

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

I.N.

Andrzej Niwicki

Protokolant:

Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2024 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 maja 2024 roku przez Odwoływających:

A) Rubau Polska sp. z o.o. (ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa),

B) Polbud Pomorze sp. z o.o. (Łącko 18, 88-170 Pakość)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostradw imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy (ul Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz)

- przy udziale uczestnika po stronie Odwoływającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1601/24: Polbud Pomorze sp. z o.o. (Łącko 18, 88-170 Pakość),

- przy udziale uczestnika po stronie Odwoływającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1602/24: Rubau Polska sp. z o.o. (ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa),

- przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 1601/24 i 1602/24: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. (ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza),

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża Odwoływających:

- Rubau Polska sp. z o.o. (ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa) w sprawie o sygn. akt KIO 1601/24,

- Polbud Pomorze sp. z o.o. (Łącko 18, 88-170 Pakość) w sprawie o sygn. akt KIO 1602/24,

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwoływającego Rubau Polska sp. z o.o. (ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa) w sprawie o sygn. akt KIO 1601/24,

- kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwoływającego Polbud Pomorze sp. z o.o. (Łącko 18, 88-170 Pakość) w sprawie o sygn. akt KIO 1602/24.

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

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1601/24

1602/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostradw imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Projekt i budowa obwodnicy Kamienia Krajeńskiego i Sępólna Krajeńskiego z podziałem na 2 części: Część 1 Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa obwodnicy Kamienia Krajeńskiego w ciągu drogi krajowej nr 25 na odcinku od km 81+100 do km 84+405 Część 2 Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa obwodnicy Sępólna Krajeńskiego w ciągu drogi krajowej nr 25 na odcinku od km 90+540 do km 96+317.

Ogłoszenie: Ogłoszenie o zamówieniu zostało umieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18

października 2023 r. pod numerem Dz.U./S S201 18/10/2023 631069-2023-PL.

Odwołujący Polbud-Pomorze sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum wykonawców: Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A., zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A. wskutek nieprawidłowego zbadania oferty tego Wykonawcy w zakresie ustalenia, czy oferent podlega wykluczeniu, a niezależnie od tego - w zakresie wyjaśnienia, czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę i jest zgodna z warunkami zamówienia, wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A., zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołanie zostało złożone wobec obu części zamówienia, w odniesieniu do czynności dotyczących ofert złożonych na wykonanie obu części zamówienia, to jest:

- części 1: Projekt i budowa obwodnicy Kamienia Krajeńskiego w ciągu drogi krajowej nr 25 na odcinku od km 81+100 do km 84+405, jak i
- części 2: Projekt i budowa obwodnicy Sępólna Krajeńskiego w ciągu drogi krajowej nr 25 na odcinku od km 90+540 do km 96+317.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieprawidłowe zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A., którego członkowie co prawda oświadczyli, że nie zachodzą w stosunku do nich okoliczności objęte hipotezą ww. przepisów, które to jednak oświadczenie pozostaje w ocenie Odwołującego niezgodne ze stanem rzeczywistym, w szczególności ze względu na naliczone kary umowne za nienależyte wykonywanie umów o zamówienia publiczne, o czym uczestnicy Konsorcjum mieli wiedzę;
- w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A., jako oferty złożonej przez wykonawców podlegających wykluczeniu;
- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A., mimo że zawiera rażąco niską cenę, a przynajmniej - mimo niedostatecznego wyjaśnienia i wykazania, że rażąco niskiej ceny nie zawiera, a to wskutek nieprawidłowego i nierzetelnego zbadania oferty i przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie RNC;
- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A., mimo że stanowi ofertę wykonania robót niezgodnie z warunkami zamówienia;
- a w konsekwencji naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Wykonawcy Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A., powtórzenie badania, oceny i wyboru oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji: wykluczenia Wykonawcy Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A. z postępowania, ewentualnie odrzucenia oferty Wykonawcy Kobylarnia S.A. i Mirbud S.A., wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, aby Wykonawca – Konsorcjum Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. wyczerpał przesłanki opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący jako uzasadnienie stawianego zarzutu przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Zamówień Publicznych. Na tle przywoływanych orzeczeń nie sposób doszukać się jakiegokolwiek uzasadnienia wywodzonych przez Odwołującego tez. Już tylko z tego powodu odwołanie w zakresie tego zarzutu podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: [...]

7. który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

8. który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; [...]

10. który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący w uzasadnieniu przywołał okoliczności towarzyszące realizacji przez spółki tworzące Konsorcjum – Kobylarnia S.A. lub Mirbud S.A. następujących umów w sprawie zamówienia publicznego:

- a) umowa nr O.WR.D-3.2410.188.2015 z dnia 14 grudnia 2016 roku na realizację zadania pn. „*Budowa obwodnicy Bolkowa w ciągu drogi krajowej nr 3 i 5*” zawarta pomiędzy spółkami tworzącymi konsorcjum w składzie Kobylarnia i Mirbud a Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowanym przez pełnomocników Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu,
- b) umowa nr 3/04/R/2019 z dnia 18 kwietnia 2019 roku na realizację zadania pn. „*Projekt i budowa autostrady A-1 Tuszyn (bez węzła) - gr. woj. łódzkiego/śląskiego od km 335+937,65 do km 399+742,51. Odcinek B - węzeł Bełchatów (bez węzła) - węzeł Kamieńsk (z węzłem) od km 351+800,00 do km 376+000,00*” zawarta pomiędzy MIRBUD a Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowanym przez pełnomocników Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi,
- c) umowa nr 53/WIR/Z/2275/2019 z dnia 29 listopada 2019 roku na realizację zadania pn. „*Rozbiórka i budowa stadionu miejskiego im. Kazimierza Górskiego w Płocku przy ul. Łukasiewicza 34 wraz z przebudową infrastruktury towarzyszącej*” zawarta pomiędzy MIRBUD a Gminą Miastem Płock.

Odwołujący nie wskazał żadnego argumentu, który uzasadniałby wykluczenie Wykonawców z postępowania.

Odwołujący nie wykazał, aby Wykonawca Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. nie wykonał któregośkolwiek z zamówień, albo aby długotrwale nienależyście wykonywał istotne zobowiązanie.

Odwołujący wskazywał na kary umowne, które miały zostać naliczone Wykonawcy Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. w związku z realizacją wskazanych powyżej kontraktów.

Jednakże jak wyjaśnił Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A., kary nie dotyczyły niewykonania umowy czy też długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań. Kary nie dotyczyły istotnej części zobowiązania. Naruszenia stanowiące podstawę naliczenia kar umownych nie wpłynęły na realizację przedmiotów zamówień z wymienionych powyżej kontraktów ani na ich jakość.

Brak odszkodowawczego charakteru kar **umownych** oznacza, że naliczenie ich przez zamawiającego nie oznacza podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wyjaśnił Wykonawca Kobylarnia S.A. Mirbud S.A., kary umowne naliczone w związku z realizacją Kontraktu Bolków uwagi na podstawie (tytuł) ich naliczenia nie sankcjonowały przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kary umowne zostały naliczone wobec:

- a) nieprzedłożenia w terminie poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstw,
- b) nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy,

i w ogóle nie odnoszą się do zobowiązań wykonawcy dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia, w tym jego prawidłowości i terminowości wykonania, **a zatem i jakości. Konsekwentnie, nie dotyczyły one istotnej części zobowiązania umownego Przystępującego wynikającego z Kontraktu Bolków.**

Jak wyjaśnił Wykonawca Konsorcjum Kobylarnia S.A., Mirbud S.A.: „kary umowne naliczone w związku z realizacją Kontraktu Bolków nigdy nie zostały w całości uznane za zasadne przez Odwołującego i nie zostały zapłacone w pierwotnie naliczonej wysokości przez Odwołującego. Spór na tle realizacji Kontraktu Bolków został rozwiązany w sposób polubowny. I tak, w wyniku przeprowadzonego na wniosek GDDKiA Wrocław postępowania o zawezwanie do próby ugodowej w dniu 12 czerwca 2023 roku doszło do zawarcia ugody pomiędzy Kobylarnia a GDDKiA Wrocław m.in. w zakresie Kontraktu Bolków („Uгода Bolków”). W Ugodzie Bolków doszło do ostatecznego polubownego rozwiązania kwestii spornych związanych z realizacją Kontraktu Bolków, w tym kar umownych naliczonych przez GDDKiA Wrocław.”

Zgodnie z oświadczeniem GDDKiA złożonym w § 5 Ugody:

„Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad niniejszym oświadcza, że z uwagi na zawarcie niniejszej Ugody oraz uznanie i zobowiązanie się KOBYLARNIA SPÓŁKA AKCYJNA do zapłaty na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad należności z tytułu kar umownych, w wysokości o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 1 Ugody, nie uznaje powyższego jako przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu lub zakresie istotnego zobowiązania, a wobec KOBYLARNIA SPÓŁKA AKCYJNA oraz MIRBUD SPÓŁKA AKCYJNA nie znajduje i nie znajdzie zastosowania sankcja wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (aktualnie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych). Strony zgodnie stwierdzają, że w przedmiotowej sprawie brak jest podstaw do ewentualnego wykluczenia po dniu zawarcia Ugody Kobylarnia Spółka Akcyjna oraz Mirbud Spółka Akcyjna z jakiegokolwiek postępowania przetargowego, czy to na

podstawie ustawy - Prawo zamówień publicznych, czy też w innym trybie do którego znajdą zastosowanie powyższe przesłanki wykluczenia, co nie wyłącza zastosowania się do prawomocnych orzeczeń uprawnionych organów lub sądów przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad”.

Zatem już sam Zamawiający w oświadczeniu stanowiącym część ugody oświadczył, że nie znajduje i nie znajdzie zastosowania sankcja wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dowodem potwierdzający prawidłowe wykonanie Kontraktu Bolków przez Wykonawcę Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. są referencje z dnia 16 maja 2024 r., z których wynika, że prace zostały wykonane z należytą starannością, zgodnie z zawartą umową, obowiązującymi normami i wiedzą budowlaną.

Potwierdzenie prawidłowego wykonania kontraktu oznacza, że nie można mówić o niewykonaniu, nienależytym wykonywaniu lub długotrwałym nienależytym wykonywaniu zamówienia, na które wskazuje art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie zachodziły zatem podstawy do uznania, że Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. wyjaśnił, że w ramach realizacji Kontraktu Tuszyn, jak i Kontraktu Płock nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazał, podstaw do odmiennego wniosku nie można wywodzić z okoliczności naliczenia kary umownej z tytułów tj.:

- a) za nieprzedłożenie w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej Umowy o podwykonawstwo (dot. Kontraktu Tuszyn);
- b) nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (dot. Kontraktu Płock);
- c) niezgłoszenia któregośkolwiek z podwykonawców, dostawców lub usługodawców oraz nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany (dot. Kontraktu Płock);
- d) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu zmiany umowy o podwykonawstwo (dot. Kontraktu Płock).

Wykonawca wyjaśnił, że kary umowne z ww. tytułów nie miały charakteru odszkodowawczego. Nawet ważne i skuteczne naliczenie ich przez zamawiającego nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (w tym nie zobowiązuje wykonawcy do jej notyfikowania zamawiającemu publicznemu). Sankcja, z uwagi na jej przedmiot, nie wpłynęła na realizację przedmiotu zamówienia Kontraktu Tuszyn, jak i Kontraktu Płock, w tym na prawidłowość i terminowość ich wykonania. Oznacza to, że nie dotyczyła jakości realizacji przedmiotu zamówienia, nie dotyczyła istotnej części zobowiązania umownego wynikającego tak z Kontraktu Tuszyn, jak i Kontraktu Płock. Zatem sam fakt naliczenia kar nie musiał być podstawą do wykluczenia wykonawcy z kolejnego postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przypadku Kontraktu Płock Zamawiający Miasto Płock złożyło oświadczenie w treści referencji z 7 maja 2024 roku. Zgodnie treścią oświadczenia Miasta Płock: „Gmina Miasto Płock potwierdza, że MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach wykonała prace projektowe i roboty budowlane w sposób należyty, w terminie przewidzianym w kontrakcie.”

Skoro zatem Zamawiający Miasto Płock potwierdziło prawidłowe wykonanie kontraktu to oznacza, że nie można mówić o niewykonaniu, nienależytym wykonywaniu lub długotrwałym nienależytym wykonywaniu zamówienia, na które wskazuje art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie zachodziły zatem podstawy do uznania, że Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Aby spełniona mogła zostać przesłanka wykluczenia opisana w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, muszą wystąpić kumulatywnie przesłanki:

- a) wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje nieprawdziwe;
- b) działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;
- c) działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie można uznać, aby Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. wprowadził Zamawiającego w błąd. W dokumencie JEDZ wykonawca jest zobowiązany przedstawić informacje na temat takich nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania. Odwołujący nie wykazał, aby Wykonawca

Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. znalazł się w sytuacji, w której doszłoby do niewykonania zamówienia lub nienależytego wykonania istotnej części zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stąd nawet gdyby Wykonawca przedstawił informacje o powyższych karach, to nie wpłynęłoby to na zmianę decyzji Zamawiającego.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wykonawca Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego. Odpowiedział na wszystkie pytania zadane przez Zamawiającego, mając na uwadze w szczególności ich treść. Nie można zatem Wykonawcy Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. zarzucić ignorancji, na którą wskazuje i którą sanuje powyżej zacytowany przepis. Nie wystąpiła zatem sytuacja opisana w powyżej zacytowanym przepisie. Jeśli nawet, w ocenie Odwołujących, Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. powinien udzielić innej, czy bardziej dokładnej odpowiedzi, to w żaden sposób nie dyskwalifikuje wyjaśnień Wykonawcy Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. Sama krytyka Odwołujących co do złożonych wyjaśnień, czy przekonanie Odwołujących o niedoskonałości złożonych wyjaśnień nie oznacza, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. jest rażąco niska.

Odwołujący pominieli, że zarzut ten wymaga wykazania, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Tymczasem argumentacja podniesiona w odwołaniach skupiona została na przedstawieniu własnego wyobrażenia Odwołujących co do sposobu odpowiedzi na pytanie, kwestionowania sposobu odpowiedzi Wykonawcy Kobylarnia S.A., Mirbud S.A., co nie jest wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest realna.

Należy zauważyć, że Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. udzielił odpowiedzi na ponad 160 pytań. Pytania skorelowane były nie tylko z ceną oferty Przystępującego, ale także (w istotnej mierze) z treścią oferty. Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. przedstawił czynniki, które umożliwiły mu zaoferowanie korzystnej ceny i jednocześnie wskazał, jakie oszczędności powyższe generuje (tak przy posiadaniu własnego sprzętu, systemu kontroli jakości). Jak wyjaśnił, oszczędności te wynikają również z załączonych do Wyjaśnień nr 1 cz. 1 i Wyjaśnień nr 1 cz. 2 umów ramowych. Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. uzupełnił tabelę (załącznik nr 4C), wskazując oczekiwane wartości i wypełniając dyspozycję zadanego pytania. Jak wyjaśnił Wykonawca Kobylarnia S.A. Mirbud S.A., Zamawiający nie żądał złożenia wraz z ofertą dokumentu, który stanowiłby uszczegółowienie ceny ryczałtowej zamówienia. Dopiero w treści Wezwania nr 1 cz. 1 i Wezwania nr 1 cz. 2 doprecyzował swoje oczekiwania w tym zakresie (przedstawiając wzór tabeli, którą należało wypełnić). Zamawiający jest uprawniony do kilkukrotnego wzywania do wyjaśnień w zakresie ceny, jeśli oczekuje bardziej szczegółowego przedstawienia informacji, bardziej szczegółowego rozbicia określonego zakresu. Nie jest tak, że Wykonawca Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. nie udzielał odpowiedzi na zadane pytania. Złożył także oświadczenie, że uwzględnił w cenie wszystkie wymagania Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał na braki w poszczególnych odpowiedziach na zadane przez Zamawiającego pytania, jednakże w wielu przypadkach wskazywane przez Odwołującego braki są jedynie wykreowane przez Odwołującego.

Zamawiający sformułował pytanie: Czy Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie koszty związane z zatrudnieniem odpowiedniej ilości kadry inżynierskiej do właściwego zrealizowania robót budowlanych? Prosimy o wykaz ilości kadry inżynierskiej (ilość osób na stanowisku: kierownik robót posiadający stosowne uprawnienia budowlane, inżynier budowy, majster) dla obiektów mostowych oraz robót branży drogowej. Z treści pytania Zamawiającego wynika wprost, iż wykonawca miał wskazać wykaz kadry inżynierskiej dla dwóch konkretnych branż.

Wykonawca Konsorcjum Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. wskazał, że uwzględnił w swojej ofercie koszty związane z zatrudnieniem odpowiedniej ilości kadry inżynierskiej do właściwego zrealizowania robót budowlanych. Wykonawca zakłada dla realizacji kontraktu następującą liczbę osób: Obiekty mostowe: Kierownik robót posiadający stosowne uprawnienia budowlane – 1 osoba, Inżynier budowy – 1 osoba; Roboty branży drogowej: Kierownik budowy – 1 osoba, Kierownik robót posiadający stosowne uprawnienia budowlane – 1 osoba, Inżynier budowy – 1 osoba.

Wykonawca przedstawił zatem wymagane informacje zgodnie z literalnym oczekiwaniem Zamawiającego. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Wykonawca nie był zobowiązany do przedstawienia personelu administracyjnego, bowiem do tego nie odnosiło się pytanie. Ponadto Wykonawca wyjaśnił, że nie jest konieczne przyjmowanie wartości takich, jak Odwołujący- tj. obliczenie wynagrodzenia Dyrektora Kontraktu przez okres 45 miesięcy, w sytuacji, gdy okres realizacji zamówienia wynosi 34 miesiące, z czego 17 miesięcy stanowi etap projektowania, a wliczając jeden okres zimowy, łącznie 20 miesięcy. Podobnie przy zamówieniu z części 2 - realizacja trwa 38 miesięcy, z tego etap projektowania 19 miesięcy, a więc realizacja 19 miesięcy, a z okresem zimowym 22 miesiące.

Powyżej przytoczony przykład wskazuje zarówno na nadinterpretację Odwołującego co do wymagań w zakresie odpowiedzi, jak również przyjętej analizy do obliczeń – Odwołujący nie wykazał, aby była ona błędna. Fakt, że

Odwołujący przyjmował inne założenia, nie oznacza, że założenia przyjęte przez Wykonawcę Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. były błędne.

Podobnie należy wskazać że w przypadku pytania dotyczącego wskazania warstw konstrukcyjnych. Zamawiający zwrócił się z prośbą o wskazanie założeń dla warstw konstrukcyjnych nawierzchni obwodnicy oraz pozostałych dróg przyjętych do skalkulowania oferty: Należy przedstawić przyjęte warstwy z podziałem na: górne warstwy konstrukcji nawierzchni, dolne warstwy konstrukcji nawierzchni, wszystkie warstwy podłoża gruntowego nawierzchni: warstwa ulepszanego podłoża, grunt rodzimy w wykopie lub grunt nasypowy w nasypie. W ramach odpowiedzi Zamawiający oczekuje wskazania rodzaju i nazw materiałów z określeniem ich parametrów, grubości oraz ceny jednostkowej dla nawierzchni obwodnicy oraz pozostałych dróg.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia cen z podziałem na dolne i górne warstwy nawierzchni. Zamawiający sformułował oczekiwanie dotyczące dolnych i górnych warstw nawierzchni - oczekiwał ich przedstawienia (o czym świadczy pierwsza część pytania). Wymóg nie dotyczył ceny jednostkowej. Jeśli Zamawiający oczekiwał rozbicia ceny, był uprawniony do zadania kolejnego, precyzyjnego pytania w tym zakresie. Z całą pewnością nie można uznać, aby Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. uchybił wezwaniu Zamawiającego. Izba podziela stanowisko, że nieprzedstawienie subiektywnie wykreowanych przez Odwołującego oczekiwań co do treści wyjaśnień Przystępującego, nie może stać za podstawą do uznania wyjaśnień Przystępującego za nieprawidłowe.

Zamawiający oczekiwał odpowiedzi na pytanie: Czy Wykonawca skalkulował w Ofercie produkcję i dostawy MMA od dostawców zewnętrznych, czy zamierza ustawić własną wytwórnię mieszanek, o jakiej wydajności? Jeśli nie to z jakiej odległości i w jakim czasie dowożona będzie mieszanka mineralno-asfaltowa na teren budowy?

Wykonawca Kobylarnia S.A, Mirbud S.A. udzielił odpowiedzi: Wykonawca informuje, że skalkulował w Ofercie własną produkcję i dostawy MMA z wytwórni z Kobylami, o wydajności 240/320 t/h. Mieszanka mineralno - asfaltowa dowożona będzie z odległości 70-80 km, w czasie około 1 godziny.

Odwołujący ocenił, że nie jest możliwe przetransportowanie MMA w czasie 1h na odległość 70-80km. Wykonawca nie skalkulował należycie kosztów transportu związanych z odległością. Rynkowa wartość transportu na taką odległość to 36zł/Mg. Transport odbywa się głównie drogami wojewódzkimi lub krajowymi. Przyjęta prędkość 80km/h jest prędkością maksymalną, jaką samochód ciężarowy jest w stanie uzyskać.

Odwołujący pominął jednak, że Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. nie wskazał, że transport wykonany zostanie w ciągu jednej godziny, ale wskazał, że transport na tym odcinku zajmie „około 1 godziny”. Transport może zająć więcej niż 1 godzinę, lub mniej czasu. Nie zmienia to faktu, że Odwołujący nie wykazał, aby nie można było wykonać dostawy w tak określonym czasie. Skoro dopuszczona jest prędkość 80 km/h, to oznacza, że jak najbardziej możliwe jest przejechanie odcinka 70-80 km w ciągu około 1 godziny. Przede wszystkim jednak Odwołujący nie wykazał, aby odpowiedź Wykonawcy miała mieć przełożenie na nieprawidłowo skalkulowaną cenę. Zarzut w tym zakresie jest więc bezzasadny.

Zamawiający wezwał także do udzielenia odpowiedzi na pytanie: Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie konieczność zaprojektowania wzmocnienia podłoża dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów Inżynierskich? Zamawiający zwraca się z prośbą o wskazanie zakresu wzmocnienia podłoża skalkulowanego w przedłożonej ofercie. Należy wskazać dla trasy głównej, dróg poprzecznych, pozostałych dróg, elementów inwestycji (np. zbiorniki itp.). Należy wskazać technologię, głębokość, powierzchnię (jeśli dotyczy), cenę jednostkową wzmocnień (jeśli cena dla tych samych wzmocnień jest uzależniona od warunków gruntowych prosimy o wyszczególnienie). Jak wyjaśnił Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A, v odpowiedzi złożył załącznik nr 7, w którym wskazał wzmocnienia podłoża, w tym informacje o przyjętej technologii, głębokości i ceny jednostkowej wzmocnień oraz zakresu.

Zdaniem Odwołującego, brak jest informacji dotyczącej szerokości projektowanego wzmocnienia, a w konsekwencji brak informacji o powierzchni wzmocnienia. W ocenie Odwołującego, brak podania szerokości uniemożliwia prawidłową ocenę, czy cena została należycie skalkulowana.

Ponownie należy wskazać, że treść pytania Zamawiającego została nadinterpretowana przez Odwołującego. Brak jest w pytaniu wprost wymienionych elementów, na które wskazuje Odwołujący. Przede wszystkim Wykonawca Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. złożył wyjaśnienia na pytanie Zamawiającego. Nawet gdyby Zamawiający oczekiwał jeszcze innego, dodatkowego zakresu odpowiedzi, gdyby odpowiedź na pytanie była niepełna, wymagała uzupełnienia, Zamawiający miał możliwość zwrócić się do Wykonawcy z kolejnym pytaniem. Sama okoliczność, że Odwołujący uznał, że występuje określony brak w odpowiedzi, czy też że Odwołujący nie ma możliwości dokonania prawidłowej oceny, czy cena została należycie skalkulowana, nie dyskwalifikuje wyjaśnień Wykonawcy i nie dowodzi, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska.

W kolejnym pytaniu Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie: Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie prowadzenie monitoringu geotechnicznego dla przyjętych założeń projektowych zgodnie z wymaganiami określonymi w PFU? Jeżeli

tak, to w jakim zakresie (obszar/pikietaż, okres prowadzenia monitoringu, planowane do wykorzystania urządzenia pomiarowe, częstotliwość pomiarów)?

Wykonawca udzielił odpowiedzi: Wykonawca uwzględnił w Ofercie prowadzenie monitoringu geotechnicznego dla przyjętych założeń projektowych zgodnie z wymaganiami określonymi w PFU. Zgodnie z zapisami SWZ, w tym między innymi PFU pkt. 1.2.3 [Wytyczne inwestorskie i uwarunkowania związane z przygotowaniem budowy i jej przeprowadzeniem], zapisami WWIORB D-M-00.00.00 [Wymagania Ogólne] oraz pozostałymi wytycznymi i normami uwzględniono w kosztach zaprojektowanie i wykonanie monitoringu geotechnicznego obiektu budowlanego, obiektów sąsiadujących i terenu przyległego, w zakresie dostosowanym do charakteru inwestycji. W ramach prowadzenia monitoringu geotechnicznego, Wykonawca, zgodnie z SWZ, przewidział i uwzględnił w kosztach między innymi punkty pomiaru zwierciadła wody gruntowej oraz elementy służące do geodezyjnego pomiaru przemieszczeń obiektów inżynierskich, konstrukcji oporowych, obiektów wrażliwych oraz nasypów o wysokości większej niż 3,0 m. Ponieważ inwestycja realizowana jest w formule „projektuj i buduj”, szczegółowe określenie zakresu i pozycji objętych monitoringiem geotechnicznym oraz monitoringiem elementów drogi i obiektów inżynierskich, wynikających z lokalizacji inwestycji, możliwe będzie na etapie opracowania dokumentacji projektowej, w tym między innymi opracowywania projektu geotechnicznego.

Z powyższego nie wynika, że Wykonawca Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. nie uwzględnił w ofercie prowadzenia monitoringu geotechnicznego. Wykonawca przywołał konkretny punkt 1.2.3 PFU, na podstawie którego przyjęto założenia dotyczące okresu i zakresu prowadzonego monitoringu. Wskazał na okoliczność, że inwestycja realizowana jest w formule „projektuj i buduj”, a więc pewne rozwiązania przyjmowane są dopiero na etapie opracowania dokumentacji projektowej. Nie jest prawdą, jak twierdzi Odwołujący, iż Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. nie przewidział kosztów monitoringu. Odwołujący poza własną interpretacją prawidłowej odpowiedzi, czy wskazywaniem braków, nie wykazał postawionych przez siebie tez. Zarzut jest więc bezzasadny.

W zakresie pytań 73 i 74 Odwołujący wskazał, że Wykonawca Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. zaniechał przedstawienia konkretnych wyjaśnień, wyliczeń i skutków zmian lub optymalizacji wynikających ze zmiany niwelety trasy głównej. W ocenie Odwołującego, Wykonawca nie przedstawił niwelety i wskazał zaniżone ilości robót ziemnych.

Pytania nr 73 i 74 brzmiały:

Czy Wykonawca przewiduje zmianę niwelety trasy głównej w stosunku do niwelety zawartej w załączniku do PFU nr 42 - STEŚ (część rysunkowa)? Jeżeli tak prosimy o wskazanie jakie założenia Wykonawca przyjął w Ofercie i jakie konsekwencje finansowe to generuje.

Czy wykonawca przewiduje obniżenie niwelety obwodnicy w stosunku do przebiegu ustalonego w STEŚ (część rysunkowa) - załącznik do PFU nr 42? Jeżeli tak, to czy uwzględnił w swojej ofercie koszty i ryzyka związane z koniecznością przeprowadzenia dodatkowego rozpoznania gruntowego oraz zaprojektowania i wykonania ewentualnych wzmocnień podłoża w przypadku wystąpienia warunków gruntowych nie zapewniających właściwej nośności podłoża?

Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na pytania wskazując, że: nie przewiduje na obecnym etapie obniżenia niwelety obwodnicy w stosunku do przebiegu ustalonego w STEŚ.

Skoro zatem Wykonawca nie przewiduje zmian na obecnym etapie, nie jest konieczne przedstawienie kosztów zmian. W konsekwencji nie jest tak, jak przedstawił to Odwołujący, że należało przedstawić wyjaśnienia i wyliczenia skutków zmiany lub optymalizacji. Ponownie należy wskazać, że niniejsze postępowanie jest prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj. Odwołujący nadinterpretował treść pytania. Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia wyliczeń czy skutków zmiany/optymalizacji wynikających z zmiany niwelety głównej. Nie oczekiwał też przedłożenia rysunku niwelety.

Odwołujący nie wykazał, aby konieczna była zmiana w zakresie niwelety i konieczne było ponoszenie dodatkowych kosztów. Nie wykazał, jakie to miały być koszty i dlaczego przyjęte przez Wykonawcę Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. koszty są niewystarczające. Nie wykazał zatem, aby cena za realizację zamówienia była nierealna. Tym samym zarzut pozostaje bezzasadny.

W odniesieniu do pytania nr 82 Odwołujący stwierdził, że Wykonawca Konsorcjum Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. nie przedstawił planowanych tras transportu oraz zakwestionował przyjętą przez tego Wykonawcę cenę jednostkową wykonania dróg technologicznych.

Zdaniem Izby, poza ogólnym stwierdzeniem, Odwołujący nie wykazał swojej tezy. Wykonawca nie przedstawił rysunków, jednakże złożył w tym zakresie wyjaśnienia, co do których Odwołujący nie wykazał nieprawidłowości. Izba miała na uwadze również okoliczność, że formułą postępowania jest „zaprojektuj i wybuduj” (o czym poniżej).

Z tych względów zarzut został uznany za bezzasadny.

Zamawiający w ramach pytania nr 84 prosił o wskazanie miejsca pozyskiwania kruszyw dla budowy dolnych warstw konstrukcji nawierzchni oraz materaca i ceny kruszywa. Wykonawca Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. udzielił odpowiedzi **Wykonawca informuje, że dla budowy dolnych warstw konstrukcji nawierzchni zamierza pozyskiwać kruszywa**

od sprawdzonych i stałych dostawców np. Lafarge Kopalnia Wapienia w Barcinie, Kopalnia Surowców Mineralnych S.Mroczek, T.Szczepańskiz siedzibą w Parsętku, Kruszywa Polskie S.A. z siedzibą w Wąglikowicach, czy Żwirownia Chojnice. Cena kruszywa- np. mieszanka niezwiązana lub grunt niewysadzinowy o CBR>35%, wynosi 67,00 zł/m³.

Z powyższego wynika, że Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. odpowiedział na pytanie Zamawiającego i przedstawił cenę kruszywa. Wezwanie nie nakładało na Wykonawcę obowiązku przedstawienia ceny w kopalni czy na budowie. Odwołujący nie przedstawił argumentów, które miałyby wskazywać, że cena jednostkowa jest rażąco niska. Wobec tego zarzut pozostaje bezzasadny.

Podobnie w zakresie pytania nr 85 Odwołujący nadinterpretował treść pytania zadanego Wykonawcy i przedstawił subiektywne wrażenie co do udzielonej przez Wykonawcę odpowiedzi. Zamawiający prosił o przedłożenie zestawienia „bilans robót ziemnych” z podziałem wg pikietażu (co 1 km), wskazanie źródła pozyskania materiału dla danego kilometraża oraz kosztu jednostkowego budowy nasypu we wskazanym kilometrażu.

Wykonawca zgodnie z treścią pytania udzielił odpowiedzi, w której wskazał: Wykonawca dla przygotowania Oferty cenowej założył dla przedmiotowego odcinka następujący bilans robót ziemnych: wykop - 68 872 m³, nasyp - 64 000 m³.

Wykonawca wskazał, że przyjęto średni koszt jednostkowy budowy nasypu z gruntu rodzimego 17,0 zł/m³. Ponadto przedstawił bilans robót ziemnych. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wymagał podania odrębnych cen jednostkowych dla poszczególnych kilometrażu, jednakże takie wymaganie nie wynika jednoznacznie z treści pytania Zamawiającego. Nawet gdyby Zamawiający oczekiwał podania bardziej szczegółowego wykazania cen, to miał możliwość zadania kolejnego pytania. Skoro Zamawiający nie zadał dodatkowego pytania, oznacza to, że odpowiedź uznał za wyczerpującą. Zarzut jest zatem bezzasadny.

Odwołujący nie wykazał także niezgodności oferty Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. z warunkami zamówienia (w części nr 2). Stąd również zarzut w tym zakresie został uznany za bezzasadny.

Jak wskazał Odwołujący, z wyjaśnień Wykonawcy Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. wynika, że założył zastosowanie jednostronnego chodnika i całkowitej szerokości obiektu 6,52 m. Tymczasem zgodnie z wytycznymi SWZ powinny być zastosowane obustronne chodniki o szerokości 0,75 m i odległości 3,60 m. Zatem min. szerokość wynosi 2x3,60 m tj. 7,20 m.

Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. wyjaśnił, że Zamawiający, dla realizacji obiektu kolejowego przekazał w załączniku nr 46 do PFU wstępne pismo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ZLK w Bydgoszczy znak IZ13DKN.2133.107.2023.4.PM.114 z dnia 13.10.2023 r., w którym wskazano, że należy dla wykonania obiektu stosować:

- Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1988 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. 1998 poz. 987 z późn. zmianami)
- przyjęte do stosowania w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., aktualne Standardy techniczne - szczegółowych warunków technicznych dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości $V_{max} < 250$ km/h. Tom III - kolejowe obiekty inżynierskie. PKP PLK S.A. podało pełną nazwę (tytuł) Standardów Wykonawca przedstawił stronę tytułową opracowania: Standardy Techniczne szczegółowe warunki techniczne dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości $V_{max} < 250$ km/h.

Jak wyjaśnił Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A., Odwołujący uznał, że nazwę opracowania (Standardy techniczne PKP) traktować należy jako wytyczne i informacje o prędkości na danej linii kolejowej. Nie jest to jednak prędkość na przedmiotowej linii kolejowej nr 281 ($V_{max} < 250$ km/h), na której ma powstać obiekt WK-2, lecz nazwa opracowania - standardów PKP. W treści dokumentu wskazane zostały odległości między osią skrajnego toru i barierką, którą należy dobrać według właśnie prawidłowej prędkości.

Odwołujący nie wyjaśnił, na czym opiera swoje twierdzenie, podczas gdy Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. wyjaśnił, że (cytat): „prędkość, dla której należy projektować obiekt na linii kolejowej nr 281 wynosi 120 km/h, a wobec tego należy przyjąć odległość między osią skrajnego toru i barierką 2,5m, czyli tak jak poprawnie założył Przystępujący. Dla tak przyjętych, poprawnych założeń, podana przez Konsorcjum w załączniku nr 6, szerokość obiektu 6,52 jest prawidłowa (tj. uwzględnia minimalną wartość odległości między osią skrajnego toru i barierką).

W kwestii lokalizacji chodników na obiekcie, Przystępujący wskazuje, że dla przyjętej szerokości 6,52m możliwe jest zlokalizowanie obustronnych chodników, w kilku wariantach. Ponieważ inwestycja realizowana jest w trybie „projektuj i buduj”, to ostateczne rozwiązania będą ustalone na etapie projektowania, przede wszystkim po uzyskaniu warunków od zarządcy linii kolejowej PKP”.

Izba przyjęła powyższe wyjaśnienia za prawidłowe. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do powyższej kwestii i nie wykazał prawidłowości swojego stanowiska. Ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym, który jednak nie wykazał niezgodności oferty Wykonawcy Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. z SWZ.

Odwołujący nie wykazał również niezgodności z SWZ parametrów przyjętych przez Wykonawcę Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. w zakresie obiektów pełniących funkcję przejść dla zwierząt.

Jak wskazał Wykonawca Kobylarnia S.A. Mirbud S.A., obiekt PZM-7 w km 1+220 opisany jest w PFU w tabeli 1.2:

3.3.2.1.3. w km około 1+220 przejście dla małych zwierząt (przepust o wysokości minimum 1,5 m, szerokości minimum 2 x 1 m oraz współczynnika ciasnoty minimum 0,13),

a ponadto, zgodnie z pkt. 2.1.16.4 ppkt.8) PFU:

2.1.16.4, tj. Drogowe obiekty inżynierskie pełniące funkcje przejść dla zwierząt

8) Przepusty a także obiekty mostowe pełniące funkcje ekologiczne podlegające przeglądom technicznym tj. o świetle pionowym co najmniej 1,5 m powinny zapewnić korytarz dla celów utrzymaniowych, o szerokości nie mniejszej 0,9 m i wysokości nie mniejszej niż 1,9 m.

Powyższe wskazuje na okoliczność, że przyjęte przez Wykonawcę Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. parametry przepustu PZM-7, szerokość w świetle 3,00m i wysokość w świetle 2,00m, spełniają wymogi PFU, w tym DŚU, są prawidłowe i zgodne z warunkami zamówienia.

Również bezzasadny jest zarzut dotyczący niezgodności z wymaganiami SWZ przepustu PZM-8 w km 3+515 z PFU.

Odwołujący stwierdził, że w przepuście PZM-8 powinny znaleźć się skarpy cieku i w związku z tym szerokość obiektu powinna wynieść min. 8,5m.

Jak wyjaśnił Wykonawca Kobylarnia S.A. Mirbud S.A., obiekt PZM-8 w km 3+515 opisany jest w PFU w tabeli 1.2. Zgodnie z jej postanowieniami, należy przyjąć parametry zgodne z DŚU, tj.:

3.3.2.1.4. w km około 3+515 przejście dla małych zwierząt zespolone z przepustem rowu (przepust o wysokości minimum 1,5 m, szerokości pasów gruntowych 2 x 1 m oraz współczynnika ciasnoty minimum 0,18), a ponadto, należy także uwzględnić wymagania pkt. 2.1.16.4 ppkt.8) PFU, tj.:

2.1.16.4 Drogowe obiekty inżynierskie pełniące funkcje przejść dla zwierząt

8) Przepusty a także obiekty mostowe pełniące funkcje ekologiczne podlegające przeglądom technicznym tj. o świetle pionowym co najmniej 1,5 m powinny zapewnić korytarz dla celów utrzymaniowych, o szerokości nie mniejszej 0,9 m i wysokości nie mniejszej niż 1,9 m.

Powyższe wskazuje na okoliczność, że przyjęte przez Wykonawcę Kobylarnia S.A. Mirbud S.A. parametry przepustu PZM-8, szerokość w świetle 3,00m i wysokość w świetle 2,00m, spełniają wymogi PFU, w tym DŚU, są prawidłowe i zgodne z warunkami zamówienia.

Zarzut został uznany za bezzasadny. Odwołujący nie wykazał niezgodności oferty Wykonawcy Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. z warunkami zamówienia.

Sygn. akt KIO 1601/24

Odwołujący Rubau Polska sp. z o.o. wniósł odwołanie od:

- czynności wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: Kobylarnia S.A. Mirbud S.A., pomimo tego, że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że złożona przez Konsorcjum oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a udzielone przez Konsorcjum wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie rażąco niskiej ceny i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

- trzykrotnego wzywania Konsorcjum przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wezwania przez Zamawiającego Konsorcjum do wyjaśnień rażąco niskiej ceny pismami z dnia: 12.02.2024 r. (pierwsze wezwanie), 13.03.2024 r. drugie wezwanie) oraz 27.03.2024 r. (trzecie wezwanie) pomimo tego, że Konsorcjum w odpowiedzi na pierwsze wezwanie pismem z dnia 04.03.2024 r. nie udzieliło wyjaśnień/lub nie udzieliło w pełni odpowiedzi na pytania Zamawiającego zawarte w pierwszym wezwaniu, a następnie udzielało dalszych wyjaśnień pismami z dnia 25.03.2024 oraz z dnia 28.03.2024 r.;

- zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że złożona przez Konsorcjum oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a udzielone przez Konsorcjum wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie rażąco niskiej ceny i nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

- zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że złożona przez Konsorcjum oferta jest niezgodna z wymaganiami zamówienia i zawiera rażąco niską cenę, w tym poprzez przyjęcie w ofercie rozwiązania/rozwiązań, które wymagają rozpoznania wykraczającego poza zakres określony w dokumentach wskazanych przez Zamawiającego w pkt 1.2. ppkt 2) oraz 2.1.15. PFU

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

poprzez powtórne wezwania Konsorcjum w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pismem z dnia 13.03.2024 r. oraz 27.03.2024 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pomimo tego, że Konsorcjum w wyjaśnieniach z dnia 04.03.2024 r. nie udzieliło wyjaśnień na pytania Zamawiającego zawarte w wezwaniu z dnia 12.02.2024 r.

- art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na to, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest rażąco niska, a udzielone przez Konsorcjum wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie rażąco niskiej ceny;

- art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. z pkt 1.2. Programu Funkcjonalno-Użytkowego w zakresie w jakim w sposób nieuprawniony Konsorcjum wkalkulowało w cenę rozwiązania/rozwiązań, które wymagają rozpoznania wykraczającego poza zakres określony w dokumentach wskazanych przez Zamawiającego w pkt 1.2. ppkt 2) oraz 2.1.15. PFU, co skutkowało zaniżeniem zaoferowanej ceny w stosunku do warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej w części nr 2;

- unieważnienie czynności wezwania Konsorcjum pismem z dnia 13.03.2024 r. (drugie wezwanie) oraz 27.03.2024 r. (trzecie wezwanie) do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;

- odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 5) i/lub pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych;

- dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący Rubau Polska sp. z o.o. nie wykazał, aby oferta Wykonawcy Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. zawierała rażąco niską cenę. Odwołujący nie udowodnił, nawet nie uprawdopodobnił swojej tezy. Sformułował jedynie ogólne zrzuty, niepoparte merytorycznymi argumentami. Nie wykazał braku możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Trafnie zauważył Odwołujący, że treść odwołania nie może mieć nieokreślonego, przykładowego charakteru, na co wskazywała nierzadko treść odwołania. Powyższe wskazuje jedynie na sygnalizowanie uchybień, bez wskazania, na czym dokładnie uchybienia miałyby polegać. Należy podkreślić, że przy tak poważnym zarzucie, jak dotyczący rażąco niskiej ceny konieczne jest jednoznaczne wykazanie przez Odwołującego braku możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę. Same niedoskonałości, jakie dostrzegł Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę Kobylarnia S.A, Mirbud S.A., nie są podstawą do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Wykonawca Kobylarnia S.A, Mirbud S.A. przedstawił wyjaśnienia, a w nich szczegółowe informacje, które pozwoliły Zamawiającemu na dokonanie analizy zaoferowanej ceny. Odwołujący nie zakwestionował poprawności kalkulacji. Skoro Odwołujący nie kwestionuje wyliczeń zaprezentowanych przez Wykonawcę Kobylarnia S.A. Mirbud S.A., to oznacza to, że nie ma zastrzeżeń co do rynkowości ceny zaproponowanej przez Wykonawcę Kobylarnia S.A. Mirbud S.A.

Odwołujący skupił się jedynie na kwestiach formalnych, w tym związanych przeprowadzeniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej. **Jak wskazano powyżej, Zamawiający ma prawo do wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień w celu dokładnego zbadania ceny, w celu doprecyzowania treści wyjaśnień, czy uzyskania jednoznacznej, wyczerpującej odpowiedzi. Istotną okolicznością w niniejszej sprawie jest fakt, że Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. złożył wyjaśnienia, odpowiedział na wszystkie zadane pytania. Nie uchylił się od odpowiedzi na ponad sto kilkadziesiąt pytań. Nawet jeśli np. w zakresie pytania nr 104 Zamawiający kilkakrotnie wzywał Wykonawcę do odpowiedzi na dodatkowe pytania – to jak wynika z treści samego wezwania nr 2 - czynił to w celu doprecyzowania i uzupełnienia stanowiska Wykonawcy.**

Uzasadnionym i prawidłowym działaniem Zamawiającego jest dokładne zbadanie oferty Wykonawcy, wysokość zaoferowanej ceny. Należy odróżnić tę sytuację od takiej, w której wykonawca w ogóle nie składa wyjaśnień – bowiem tylko takie postępowanie wykonawcy sankcjonuje art. 224 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa nie uznaje za nieprawidłowe działanie Zamawiającego polegające na kilkakrotnym wzywaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień mają zostać rozwiązane dalsze kwestie i nowe wątpliwości, lub gdy ma zostać doprecyzowane stanowisko wykonawcy.

Ponownie należy wskazać że Wykonawca Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. złożył wyjaśnienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Przedstawił robienie ceny (składając do wyjaśnień załączniki 4A, 4B, 4C. Jak wskazał, treść zadanych pytań narzucała sposób udzielenia wyjaśnień. W sytuacji gdyby Zamawiający miał wątpliwości, miał możliwość sformułowania dodatkowych pytań. W ocenie Odwołującego złożone wyjaśnienia nie są tak dokładne, jak by tego oczekiwał Odwołujący, jednak samo wskazywanie oczekiwań i niedoskonałości nie stanowi udowodnienia, że cena zaoferowana przez Wykonawcę Kobylarnia S.A., Mirbud S.A. jest nierealna. Ponownie należy przywołać argument, że

Odwołujący nie kwestionował dokonanych przez Wykonawcę Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. wyliczeń, a zatem nie zakwestionował rynkowego charakteru ceny.

Argumentacja co do braku wskazania przez Wykonawcę Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. przybliżonej lokalizacji zaleca budowy nie zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. wskazał, że „Wykonawca zamierza zlokalizować własne zaplecze kontenerowe, po uzyskaniu niezbędnych zgód, na wynajętym terenie w pobliżu budowy. Wykonawca nie wyklucza też ewentualności zapewnienia zaplecza w postaci długoterminowego wynajmu istniejącego obiektu biurowego od podmiotu zewnętrznego, w bliskim sąsiedztwie budowy.” Nawet jeśli Zamawiający powtórzył wezwanie dotyczące wskazania lokalizacji, nie oznacza to, że doszło do naruszenia przepisów ustawy. Bezsprzecnym jest, że przybliżona lokalizacja została wskazana - wbrew twierdzeniom Odwołującego. Na prośbę Zamawiającego wyartykułowaną w ramach Wezwania nr 2 Wykonawca doprecyzował lokalizację zaplecza budowy poprzez wskazanie jej dokładnego adresu.

Trafne są także retoryczne pytania stawiane przez Wykonawcę Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A., jaki jest wpływ tego rodzaju wadliwości (która nie istniała) na cenę oferty.

Istotną kwestią jest także okoliczność, że niniejsze postępowanie prowadzone jest w formule: „zaprojektuj i wybuduj.” Na tym etapie postępowania brak jest szczegółowych rozwiązań. Nie jest zatem nieprawidłowe stanowisko Zamawiającego, który uznał odpowiedź Wykonawcy Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. dotyczącą stacji transformatorowych, ich mocy, jak również zasilania rezerwowego: „Wykonawca informuje, że dopiero na etapie opracowywania szczegółowej dokumentacji projektowej pozyska warunki techniczne przyłączenia do sieci elektroenergetycznej. Wykonawca będzie dążył do zaprojektowania i wykonania zasilania (dla wymagającej tego infrastruktury) z istniejącej sieci niskiego napięcia. W przypadku braku takiej możliwości, Wykonawca uwzględnił w Ofercie rezerwę na ewentualne wykonanie abonenckich stacji transformatorowych, na warunkach określonych przez gestora sieci.” Wykonawca jednoznacznie zapewnił o uwzględnieniu rezerwy w tym zakresie, co nie daje podstaw do stwierdzenia, że zaoferowana cena takich kosztów nie przewidyje.

Odwołujący wskazał również, że Wykonawca Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. co prawda potwierdził okoliczności przyjęcia wymaganych przez Zamawiającego w PFU rozwiązań, jednak nie przedstawił szczegółowych kalkulacji pozwalających na ocenę prawidłowości zaoferowanej za nie ceny.

Zgodnie z treścią pytania nr 55: Czy Wykonawca w Ofercie uwzględnił konieczność naprawy (przywrócenia do stanu pierwotnego) dróg publicznych i wewnętrznych, które ulegną zniszczeniu przez działania lub zaniechania Wykonawcy?

Wykonawca udzielił odpowiedzi, że uwzględnił w Ofercie konieczność naprawy (przywrócenia do stanu pierwotnego) dróg publicznych i wewnętrznych, które ulegną zniszczeniu przez działania lub zaniechania Wykonawcy.

Zgodnie z treścią pytania nr 71: Prosimy o wskazanie w jaki sposób Wykonawca planuje komunikację po terenie budowy. Czy wykonawca dla realizacji robót budowlanych zakłada komunikację po terenie budowy w zakresie ograniczonym decyzją ZR1D. Jeśli nie to jakie rozwiązania i środki zaradcze Wykonawca uwzględnił w złożonej ofercie. Jaką kwotę przewidział w ofercie wykonawca na ewentualne odszkodowania z tytułu zniszczeń i szkód powstałych na skutek działań Wykonawcy na działkach poza projektowanym pasem drogowym?

Wykonawca poinformował, że dla realizacji robót budowlanych planuje komunikację po terenie budowy, w zakresie ograniczonym decyzją ZR1D. Wykonawca uwzględnił także w Ofercie kwotę na ewentualne odszkodowania z tytułu zniszczeń i szkód powstałych na skutek działań Wykonawcy w przypadku konieczności komunikacji po działkach nieobjętych decyzją ZR1D, w wysokości 250,0 tys. zł.

Zarzut Odwołującego jest niezasadny, bowiem z treści pytań nie wynika, że Zamawiający oczekiwał kalkulacji, a tym bardziej szczegółowych kalkulacji. Jak wynika z treści pytania nr 71 (do czego również odnosiła się odpowiedź Wykonawcy), Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia, czy wykonawca uwzględnił kwotę na ewentualne odszkodowania z tytułu zniszczeń i szkód powstałych na skutek działań Wykonawcy. Odwołujący niesłusznie odniósł wskazaną kwotę do dróg gminnych. Jednocześnie Odwołujący przedstawił hasło, że kwota 250 000 złotych będzie niewystarczająca na pokrycie kosztów napraw. Należy zauważyć, że jest to jedynie hasło przedstawione przez Odwołującego, które nie może zostać uznane za stanowisko poparte przekonującą argumentacją i dowodami.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących odpowiedzi na pytanie nr 28 odniesiono się w uzasadnieniu powyżej. Zarzut został uznany za bezzasadny.

Odwołujący wskazał także na niezgodność z warunkami zamówienia oferty Wykonawcy Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A., która miałyby wynikać, z treści wyjaśnień na pytania 65 i 66.

Zdaniem Odwołującego, nie został podany pełen zakres wzmocnień. Odwołujący nie wykazał jednak niezgodności. W treści odwołania Odwołujący stwierdził: „można podejrzewać, że zakres wzmocnień Konsorcjum jest znacznie mniejszy niż jest to konieczne dla zapewnienia nośności konstrukcji nawierzchni (...)”. Ponownie należy wskazać, że stawiając zarzut niezgodności z warunkami zamówienia, Odwołujący jest

zobowiązany jednoznacznie wykazać niezgodność. Samo podejrzenie Odwołującego jest niewystarczające dla wykazania zasadności zarzutu.

Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. wskazał, że złożył odpowiednie wyjaśnienia już w załączniku nr 7 - Tabela wzmocnień podłoża. W tym zakresie udzielił odpowiedzi ze wskazaniem odcinków, zakresu, technologii i głębokości wzmocnień. Jak wyjaśnił Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A., wskazano zakres wzmocnień, który określono na podstawie przekazanej przez Zamawiającego Dokumentacji Geologiczno - Inżynierskiej (DGI), poprzez wskazanie kilometrażu (od... do...).

Ponadto Wykonawca wyjaśnił także w piśmie procesowym, że uwzględnił w ofercie wzmocnienia zgodnie z załącznikiem nr 7 przedłożonym w odpowiedzi na Wezwanie nr 1. Oznacza to, że dla zakresów niewykazanych w załączniku nr 7 nie przewidziano wzmocnienia, ponieważ nie wymaga tego DGI lub roboty te zostały ujęte w inny asortyment robót, np. odhumusowaniu lub przygotowaniu podłoża konstrukcji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. nie uchylił się od odpowiedzi na pytania.

Zarzut został uznany za bezzasadny.

Odwołujący wskazał także na sprzeczność w wyjaśnieniach, złożonych przez Wykonawcę Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A., dotyczących odpowiedzi na pytania nr 18 i 19.

Stanowisko Odwołującego nie jest jasne. Odwołujący nie wykazał stawianej przez siebie tezy, stąd zarzut został uznany za niezasadny.

W odpowiedzi na pytanie nr 18 oraz nr 19 Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. przedstawił **załącznik nr 6 - Rozwiązania projektowe dla branży mostowej**, w którym przedstawiono dla przepustów PZM-7, PZM-8, PZM-9 szerokość w świetle oraz wysokość w świetle zgodną z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. przedstawił również szkice robocze tych przepustów, które są zgodne z podanymi wymiarami. Dla przepustów PZM-7, PZM-8, PZM-9 zostały podane szerokości i wysokości w świetle i te same wysokości i szerokości w świetle zostały pokazane na szkicach.

Również Zamawiający wyjaśnił jednoznacznie, że nie miał żadnych wątpliwości i że uznał wyjaśnienia Wykonawcy za wystarczające. Udzielone odpowiedzi (na 3 różne zapytania odnoszące się do tej samej tematyki w pytaniu nr 18 i 19) zbiorczo wyczerpały temat i nie budziły dalszych wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący Rubau Polska sp. z o.o. nie wykazał, że oferta złożona przez Wykonawcę Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. jest niezgodna z warunkami zamówienia, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Aby uznać za zasadną podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący powinien jednoznacznie wykazać, na czym dokładnie niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenia o niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SWZ na podstawie subiektywnych przekonań, swobodnej interpretacji czy przypuszczeń co do niezgodności. Niezgodność musi mieć charakter niewątpliwy. Odwołujący nie wykazał, aby oferta Wykonawcy Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. była niezgodna z warunkami zamówienia. Powyżej wskazane przypuszczenia Odwołującego, czy niedookreślone braki nie mogą stanowić podstawy do uznania, że oferta Wykonawcy Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. powinna podlegać odrzuceniu.

Ponowie należy wskazać, że postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co ma konsekwencje nie tylko dla etapu realizacji zamówienia, lecz również dla etapu przygotowania ofert przez potencjalnych wykonawców.

W tym przypadku konieczne jest wykazanie niezgodności, pomimo braku szczegółowej dokumentacji projektowej. Zastosowanie formuły „zaprojektuj i wybuduj” daje wykonawcom swobodę w zakresie zaprojektowania i wykonania inwestycji, o ile założenia te nie są sprzeczne z jednoznacznymi postanowieniami zawartymi w dokumentach zamówienia.

Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. w złożonych wyjaśnieniach nr 1 oświadczył, że:

- a) „oferta wykonawcy uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ, Warunkach Kontraktu, z uwzględnieniem wszelkich zmian, wyjaśnień i uzupełnień oraz informacji przekazanych przez Zamawiającego w toku Postępowania;
- b) skalkulował cenę oferty zgodnie z najlepszą wiedzą oraz doświadczeniem wykonawcy, w tym zgodnie z zasadami sztuki i wiedzy technicznej przy zachowaniu staranności zawodowej uwzględniającej profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez wykonawcę, zgodnie ze stosowanymi w branży najlepszymi standardami, obowiązującymi przepisami prawa, z uwzględnieniem wszystkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia;
- c) zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, rozsądny zysk oraz wycenę ryzyk związanych z prowadzeniem procesu inwestycyjnego zgodnie z

wszelkimi wymaganiami Zamawiającego".

W ocenie Izby nie można stwierdzić, aby oferta Wykonawcy Kobyłarnia S.A., Mirbud S.A. była niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący nie wykazał żadnego postanowienia SWZ, z którym oferta Wykonawcy miałaby być niezgodna. Odwołujący wskazał, że w pytaniach 73, 74, 85 Wezwania 1 Zamawiający wniósł o wyjaśnienie przez Konsorcjum kwestii rozwiązań projektowych dotyczących niwelety (w tym robót ziemnych, wzmocnienia podłoża) i związanych z nią kosztów robót budowlanych. Przedstawione przez Konsorcjum wyjaśnienia wskazują na przyjęcie odmiennego niż określone w PFU rozwiązania przez Konsorcjum w zakresie robót ziemnych i wzmocnienia podłoża, co stanowi o niezgodności oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na pytania 73, 74 Konsorcjum deklaruje że na etapie oferty nie dokonało obniżenia niwelety względem koncepcji ze STEŚ. W Wyjaśnieniach Konsorcjum występuje znaczna różnica pomiędzy ilością mas ziemnych a zwłaszcza ilością wykopów [m^3] z etapu STEŚ/ROŚ (Raport Oddziaływania na Środowisko) dla wariantu preferowanego WICAv2 133.597,41 m^3 (tabela 22 ROŚ powyżej) a ilością wykopów wskazaną przez Konsorcjum w odpowiedzi na pytanie 85, tj. 197.721 m^3 .

Wskazał, że Konsorcjum wykazało znaczną różnicę wykopów w stosunku do etapu STEŚ tj. o 64.123,6 m^3 więcej. Należy założyć, że różnica ta została osiągnięta poprzez obniżenie niwelety poza zakres rozpoznania podłoża co jest niezgodne z PFU, tj. z pkt 1.2 PFU zacytowanym w punkcie 28 niniejszego odwołania.

W tym zakresie Odwołujący nie wykazał niezgodności z warunkami zamówienia. Jak wskazał Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A.: „nie jest prawdą, aby PFU określała ilości robót ziemnych jakie mają zostać wykonane w ramach przedmiotowego zamówienia w zakresie dot. niwelety”. Przedstawił „szacunkowy bilans mas ziemnych.” Wskazał, że jest to jednak bilans szacunkowy. Wykonawca wyjaśnił, że: „Przyjmowanie do oferty szacunkowego bilansu robót ziemnych z etapu opracowania Raportu o oddziaływaniu na środowisko z roku 2021, bez ujęcia założeń projektowych opisanych w PFU oraz bez przyjęcia właśnie tej przedmiotowej niwelety - byłoby działaniem skrajnie nierozsądnym, na które nie pozwoli sobie żaden profesjonalny wykonawca. Ponadto, gdyby Zamawiający wskazał iż oczekuje przyjęcia do oferty takiej szacunkowej ilości robót ziemnych naraziłby się na ogromne roszczenia ze strony przyszłego wykonawcy w przypadku każdego nadmiarowego lub brakującego 1 m^3 . Dlatego też materiał ten nie jest wskazany jako wiążący i obowiązujący. **Tym samym Odwołujący nie jest w stanie wykazać pewnej, niebudzącej wątpliwości niezgodności z konkretnymi warunkami zamówienia**”.

Izba uznała za wystarczające wyjaśnienie Wykonawcy Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. uznając jednocześnie za nieprawidłową sugestię Odwołującego, że Wykonawca obniżył niweletę poza zakres rozpoznania podłoża.

Zgodnie z treścią pytania nr 85: „Prosimy o przedłożenie zestawienia „bilans robót ziemnych” z podaniem wg pikietażu (co 1 km), wskazanie źródła pozyskania materiału dla danego kilometraża oraz kosztu jednostkowego budowy nasypu we wskazanym kilometrażu”.

Wykonawca odpowiedział, że dla przygotowania oferty cenowej założył dla przedmiotowego odcinka następujący bilans robót ziemnych:

- wykop - 197 721 m^3
- nasyp z materiału z wykopu - 1E9 000 m^3
- nasyp z materiału z dokopu - 26 000 m^3

Wskazał, że przyjęto średni koszt jednostkowy budowy nasypu z gruntu rodzimego 17,0 zł/ m^3 a z gruntu z dokopu w cenie 45,0 zł/ m^3 .

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. powinien podać kilkanaście cen dla wykopów, nasypów, kosztów mieszania materiału a nawet kosztów kontroli jakości, a ponadto powinien te informacje podać w odpowiedzi na pytanie nr 85 do Wezwania nr 1.

Izba podziela stanowisko, że Zamawiający zadał konkretne pytanie wyłącznie w zakresie kosztu jednostkowego budowy nasypu, co oznacza, że Wykonawca Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. nie musiał podawać innych danych niż te, o które prosił wprost Zamawiający. Jak zostało wskazane powyżej, Odwołujący na podstawie własnej prezentacji wymagań Zamawiającego wyprowadza bardzo daleko idące wnioski. Sama okoliczność, że zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Wykonawcy Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. powinny obejmować więcej elementów nie stanowi wykazania nieprawidłowości tych wyjaśnień ani nie dowodzi też Odwołującego o niezgodności treści oferty Wykonawcy Kobyłarnia S.A. Mirbud S.A. z warunkami zamówienia czy rażąco niskiej ceny w ofercie tego Wykonawcy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5

pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczone przez Odwołujących wpisy od odwołań.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....