (w tym na Odcinku D).

Co do postanowienia PFU o konieczności aktualizacji oprogramowania urządzeń Srk

na Odcinku D, o której mowa w pyt. 149-151 oraz udzielonych odpowiedzi Zamawiającego

na te pytania, wykonanie aktualizacji jest rozumiane jako zmiany oprogramowania w zakresie implementacji interfejsu do zabudowanych już urządzeń Srk na Odcinku D do przyszłych urządzeń Srk na Odcinku A w celu powiązania i zapewnienia prawidłowej pracy urządzeń

Srk w obszarze LCS Kościerzyna.

Wg wiedzy Zamawiającego, a także producentów srk, każdy projektowany interfejs pomiędzy komputerowymi urządzeniami Srk jest przygotowywany w oparciu o dokumentację (specyfikacje) interfejsów udostępnianą przez producentów urządzeń. Implementacja interfejsu pomiędzy urządzeniami różnych producentów może wymagać modyfikacji/ aktualizacji ich oprogramowania w zakresie zapewnienia prawidłowego działania tegoż interfejsu i powiązanych nim urządzeń.

Zarzut nr 3

Zamawiający w wyniku analizy pozycji o znacznej wartości i jednocześnie o zaniżonych wartościach w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich ofert wezwał Przystępującego do przedstawienia wyjaśnień m.in. w zakresie ceny Wykonania gabionów.

Przystępujący w odpowiedzi potwierdził, że zaoferowana przez niego cena w zakresie gabionów jest zgodna z SWZ. Wyjaśnienia zostały przyjęte przez zamawiającego jako wiarygodne, a zamawiający nie wzywał Przystępującego do

złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Zamawiający zadał kilka pytań odnośnie gabionów:

1)pytanie nr 11 lit. aa):

„Proszę o szczegółową kalkulację każdej z poniższych pozycji których ceny jednostkowe są ponad dwukrotnie mniejsze od średniej arytmetycznej cen jednostkowych wszystkich ofert:

Projekt wzmocnień

aa) poz. 3.1 Wykonanie gabionów”

2)Pytanie nr 13.

„Prosimy o szczegółowe wskazanie kalkulacji dla oszacowania wartości pozycji 3.1. Wykonanie Gabionów dla części 16 Projekt wzmocnień, wraz z wyszczególnieniem rodzaju

i ilości materiału oraz rodzaju prac koniecznych do zrealizowania pozycji. Prosimy o informacje czy Wykonawca przyjął do oszacowania ceny wszystkie niezbędne do prawidłowego wykonania prace opisane w STWiORB”

3)pytanie nr 15:

„15. Czy na etapie przetargu i analizy dokumentacji projektowej Wykonawca zakładał optymalizację rozwiązań projektowych dotyczących gabionów?”

Wykonawca oświadcza, że przyjął do oszacowania ceny prace zgodnie z SWZ w tym prace opisane w STWiORB, wycenił zastosowanie materiałów o parametrach opisanych w ST 02.20 Zabezpieczenie stateczności skarp gabionami opublikowanej przez Zamawiającego

9 listopada 2022 r. jako załącznik do dokumentu „Pytania i odpowiedzi do SWZ cz. VI”, natomiast ilości materiału ujęte w wycenie są tożsame z ilością wskazaną przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym.

Wyjaśnienie dotyczące kalkulacji dla oszacowania wartości pozycji 3.1 zostało zawarte

w ramach odpowiedzi na pytanie nr 11. Udzielone odpowiedzi częściowo objęte są klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd Zamawiający nie przedstawił ich w całości.

W odpowiedziach Budimex złożył także oferty podwykonawców, na podstawie których dokonał wyceny. Podmioty te, wg informacji Przystępującego od długiego czasu z nimi współpracują stąd też możliwe było wynegocjowanie korzystnych cen. Przystępujący przedstawił szczegółowe kalkulacje dla oszacowania wartości pozycji 3.1 zawarte w ramach odpowiedzi na pytanie nr 11 – odpowiedź na to pytanie objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie kwestionował przedstawionej wyceny, uznając że jest zgodna

z wymaganiami Zamawiającego, które zawarł w dokumentacji pierwotnie opublikowanej.

A takie było założenie Zamawiającego, które zostało zawarte w postanowieniach IDW: pkt 20.5 IDW - ocena zgodności ofert z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SWZ, przeprowadzona zostanie wyłącznie na podstawie analizy dokumentów i materiałów, jakie Wykonawca zawarł w ofercie.

Zamawiający złożył przedstawione przez Przystępującego oferty podwykonawców,

przy czym dokumenty te są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający po dokonaniu dogłębnej analizy przedstawionych kalkulacji Przystępującego, przyjął ofertę jako zgodną z SWZ

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty w kontekście wykonania wzmocnienia podłoża

z użyciem platform roboczych (oraz zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Przystępujący był wzywany do ustosunkowania się do kwestii wzmocnienia podłoża

z wykorzystaniem platform roboczych i zrobił to w ramach Wyjaśnień (z 31 marca 2023 r.) Ponadto Przystępujący udzielał wyjaśnień w ramach odpowiedzi na pytania nr 11 ppkt. x) oraz pytania nr 20.

W ramach pytania nr 11 ppkt. x) Zamawiający zwracał się o przekazanie szczegółowej kalkulacji pozycji, których ceny jednostkowe są ponad dwukrotnie mniejsze od średniej arytmetycznej cen jednostkowych wszystkich ofert, tj. w ppkt x) – o: Projekt wzmocnień x) poz.

1,1 Wykonanie platformy roboczej o gr. 0,5 m. Natomiast w pytaniu nr 20 Zamawiający prosił o szczegółowe wskazanie kalkulacji dla oszacowania wartości pozycji 1.1. Wykonanie platformy roboczej o gr. 0,5m dla części 16 Projekt wzmocnień wraz z wyszczególnieniem rodzaju i ilości materiału oraz rodzaju prac koniecznych do zrealizowania pozycji. Zamawiający prosił też o informację czy Wykonawca przyjął do oszacowania ceny wszystkie niezbędne

do prawidłowego wykonania prace opisane w STWiORB.

Przystępujący w odpowiedzi wskazał, że do wyceny przyjął wartości wprost pochodzące z oferty nr 15, która zawiera szczegółową wycenę omawianej pozycji (załącznik do pisma z wyjaśnieniami).

Dodatkowo, w ramach odpowiedzi na pytanie nr 20 Przystępujący potwierdził, że kalkulacja pozycji 1.1 została opracowana na podstawie SWZ,

z uwzględnieniem ST.02.19. oraz oświadczył, że przyjął do oszacowania ceny wszystkie niezbędne do prawidłowego wykonania prace opisane w STWiORB.

Odpowiedź udzielona została także na pytanie o ilość materiału przyjętą do wyceny, którą oszacował na 94 059 m³.

Przyjęty do wyceny rodzaj materiału jest zgodny z pkt. 2.2. Grunt

do wykonania platformy roboczej, a pozyskanie ww. materiału Budimex założył z wykopów prowadzonych w ramach przedmiotowej inwestycji.

Zamawiający informuje, że poza wszystkimi wyjaśnieniami kwestia platform pojawiła się także w ofercie podwykonawcy Richert - załącznik nr 15. Oferta podwykonawcy jest kompleksowa – tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego należy czytać łącznie ze złożoną ofertą podwykonawcy, która wskazuje dokładnie, jakie elementy zostały przyjęte do wyceny. Cena przyjęta w ramach tych pozycji pochodzi z kompleksowej oferty podwykonawcy przyjętej całościowo, co widać po opisie pozycji. Na tej podstawie Zamawiający powziął informację, że wykop ma w cenie też doziarnienie, ulepszenie, utylizację i transporty i to nie budziło wątpliwości po analizie na etapie wyjaśnienia treści oferty / badania ceny.

Zamawiający wskazał również na wartość platform roboczych w ofercie Przystępującego: 1 106 133,84 zł, przy całkowitej wartości przedmiotu zamówienia opiewającej na kwotę

1 579 609.909,92 zł, jest to więc wartość 0,07% nie mająca szczególnego znaczenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron

i Przystępującego zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody z pism i dokumentów.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego i Przystępującego dotyczącej podniesienia zarzutu nr 1 odwołania po upływie ustawowego terminu. W sytuacji, gdy Zamawiający podjął decyzję o zakończeniu postępowania przez jego unieważnienie wykonawca nie miałby interesu do podniesienia zarzutów zmierzających do odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Przystępującego. Z tego względu Izba uznała, że przedmiotowy zarzut podniesiony na etapie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie podlega odrzuceniu jako spóźniony.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

8 marca 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień, w którym zawarł 96 szczegółowych pytań dotyczących zamierzonego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

31 marca 2023 r. Przystępujący w odpowiedzi na to wezwanie złożył pismo wraz z dowodami, które w części zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia Przystępujący wskazał m. in.:

„Informacje zawarte w wyraźnie oznaczonej treści niniejszego pisma (w pkt III „Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy w zakresie treści oferty” – w odniesieniu do odpowiedzi na pytania

nr 11, 12, 29, 56, 57, 58, 67 oraz w załącznikach nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 i 19 stanowiących uzupełnienie oraz potwierdzenie prawidłowości założeń przyjętych do złożonych wyjaśnień opisanych w pkt III) odnoszą się do szczegółowych kwestii związanych z częściami składowymi ceny zaoferowanej przez Wykonawcę, w zakresie wyceny niektórych elementów związanych z wyceną branży drogowej, hydrotechniki, projektu wzmocnień, branży torowej, branży elektrycznej, branży linii potrzeb nietrakcyjnych czy branży trakcyjnej. W zakresie tych elementów Budimex przedstawia do wiadomości Zamawiającego oferty uzyskane od podwykonawców i dostawców,

które to oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Budimex. W tym miejscu Wykonawca zwraca uwagę na fakt, że współpraca (a jednocześnie w konsekwencji wiedza na temat uzyskiwanych cen od podwykonawców) ma istotne znaczenie gospodarcze. Ujawnienie tych informacji naraża Budimex na ryzyko przechwycenia lub utrudnienia realizacji kontraktów. Kontrakty już zawarte z dostawcami zawierają obwarowane sankcjami cywilnymi klauzule o zastrzeżeniu poufności, nakazujące zastrzegać zarówno wynegocjowane ceny, jak i nawet sam fakt zawarcia umowy. Naruszenie tych klauzul, pomijając już sam fakt ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej przez Budimex, narusza również relacje na przyszłość, podważając wiarygodność Wykonawcy jako wiarygodnego i godnego zaufania partnera handlowego. To z kolei może powodować trudności w zawieraniu kontraktów na dostawy w przyszłości. Zaistnienie tego rodzaju zdarzenia miałooby w najwyższym stopniu wymiar negatywny dotycząc niemal wszystkich podmiotów z grupy kapitałowej (...).

Co więcej, w odniesieniu do informacji zawartych w treści odpowiedzi udzielonych na pytania nr 11, 29, 56, 57, 58, 67, dane w nich zawarte należy podzielić na dwie zasadnicze grupy.

W odniesieniu do odpowiedzi na pytanie nr 11, Budimex zwraca uwagę na kompatybilność informacji zawartych w tej odpowiedzi z zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa ofertami podwykonawców i dostawców. Aktualna zatem pozostaje argumentacja Budimex

w odniesieniu do zasadności zastrzeżenia tych danych zaprezentowana szczegółowo powyżej. W odniesieniu zaś do odpowiedzi udzielonych na pytania nr 29, 56 – 58 i 67, Budimex zwraca uwagę, że chociaż charakter zastrzeganych informacji jest inny, również i one posiadają walor tajemnicy ze względu na przekazywanie informacji mających ścisły związek

z kwestiami handlowymi, finansowymi i organizacyjnymi Spółki, które zgodnie z przepisami ustawy Pzp i Uznk, mogą stanowić tajemnicę. W zakresie odpowiedzi nr 29, Spółka ujawnia sposób wyszczególnienia i zindywidualizowania różnych rodzajów ryzyk, które uwzględnia

w ramach swojej wyceny. Kategoria ta jest w sposób bardzo ścisły związana ze strategią działalności Spółki i stanowi jeden z najcenniejszych składników jej know-how. W odniesieniu zaś do odpowiedzi na pytania 56-58, informacje w nich zawarte świadczą o rodzajach relacji, sposobach wzajemnych rozliczeń, i metodach egzekwowania zobowiązań, funkcjonujących na linii BUDIMEX – podwykonawcy. Z samego doświadczenia życiowego z łatwością można dojść do wniosku, że tego typu dane stanowią niebywale wrażliwy składnik konkurencyjnej przewagi na rynku. Stanowiły go wcześniej, stanowią go również, a może przede wszystkim – dziś. W czasach szalejącej inflacji, działań wojennych prowadzonych z dużą intensywnością blisko granicy z Polską, a także w rzeczywistości post-pandemicznej, o konkurencyjnej przewadze na rynku decydują zbudowane przez lata relacje z kontrahentami. W sytuacji, jaka obecnie funkcjonuje na rynku, o przewadze konkurencyjnej (i wygrywaniu kontraktów) decydują ułamki, a obecnie na te ułamki przekładają się właśnie relacje i kontakty biznesowe, na które Spółka pracowała przez lata i które obecnie procentują. W odniesieniu zaś

do odpowiedzi na pytanie nr 67, Budimex zwraca uwagę, że w treści odpowiedzi zamieścił konkretne koszty elementu, wyszczególnienia którego Zamawiający nie wymagał na etapie składanej oferty. W jej ramach składnik ten był zgodnie z wymaganiami zagregowany.

W związku z tym, jako element niejako dodatkowy, przedstawiany w celu rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiającego, nie może zostać ujawniony i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki”.

Przystępujący odniósł się również do pozostałych przesłanek umożliwiających zastrzeżenia informacji, tj. wykazał, że mają one wartość gospodarczą, a także, że wykonawca podjął należyte działania dla utrzymania tych danych w tajemnicy.

Co istotne utajnione zostały konkretne dane, nie cały dokument.

W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący uzasadnił zastosowanie odstąpienia od zasady jawności w stosunku do ww. informacji. Przystępujący odniósł się przede wszystkim (co wprost wynika z przytoczonego fragmentu uzasadnienia) do konkretnych informacji objętych tajemnicą – uzasadnienie nie miało zatem uniwersalnego charakteru, co jest nagminną praktyką przy próbach powoływania się przez wykonawców na potrzebę ochrony danych przed ujawnieniem. Przystępujący wykazał więc potrzebę utajnienia konkretnych danych, co z kolei dawało podstawę do uznania, że w należyty sposób wykazał ich wartość gospodarczą. Trudno bowiem uznać, że wykonawca, który składa ogólne, uniwersalne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy może wykazać spełnienie przesłanki wartości gospodarczej. Z zasady każda informacja dotycząca przedsiębiorcy może mieć taką wartość, ale to samo w sobie nie daje podstawy do utajnienia tej informacji. Musi być to więc wartość istotna, dająca podstawę

do zastosowania wyjątku od zasady jawności. Ponieważ Przystępujący utajnił konkretne dane i do nich odniósł uzasadnienie zastrzeżenia możliwe było odniesienie jego twierdzeń o wartości do tych danych.

W należyty sposób Przystępujący wykazał również należyte zabezpieczenie informacji przed ujawnieniem.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała, że decyzja Zamawiającego o utrzymaniu zastrzeżonej części wyjaśnień Przystępującego wraz z załącznikami była w pełni zasadna, a to skutkowało oddaleniem zarzutu nr 1.

Zarzut nr 2

Zarzut oparty został na założeniu, że ze względu na konstrukcję warunków zamówienia opisanych w dokumentacji postępowania niemożliwe jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia z pominięciem udziału wykonawcy AŽD Praha s.r.o.

Po przeprowadzeniu dowodu z dokumentacji postępowania Izba uznała, że to twierdzenie Odwołującego jest niesłuszne. Zamawiający kilkakrotnie wskazywał (w odpowiedziach na pytanie do SWZ) na konieczność realizacji niektórych elementów przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem działania w porozumieniu z AŽD Praha s.r.o. Zamawiający jednak nie ustanowił, choćby w formie pośredniej, obowiązku by wykonawca ten uczestniczył w faktycznej realizacji zamówienia. Zamawiający nie narzucił też jakiegokolwiek formy współpracy z tym podmiotem, nie obwarował też sankcją przypadku nieujęcia tego podmiotu w zakładanym w ofercie sposobie realizacji zadania.

Tym samym, mimo bardzo rozbudowanej argumentacji Odwołującego Izba uznała, że była ona niezasadna już na etapie założeń podstawowych – teza będąca źródłem dalszych wywodów o niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia była nieprawidłowa.

Ponadto Izba przeprowadziła dowód z oferty Przystępującego, a także z dokumentów składanych przez tego wykonawcę w toku postępowania i dowodów złożonych

w postępowaniu odwoławczym. Ze względu na fakt skutecznego objęcia części z tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa przez Przystępującego nie jest możliwe szczegółowe podanie przyczyn, dla których Izba uznała, że Przystępujący w należyty sposób udowodnił zasadność swojego stanowiska procesowego w zakresie zarzutu nr 2. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący konstruował zarzut przede wszystkim w oparciu o domysł, co do treści wyjaśnień Przystępującego, które nie były mu znane. W tym zakresie założenia Odwołującego również okazały się nie być trafne, co z kolei prowadziło do oddalenia zarzutu nr 2.

Izba w oparciu o złożone w postępowaniu dowody uznała za prawidłowe stanowisko wyrażone w piśmie procesowym Przystępującego z 9 października 2024 r.:

„89. Przygotowując się do złożenia oferty w tym Postępowaniu Przystępujący zwrócił

się z prośbą o przedstawienie oferty do wiodących podwykonawców i dostawców, przedstawiając im w celu wyceny dokumentację Postępowania odnoszącą się do przedmiotu wyceny w branży srk.

90. Przystępujący otrzymał oferty od trzech wiodących podwykonawców i na ich podstawie, a także z uwzględnieniem własnego doświadczenia, wycenił cały zakres srk.

Dowód: oferty uzyskane przez Przystępującego na srk [tajemnica przedsiębiorstwa]

91. Wykorzystując prezentację ofert w zakresie srk z uwzględnieniem, jak tego chce Odwołujący, dwóch wariantów wyceny, tj.:

- 1)Wariant 1: oferta na powiązanie zabudowanych urządzeń innego producenta z urządzeniami srk (zabudowanie innych producentów niż AŽD Praha s.r.o.),
- 2)Wariant 2: oferta na kompleksowe wykonanie srk i zakresu teletechniki.

92. Przystępujący otrzymał znacznie niższe oferty, niż te wartości, które zostały podane w obu wariantach przez Odwołującego i przyjęte przez tego wykonawcę do wyceny (...).

95. Każdy z podwykonawców, który złożył Przystępującemu ofertę, określił w niej, że respektuje wszystkie postanowienia dokumentacji Postępowania przewidziane przez Zamawiającego. Każdy z wykonawców przedstawił wraz z ofertą RCO, z podaniem ceny za wyszczególnione powyżej pozycje, które odnoszą się również do kwestii zapewnienia powiązania (współdziałania) systemu srk pomiędzy odcinkiem LOT A i LOT D.

96. Na podstawie powyższego jest ewidentne, że Przystępujący wycenił wskazany zakres w wariantie 1 przedstawionym przez Odwołującego, jednak w kwocie znacznie niższej niż zrobił to Odwołujący (...).

98. Jeśli zaś chodzi o Wariant 2, czyli kompleksowe wykonanie zakresu srk i teletechniki, to Przystępujący wyjaśnia, że oferty, które otrzymał z rynku (te same, co do których wyszczególnił wcześniej Wariant 1), biorąc pod uwagę, że zawierały Rozbicie Cen Ofertowych (każda z nich), posłużyły one za bazę do wykonania adekwatnej wyceny całego zakresu srk

i teletechniki w ofercie Budimex. Przyjmując zatem wartości minimalne z każdej

z przedstawionych ofert, wykonawca mógłby zaoferować za sam zakres srk cenę niespełna 64 mln zł, podczas gdy wycena tego zakresu dokonana przez Przystępującego

i przedstawiona w ofercie wynosi 71.634.360,42 zł netto.

99. Za ten z kolei zakres (całość srk) Odwołujący zaoferował kwotę 90.855.109,52 zł”.

Zarzut nr 3

W części zarzutu oznaczonej literą a, podobnie jak w przypadku zarzutu nr 2 Izba uznała, że Odwołujący nie znając utajnionej części wyjaśnień złożonych w postępowaniu przez Przystępującego oparł się na założeniach, które się nie potwierdziły.

W tym zakresie Izba po przeprowadzeniu dowodu z wyjaśnień Przystępującego, z uwzględnieniem dokumentacji postępowania, uznała za prawidłowe stanowisko Przystępującego wyrażone w piśmie procesowym z 9 października 2024 r.:

„122. W odniesieniu do cen jednostkowych za wykonanie gabionów Budimex w treści złożonych wyjaśnień, Przystępujący wskazał, że w ramach niniejszego postępowania Zamawiający nie narzucił wykonawcom żadnego szczególnego sposobu przygotowania kalkulacji, z zastrzeżeniem, by kalkulacja ta uwzględniała absolutnie wszystkie wymagania Zamawiającego wynikające z pierwotnie opublikowanej dokumentacji postępowania i odpowiedzi na pytania wykonawców. Na taką interpretację postanowień dokumentacji wskazuje zresztą sam Zamawiający określając, że wyklucza możliwość żądania od oferentów na etapie oceny ofert nowych dokumentów i materiałów, stwierdzając w punkcie 20.5 IDW, że ocena zgodności ofert z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SWZ, przeprowadzona zostanie wyłącznie na podstawie analizy dokumentów i materiałów, jakie Wykonawca zawarł w ofercie.

123. (...) Przystępujący wyjaśnił, że w ramach dokonanej przez siebie wyceny omawianego elementu oparł się o realne, aktualne ceny sprawdzonych podwykonawców, współpracujących z Wykonawcą najczęściej na zasadzie podzlecania im określonych pakietów robót. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego i celem rozwiania wszelkich wątpliwości co do realności zaoferowanych mu cen, Budimex przedłożył Zamawiającemu oferty podwykonawców, które obejmowały swoim zakresem kwestionowane w pytaniu pozycje kosztorysowe, zebrane i przeanalizowane na etapie postępowania przetargowego chodzi

o załączniki o numerach od 1 do 19. Dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, który podtrzymuje swoją wolę utrzymania tych danych w poufności.

124. To w oparciu właśnie o te oferty podwykonawcze Budimex dokonał szczegółowych kalkulacji w zakresie wyceny wzmocnienia podłoża z wykorzystaniem gabionów, opierając

się o przedstawione ceny. Uzyskane oferty przełożyły się na odpowiednie rozbieżności zweryfikowanych rynkowo cen robót na poszczególne pozycje przedmiarowe, zgodnie z ilością i podziałem narzuconym w ramach wyceny przez Zamawiającego.

125. Oczywiście jest jednocześnie, że przedstawione oferty nie dotyczą 1:1 konkretnej pozycji, o którą pyta Zamawiający, bo tego typu podejście oznaczałoby, że wykonawcy muszą posiadać odrębne oferty na każdą z kilkudziesięciu tysięcy pozycji, o których wycenę prosił Zamawiający w ramach wyceny przedmiotu zamówienia. Jest praktyką zupełnie powszechną i standardową, że wykonawcy otrzymują od podwykonawców, dostawców i producentów oferty zagregowane, obejmujące swoim zakresem więcej pozycji, z których następnie wykonawca musi wyekstrahować, w ramach dokonywanej przez siebie wyceny, konkretnie te, które muszą zostać wyszczególnione w ramach pozycji kosztorysu. Dokładnie tak też jest i w tym przypadku, bowiem jednym z podstawowych celów przedstawienia ofert podwykonawców jest uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny za wykonanie konkretnego elementu przedmiotu zamówienia.

126. Wycena pozycji, o którą pytał Zamawiający, a więc pozycji 3.1 w zakresie wzmocnień (wykorzystanie gabionów) została przez Budimex dokonana na podstawie ofert przedstawionych Zamawiającemu pod numerami 12 i 13.

127. W odpowiedzi na pytanie 13 dotyczące przedstawienia kalkulacji dla oszacowania pozycji 3.1 wraz z wyszczególnieniem rodzaju i ilości materiału oraz rodzaju prac koniecznych

do zrealizowania pozycji, Przystępujący poza złożeniem oświadczenia o przyjęciu do wyceny wszystkich prac i materiałów określonych w ramach dokumentacji postępowania, a także poza potwierdzeniem, że przyjęte ilości materiału są zgodne z tym, co zostało określone

przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym, wskazał na szczegółowe kalkulacje

dla oszacowania wartości pozycji 3.1 zawarte w ramach odpowiedzi na pytanie nr 11. Dodatkowo, Przystępujący powołał się na oferty podwykonawców na dostawę koszy gabionowych, na wykonanie montażu gabionów, a także uwzględnił ponadto założenia wykonywania robót ziemnych z oferty trzeciej firmy podwykonawczej, w tym opis pozycji dotyczącej wykonywania wykopów uwzględniający założenia Inwestora o zaleceniu

aby materiał kamienny uzyskiwać w miejscu budowy. Dodatkowo Przystępujący wyjaśnił,

że wykonanie projektów technologicznych ujął w kosztach ogólnych oferty, zwracając jednocześnie uwagę, że sposób kalkulacji oferty na wykonanie gabionów, należy łączyć

w szczególności z odpowiedziami na pytania 11, 12 jak również 22.

128. Dodatkowo, w ramach odpowiedzi na pytanie nr 15 o założenie ewentualnych optymalizacji rozwiązań projektowych dotyczących gabionów, Przystępujący odpowiedział przecząco, chociaż jednocześnie nie wykluczył, że być może na etapie realizacji inwestycji

do optymalizacji dojdzie (w zakresie zgodnym z Warunkami Umowy). Jednak stanowczo zaprzeczył, aby takie działanie miało miejsce już na etapie przetargu i analizy dokumentacji projektowej”.

Oddalenie zarzutu nr 3a było zatem konsekwencją oparcia go przez Odwołującego

na błędnych założeniach co do stanu faktycznego, wynikających z braku wiedzy co do utajnionej części dokumentów Przystępującego.

Oceniając zarzut nr 3 w części oznaczonej literą b Izba uznała, że Odwołujący nie znając treści wyjaśnień Przystępującego i załączonej do nich oferty, uznał, że tylko jego własne rozwiązanie przyjęte jako sposób realizacji przedmiotu zamówienia jest jedynym prawidłowym rozwiązaniem. Odwołujący przyjął w konsekwencji również własną cenę za tą część przedmiotu zamówienia jako właściwą i realną.

Podobnie jak w przypadku wcześniejszych zarzutów Izba uznała, że Odwołujący oparł

się na błędnych założeniach co do przyjętego przez Przystępującego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji całe rozbudowane stanowisko Odwołującego dotyczyło okoliczności, które nie występują na gruncie oferty Przystępującego. Fakty, które podważają podstawy zarzutów znajdują się w dokumentach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego, nie mogą zatem zostać przytoczone bez ryzyka

jej ujawnienia. Z tego względu Izba jako uzasadnienie oddalenia tej części zarzutu przytacza fragment pisma procesowego Przystępującego wskazując, że dowody przeprowadzone

w sprawie potwierdziły zasadność poniższych twierdzeń:

„149. Odwołujący w ramach zarzutu nr 4 (wzmocnienie podłoża z użyciem platform roboczych) stwierdził, że Zamawiający w sposób niezasadny zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex, gdy tymczasem oferta ta jest rzekomo niezgodna z warunkami zamówienia, co miałyby w ocenie Odwołującego potwierdzać przedmiary robót oraz rozbić cenę ofertową („RCO”) złożone przez Budimex wraz z ofertą oraz wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pismem z dnia 31 marca 2023 r., z których treści miałyby wynikać

(w odniesieniu do zarzutu nr 4), że wykonawca Budimex zamierza wykonać wzmocnienie podłoża z użyciem platform roboczych, których wyceniony sposób zaprojektowania i użycia przy realizacji Inwestycji nie odpowiada treści dokumentów składających się na Opis Przedmiotu Zamówienia, tj. Budimex miał rzekomo dokonać (niedopuszczalnej na etapie opracowywania ofert) optymalizacji wykonania rzeczonych platform roboczych celem optymalizacji kosztów realizacji Inwestycji.

150. W tym miejscu Przystępujący przypomina, że w ramach swojego pisma z wyjaśnieniami z dnia 31 marca 2023 r. wyjaśniał również kwestię wzmocnienia podłoża z wykorzystaniem platform roboczych, w ramach odpowiedzi na pytania nr 11 ppkt. x) oraz pytania nr 20.

151. W ramach pytania nr 11 ppkt. x) Zamawiający prosił o przekazanie szczegółowej kalkulacji pozycji, których ceny jednostkowe są ponad dwukrotnie mniejsze od średniej arytmetycznej cen jednostkowych wszystkich ofert, tj. w ppkt x) – o: Projekt wzmocnień x) poz. 1.1 Wykonanie platformy roboczej o gr. 0,5m.

152. Dodatkowo w pytaniu nr 20 Zamawiający prosił o szczegółowe wskazanie kalkulacji dla oszacowania wartości pozycji 1.1. Wykonanie platformy roboczej o gr. 0,5m dla części

16 Projekt wzmocnień wraz z wyszczególnieniem rodzaju i ilości materiału oraz rodzaju prac koniecznych do zrealizowania pozycji. Zamawiający prosił też o informację czy Wykonawca przyjął do oszacowania ceny wszystkie niezbędne do prawidłowego wykonania prace opisane w STWiORB.

153. Udzielając odpowiedzi na zadane pytania w zakresie platform roboczych, Przystępujący wskazał, że do wyceny przyjął wartości wprost pochodzące z oferty nr 15, która zawiera szczegółową wycenę omawianej pozycji (załącznik do pisma z wyjaśnieniami).

154. Dodatkowo, w ramach odpowiedzi na pytanie nr 20 Przystępujący potwierdził,

że kalkulacja pozycji 1.1 została opracowana na podstawie SWZ, z uwzględnieniem ST.02.19. Wykonawca oświadczył też, że przyjął do oszacowania ceny wszystkie niezbędne

do prawidłowego wykonania prace opisane w STWiORB. Przystępujący odpowiedział też

na pytanie o ilość materiału przyjętą do wyceny, którą oszacował na 94 059 m3. Przyjęty

do wyceny rodzaj materiału jest zgodny z pkt. 2.2. GRUNT DO WYKONANIA PLATFORMY ROBOCZEJ, a pozyska ww. materiału Budimex założył z wykopów prowadzonych

w ramach przedmiotowej inwestycji.

155. Również zatem i w tym przypadku, udzielając odpowiedzi na zadane pytania, Przystępujący przekazał żądane informacje, które rozwiały ewentualne wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający nie wzywał następczo Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Przede wszystkim jednak Przystępujący przekazał kompleksową ofertę

podwykonawcy, z której wynika podstawa dokonania wyceny. Co istotne, Odwołujący bez znajomości treści tej oferty, mylnie zakłada podział robót korzystając z innej pozycji przedstawionego załącznika do kosztorysu, gdzie zawarte jest również doziarnienie, ulepszenie wykopu do ponownego wbudowania oraz utylizacja, chociaż są to założenia błędne, bo niezgodne z konkretną i kompleksową treścią oferty podwykonawcy (przyjętą całościowo) (...).

159. Warto zwrócić uwagę na rozbieżności między cenami zaoferowanymi przez wszystkich wykonawców za wykonanie platform roboczych, co świadczy o indywidualnej wycenie dokonanej przez każdego z wykonawców z osobna. Referując do średniej ze złożonych ofert, przy takich rozbieżnościach, jest niemal pewne, że Odwołujący będzie w stanie wysnuć wniosek mu sprzyjający przy przyjętej strategii procesowej. Jeśli jednak zwrócić uwagę na fakt, że trzech innych doświadczonych wykonawców zaoferowało cenę za ten sam przedmiot zamówienia w wysokości 10,00 zł / m2 (Torpol), 12,54 zł / m2 (Strabag) i 15 zł / m2 (Intercor), kategorię wniosek Odwołującego musi podlegać istotnej modyfikacji”.

W konsekwencji, jako wynikowe wobec wyżej omówionych, oddalone zostały zarzuty nr 4-7. Zarzuty te postawione zostały w konsekwencji tych podstawowych, a zatem opierały

się na tych samych, błędnych ustaleniach Odwołującego co do stanu faktycznego wynikającego z treści oferty i wyjaśnień Przystępującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....