

WYROK

Warszawa, dnia 8 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Małgorzata Matecka

Agata Mikołajczyk

Protokolant:

Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A) w dniu 18 marca 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Polbud-Pomorze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** Łącko 18, 88-170 Pakość, **TrackTec Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław (sygn. akt KIO 891/24);

B) w dniu 18 marca 2024 r. przez Odwołującego - Wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (sygn. akt KIO 901/24);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu**, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 891/24 oraz po stronie Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 901/24- Wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna**, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie w sprawie sygn. akt KIO 891/24 i KIO 901/24

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – Wykonawcy **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w sprawie sygn. akt KIO 891/24

orzeka:

sygn. akt KIO 891/24

1 Oddala odwołanie w całości.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Polbud-Pomorze Sp. z o.o.**, **TrackTec Construction Sp. z o.o.** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) kosztów Zamawiającego;

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

sygn. akt KIO 901/24

1 Oddala odwołanie w całości.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Wykonawcę **Strabag Sp. z o.o.** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 5.203 zł 35 gr. (słownie: pięć tysięcy dwieście trzy złotych trzydzieści pięć groszy) kosztów uczestnika po stronie Zamawiającego - Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o.** wnoszącego sprzeciw;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz uczestnika po stronie Zamawiającego - Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o.** kwotę 5.203 zł 35 gr. (słownie: pięć tysięcy dwieście trzy złotych trzydzieści pięć groszy), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu i noclegu.

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 891/24
KIO 901/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział we Wrocławiu, w trybie podstawowym pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa w ciągu drogi krajowej nr 12 o długości ok 18,5 km”(nr postępowania: O/WR.D-3.2410.7.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.08.2023 r., 2023/S 163-511417, wobec czynności odrzucenia, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oferty, wniesione zostały w dniu 18.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania Wykonawców: wspólnie ubiegających się o zamówienie Polbud-Pomorze Sp. z o.o. z/s w Łącku, TrackTec Construction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 891/24), Strabag Sp. z o.o. z/s w Pruszkowie (sygn. akt KIO 901/24).

Sygn. akt KIO 891/24.

Odwołanie wniesione wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego wynikające z nieprawidłowego zbadania oferty w zakresie wyjaśnienia, czy cena nie zawiera rażąco niskiej ceny i dokonania wyboru oferty Przedsiębiorstwa Usług Technologicznych Intercor Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) w zw. z art. 224 ust. 6 PZP przez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rzekomo rażąco niską cenę, a to wskutek nieprawidłowego i nierzetelnego zbadania oferty - przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, w zakresie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, w tym przez uznanie za niepełnych (niesatysfakcjonujących) odpowiedzi na szczegółowe pytania Zamawiającego, których przedmiot i zakres pozostawał niemiernodajny dla ustalenia, czy zaoferowana cena jest rażąco niska, a także wskutek zignorowania i mylnej oceny udzielonych wyjaśnień jako niepełnych;
- 2.naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez błędne odrzucenie oferty Odwołującego wskutek bezpodstawnego uznania, jakoby jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3.a w konsekwencji naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 przez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania, oceny i wyboru oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, iż ta zawiera rażąco niską cenę, do czego doprowadziła ocena wyjaśnień, które Zamawiający uznał za niesatysfakcjonujące (niewystarczające) w zakresie odpowiedzi na niektóre z 29 szczegółowych pytań (wyjaśnienia z 8.12.2023 r.). Ponadto, Zamawiający uznał, że odpowiedzi na pytania nr 25 i 29 wskazują na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, albowiem Wykonawca jakoby nie przewidział wymaganego w PFU w pkt 1.2.3.1 ppkt 19) monitoringu geotechnicznego oraz przyjął do wyceny niezgodnie z wymogami wartości skrajni i na podstawie art. 226 ust. 1 pkt Ustawy oferta została odrzucona.

Odwołujący zaoferował cenę 706.899.188,35 zł, niższą od oferty wybranej o ok. 10,5%. Ceny zaoferowane w postępowaniu były niższe od wartości zamówienia, co było w praktyce jedyną formalną przesłanką przeprowadzenia postępowania. Według danych opublikowanych przez Zamawiającego na podstawie podpisanych już umów, średni koszt budowy 1 km drogi klasy GP wyniósł 18,3 mln zł. W 16 kolejnych postępowaniach na budowę drogi dwujezdniowej (wyższej klasy S i większym przekroju) jedynie 4 oferty najkorzystniejsze zawierały średnią cenę za kilometr drogi nieco wyższą od tej wynikającej z oferty Odwołującego.

Zamawiający wymagał rozbicia ceny w wykazie płatności na 4 pozycje: wymagania ogólne, dokumenty wykonawcy, prawa autorskie i roboty. Nie narzucił żadnego sposobu kalkulacji ceny i nie wykluczył przyjęcia metody wskaźnikowej. Zamawiający nie dokonał analizy kalkulacji wskaźnikowej ceny, w tym prawidłowości przyjętych wskaźników i kosztów odpowiadających poszczególnym grupom robót ujętym w kalkulacji wskaźnikowej i ograniczył się do wyrywkowych pytań, w których oczekiwał uzyskania potwierdzenia spełnienia wymagań, dociekał szczegółów rozwiązań projektowych, cen jednostkowych niektórych szczegółowych elementów robót (co pozostawało bez związku z ceną łączną, z uwagi na brak ilości przedmiarowej, możliwej do ustalenia dopiero na podstawie dokumentacji projektowej). Chociaż w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający precyzyjnie wskazuje na przyczyny, to na etapie pytań nie był tak precyzyjny, a tym samym Wykonawca nie mógł udzielić satysfakcjonujących wyjaśnień.

Odwołujący wyjaśnił na czym polega wyliczenie ceny metodą wskaźnikową – wyliczenie kosztu kilometra, bazujące na długości odcinka, kategorii ruchu, klasie drogi, co stanowi podstawę do wyliczenia ceny/kosztu wykonania robót drogowych, z wyłączeniem nasypu i wzmocnienia. Wartość wskaźnika wynika z zsumowania średnich cen jednostkowych poszczególnych asortymentów przypadających na kilometr bieżący drogi, a ceny jednostkowe czerpane są z innych zadań realizowanych przez Odwołującego w podobnych warunkach. Odpowiadając na pytania Odwołujący udzielał odpowiedzi adekwatnie do wskaźnikowego sposobu kalkulacji. Przy takiej metodzie kalkulacji pewnych danych, o które pytał Zamawiający nie sposób było określić, co nie mogło być wystarczające do dyskredytacji oferty, a tym bardziej stwierdzenia, że zawiera ona RNC – tym bardziej, że chodzi o dane (ceny jednostkowe), które w metodologii wskaźnikowej i tak są uwzględnione w uśrednionym koszcie wykonania zagregowanej grupy robót.

Odnosząc się do szczegółowego uzasadnienia podstawy odrzucenia Odwołujący wskazał:

- w zakresie rzekomej niezgodności oferty z warunkami postępowania mającej wynikać z odpowiedzi na pytania nr 25 i 29, odpowiedzi zmierzały do wyjaśnienia ceny i jej istotnych części składowych, a nie wskazania szczegółów parametrów budowanych obiektów. Przy kalkulacji wskaźnikowej różnice 20 cm lub 10 cm skrajni mają charakter nieistotnego składnika ceny ofertowej, co Odwołujący przedstawił w tabeli dla poszczególnych obiektów. W odpowiedzi na pytanie nr 29 Zamawiającego o wskazanie pozycji uwzględnionych w kosztach prowadzenia monitoringu geotechnicznego i monitoringu elementów drogi i obiektów inżynierskich, Wykonawca wskazał, iż w jego ocenie nie jest konieczne prowadzenie szczególnie skomplikowanego (a tym samym kosztownego) systemu monitoringu geotechnicznego na przedmiotowym odcinku. W to miejsce Wykonawca proponuje wykorzystanie metod geodezyjnych do stworzenia siatki punktów stałych zastabilizowanych w obszarze inwestycji, ale poza bezpośrednim korpusem planowanej drogi. Wykonawca przyjął do wyceny koszt geodezyjnego systemu monitoringu w wysokości 350.000,00 PLN. Odwołujący wskazał, iż oba określenia – monitoring geotechniczny prowadzony metodami geodezyjnymi i monitoring geodezyjny są właściwe z punktu widzenia funkcji celu, tj. obserwacji zachowania się podłoża i/lub konstrukcji geotechnicznych przed, w trakcie i/lub po zakończeniu budowy.

- w odniesieniu do kolejnych odpowiedzi Odwołujący konsekwentnie wskazuje na brak uzasadnienia dla odrzucenia oferty w związku z treścią wyjaśnień. Co do części pytań Odwołujący podniósł, iż nie były one pytaniami o cenę oferty ani o istotne części składowe, a zatem odrzucenie na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 Ustawy nie było prawidłowe (odpowiedzi na pytania nr 1, 17, 19). Udzielone odpowiedzi, w zestawieniu z metodą kalkulacji ceny w oparciu o wycenę 1 km bieżącego drogi, mają potwierdzać uwzględnienie niezbędnych kosztów wykonania robót drogowych. Odpowiedzi udzielone były na poziomie ogólności odpowiadającym ogólności zadanego pytania. Wykonawca udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania zadane przez Zamawiającego.

Wykonawca wskazał Zamawiającemu koszt wskaźnikowy wykonania obiektu nad Odrą w tabeli 5, załączonej do wyjaśnień z dn. 8.12.2023 r. Wskaźnik ten wynosi 4.000 zł /m² obiektu, z wyłączeniem prac ziemnych i wzmocnieniowych. Sposób kalkulacji ofert w dużej mierze opiera się na metodzie wskaźnikowej, gdzie Wykonawca wycenia przede wszystkim koszt wykonania danej jednostki roboty (m², km) a nie każdego z asortymentów na pełnej długości/wysokości danego obiektu budowlanego. Cena wskaźnikowa m² obiektu mostowego zawiera komplet robót mostowych z wyłączeniem posadowienia obiektu, robót drogowych i branżowych. Cena wskaźnikowa została przez Wykonawcę ustalona empirycznie na podstawie realizowanych oraz wycenianych poprzednio kontraktów. Jest ona zależna jednak od wskazanych w warunkach zamówienia podstawowych wartości przekroju ustroju nośnego, wysokości podpor, liczby podpor, długości i średniej przęsła.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy: Budimex S.A. oraz Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCO Sp. z o.o.

Zamawiający przesłał w dniu 29.03.2024 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Sygn. akt KIO 901/24.

Odwołanie wniesione wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - Przedsiębiorstwa Usług Technologicznych Intercor Sp. z o.o. i zaniechania jej odrzucenia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstw Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o., w sytuacji gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (a tym samym Wykonawca ten zaoferował Zamawiającemu świadczenie niezgodne z SWZ) w następującym zakresie:

- a.zaoferowania wykonania robót budowlanych w zakresie konstrukcji nawierzchni i podbudowy drogi na odcinku ok. 7 km w technologii odmiennej niż wymagana przez Zamawiającego, tj. poprzez przyjęcie standardu TYP 1 w miejsce wymaganego TYP 4;

b.nieuwzględnienia w ofercie wymogów narzuconych przez Zamawiającego co do niwelet wysokościowych, koniecznych do usunięcia kolizji i parametrów obiektów inżynierskich i związanego z tym zakresu robót ziemnych;

2.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

3.art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny,

4.art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania, oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. i wyboru oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie wyjaśnień Intercor złożonych w pismach z 8.12.2023 r. oraz 3.01.2024 r. Odwołujący wykazał zasadniczą rozbieżność założonych parametrów technicznych, tj. w zakresie warstw konstrukcyjnych nawierzchni – dla dolnych warstw konstrukcji w obszarze potencjalnego oddziaływania eksploatacji górniczej z ulepszonym podłoża w Typie 4 oraz w zakresie planowanych robót ziemnych i inżynierskich – ukształtowania wysokościowego Trasy Głównej i niezgodności rozwiązań obiektów mostowych w zakresie przeszkód koniecznych do pokonania oraz przyjętych skrajni pionowych obiektów mostowych.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o., a po stronie Odwołującego Budimex S.A.

Zamawiający w piśmie z 29.03.2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty.

Przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. wniósł ustnie do protokołu posiedzenia sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także dowody przeprowadzone na rozprawie, w tym wyjaśnienia składane przez Wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego w sprawach połączonych.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa w ciągu drogi krajowej nr 12 o długości ok. 18,5 km.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1.345.029.011,67 zł netto, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa odpowiednio w art. 214 ust 1 pkt 7 oraz w art. 388 pkt 2 lit. c Ustawy w kwocie 490.313.844,45 zł.

W postępowaniu złożonych zostało dziewięć oferty z cenami:

Oferta nr 1 - Konsorcjum firm: Polimex Infrastruktura Sp. z o. o./Polimex Mostostal S.A. – cena brutto 897 483 435,42 zł;

Oferta nr 2 - Mota-Engil Central Europe S.A. – cena brutto 852 925 377,00 zł;

Oferta nr 3 - Mostostal Warszawa S.A. – cena brutto 897 560 027,27 zł;

Oferta nr 4 - STRABAG Sp. z o.o. – cena brutto 798 202 873,98 zł;

Oferta nr 5 - PORR S.A. – cena brutto 890 296 140,00 zł;

Oferta nr 6 - Konsorcjum firm: Polbud-Pomorze sp. z o.o./TrackTec Contruction Sp. z o.o. – cena brutto 706 899 188,35 zł;

Oferta nr 7 - BUDIMEX S.A – cena brutto 812 777 184,57 zł;

Oferta nr 8 - „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor” Sp. z o. o. – cena brutto 790 085 953,16 zł;

Oferta nr 9 - Konsorcjum firm: KOBYLARNIA S.A./MIRBUD S.A. – cena brutto 837 675 450, 74 zł.;

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę brutto: 1 051 299 655,68 zł, która

to kwota stanowi wartość szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek.

W formularzu ofertowym Wykonawcy wskazywali cenę brutto za całość zamówienia wraz z rozbiem oferowanej ceny w wykazie płatności na 4 pozycje: wymagania ogólne, dokumenty wykonawcy, prawa autorskie i roboty.

Zamawiający skierował do Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Polbud-Pomorze Sp. z o.o./TrackTec Construction Sp. z o.o. (Konsorcjum Polbud) wezwanie na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 oraz art. 223 ust 1 Ustawy oczekując udzielenia odpowiedzi na szczegółowe pytania w zakresie przedmiotu świadczenia i jego wyceny – 29 pytań (pismo z 27.11.2023 r.). W wezwaniu Zamawiający wskazał, iż *Wartość Państwa oferty ogółem wynosi 706 899 188,35 zł brutto, co w porównaniu ze wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania wynoszącą 1 051 299 655,68 zł wskazuje, że jest ona niższa o 32,76 %.*

Zamawiający oczekiwał podania wyczerpujących i szczegółowych informacji dotyczących sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji zamówienia, w szczególności w kwestiach wskazanych powyżej, ale również innych, które uważacie Państwo za istotne.

Konsorcjum Polbud odpowiedziało Zamawiającemu pismem z 08.12.2023 r.

Zamawiający wezwał na podstawie art. 223 ust 1 Ustawy Wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty pismami z 27.12.2023 r. oraz 20.12.2023 r. Wykonawca udzielił odpowiedzi w pismach z 08.12.2023 r. oraz 03.01.2024 r.

Zamawiający w dniu 08.03.2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu sześciu ofert, w tym oferty Konsorcjum Polbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał na odpowiedzi udzielone na pytania nr 1, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 29. Do każdej z odpowiedzi Zamawiający odniósł się wskazując na niedostateczną ich treść, podsumowując wyjaśnienia jako nierzetelne i niedostateczne. Jednocześnie Zamawiający wskazał na niezgodność treści oferty z wymaganiami wynikającą z odpowiedzi na pytania nr 25 i 29, wskazując że w odpowiedziach wykonawca nie przewidział wymaganego w PFU w pkt 1.2.3.1 ppkt 19) monitoringu geotechnicznego oraz przyjął do wyceny niegodne z wymogami zamawiającego wartości skrajni, w związku z czym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) Ustawy.

Izba zważyła.

Oba odwołania podlegały oddaleniu w całości.

Z uwagi na różną podstawę i zakres zarzutów stanowisko Izby zostało podzielone na dwie części.

Odwołanie 891/24.

Izba oddalając zarzuty uznała, iż czynność odrzucenia oferty Konsorcjum Polbud miała podstawy zarówno faktyczne jak i prawne, wynikające z oceny wyjaśnień, które Wykonawca składał w celu wykazania, iż nie ma uzasadnienia dla podejrzenia rażąco niskiej ceny i wyjaśnienia założeń przyjętych do kalkulacji. Skład orzekający wyraża pogląd, iż wyjaśnienia te w zakresie, w jakim precyzowały informacje powiązane z wymaganiami wynikającymi z dokumentacji postępowania, wskazywały również na przyjęty do wyliczenia ceny oferty sposób realizacji świadczenia, co stanowiło jednocześnie podstawę do oceny merytorycznej oferty. W tym zakresie Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż dla oceny zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego udzielone odpowiedzi na pytania nie mogły mieć znaczenia, jako składane w celu wykazania realności ceny. Wycena oferty jest w sposób oczywisty powiązana z przedmiotem świadczenia, którego realizacja miałaby się odbyć za wynagrodzeniem stanowiącym cenę oferty brutto. Nie można w ocenie składu orzekającego sprowadzić wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej do prezentowania abstrakcyjnych i hipotetycznych wyliczeń, nawet w odniesieniu do zamówienia, które zostanie dopiero zaprojektowane. Wyjaśnienia, aby móc ocenić na ich podstawie realność wyceny, muszą pozostawać w związku z przedmiotem świadczenia objętym konkretnym zamówieniem, co do którego Zamawiający opisuje wymagania. W przypadku projektów prowadzonych w formule „zaprojektuj i wybuduj” opis przedmiotu zamówienia obejmuje szereg dokumentów przekazywanych wykonawcom, na podstawie, których dokonują oni wyceny kosztów realizacji prac. Jednocześnie należy wskazać, iż ocena przedmiotu świadczenia, który wymaga zaprojektowania powinna uwzględniać możliwe zmiany w stosunku do prezentowanych w koncepcji zamawiającego rozwiązań, co nie oznacza jeszcze, że taka oferta nie poddaje się ocenie merytorycznej, tak pod względem ceny jak i przedmiotu świadczenia wycenionego w ofercie. Przyjęcie argumentu Odwołującego, w którym podkreślał sens wyjaśnień, jako prezentujących możliwą wycenę świadczenia, bez faktycznego

wykazania tego, w jaki sposób świadczenie to będzie realizowane, oznaczałoby oderwanie badania ceny od zakresu i sposobu realizacji prac, co ma oczywiste znaczenie dla kalkulacji kosztów. Nawet przyjmując, że koszty te stanowią pewną uśrednioną wartość, która pozwolić ma na wykonanie poszczególnych elementów prac, to muszą one pozostawać w związku z założeniami uwzględniającymi zakres, rodzaj świadczenia, objętego konkretnym zamówieniem. Odnoszenie się zatem do innych zamówień i oferowanych cen, jako jedyne go wskaźnika mającego uzasadniać realność wyceny, nie jest w ocenie składu orzekającego, wystarczającą podstawą dla przyjęcia, iż wycena oferty uwzględnia specyficzne dla tego zamówienia warunki, co w przypadku robót budowlanych ma istotne znaczenie dla kalkulacji i wykonania prac. Gdyby przyjąć stanowisko odmienne, traciłaby jakiejkolwiek znaczenie dla przygotowania oferty dokumentacja opisująca zakres zamówienia. Bez odniesienia do przedmiotu opisanego w dokumentacji oferty nie byłoby ze sobą porównywalne czyniąc niemożliwym wskazanie oferty najkorzystniejszej. Cena oferty najkorzystniejszej musi mieć zatem odniesienie wprost do zaoferowanego świadczenia, co oznacza jednocześnie, że pozwoli na jego wykonanie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Powyższe ma wprost odniesienie w przepisach regulujących procedurę wyjaśnienia ceny, gdyż w art. 224 ust 1 Ustawy jako podstawę do wezwania wskazano na wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, do czego odnosić należy żądanie złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych.

Skład orzekający podziela w tej części uzasadnienia stanowisko prezentowane w wyroku Sądu Zamówień Publicznych z dnia 27.09.2023 r., sygn. akt XXIII Zs 6/23, odnoszące się do procedury wyjaśnienia oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Stanowisko to znajduje również odniesienie do oceny argumentów podnoszonych w sprawie KIO 901/24 przez wnoszącego sprzeciw uczestnika postępowania odwoławczego. Sąd prezentując wykładnię art. 223 Ustawy miał na uwadze zmianę w zakresie procedury wyjaśnienia oferty po zmianie Ustawy, która wprowadziła szerszy katalog dokumentów, które mogą być przedmiotem pytań. Wskazując na cel wyjaśnienia samej treści oferty Sąd odniósł się do potrzeby wyjaśnienia tego, co zostało już przedstawione w ofercie, podkreślając w tym kontekście, iż wyjaśnienie nie może stanowić uzupełnienia oferty o dane, które powinny być zamieszczone w ofercie jako jej istotna treść. Jako treść oferty traktowany jest formularz oraz całokształt zobowiązania wykonawcy do wykonania umowy zgodnie z dokumentacją zamówienia. Wyjaśnienia mogą przedstawiać dodatkowe informacje, ale muszą one znajdować odzwierciedlenie w ofercie. Sąd doszedł do przekonania, iż nie jest koniecznym, aby po stronie zamawiającego pojawiły się wątpliwości, gdy chce skorzystać z mechanizmu przewidzianego w art. 223 ust.1 Ustawy. W sprawie rozpoznawanej przez Sąd, odpowiedzi na pytania (175) prezentować miały sposób widzenia i rozumienia zapisów swz, co pozwalało zamawiającemu rzetelnie dokonać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Specyfika pytań wynikała z przyjętej formuły przetargu o roboty budowlane „zaprojektuj i wybuduj”. W tej formule wykonawcy muszą dokonać wstępnych założeń, oszacować zakres robót (...). W związku z tym stopień szczegółowości pytań skierowanych do wykonawcy nie mógł zostać uznany za nadmierny. W tej formule wykonawca ma pewną swobodę ale w granicach wytyczonych przez PFU, co może pociągać za sobą konieczność wezwania do wyjaśnienia pewnych kwestii już na etapie wyboru oferty. Ważnym w ocenie Sądu pozostawało stwierdzenie, czy wyjaśnienia były konieczne dla uznania, że oferta odpowiada wytycznym wynikającym z swz w tym z PFU.

Przenosząc powyższe na złożone w postępowaniu wyjaśnienia skład orzekający podziela zasadniczo ocenę Zamawiającego, iż udzielone odpowiedzi zawierały w zasadzie ogólną deklarację zgodności z wymaganiami, do których odnosiły się poszczególne pytania, a Wykonawca faktycznie nie przedstawił konkretnych danych, na podstawie których Zamawiający miałby możliwość potwierdzenia realności założeń, na podstawie których wycenione zostały przyszłe prace. Znamiennym dla oceny tych wyjaśnień jest fragment z odwołania, w którym Wykonawca sam przyznaje, iż przygotowując ofertę w zasadzie nie dokonał szczegółowych założeń. Wskazuje na to chociażby zdanie: *W konsekwencji takiego błędnego z założenia podejścia Zamawiającego, które metodologicznie nie mogło prowadzić do rzetelnej weryfikacji kosztu, to, czy udzielona odpowiedź spełniała oczekiwania Zamawiającego, czy też liczył on na bardziej szczegółowe dane, których Odwołujący nie mógł przecież często podać, jako, że ich nie posiada i nie wyliczał w ramach zastosowanej metody wskaźnikowej, nie sporządzając jeszcze ani dokumentacji projektowej, ani przedmiaru czy kosztorysu szczegółowego, pozostawało bez żadnego znaczenia dla możliwości rzetelnego uznania oferty Odwołującego za zawierającą rażąco niską cenę. Chodzi bowiem o koszt pozycji, które w metodologii Odwołującego, są wliczone (zagregowane) we wskaźniki kosztowe zagregowanych grup robót.*

Wykonawca wielokrotnie w odpowiedzi nie odnosił się do elementarnych koniecznych dla wyliczenia kosztów założeń, chociażby przykładowo:

- Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 7 o treści: *„Prosimy o wskazanie przyjętych w wycenie koniecznych do koordynacji linii styku z innymi Inwestorami, wykonania odcinków przejściowych, koordynacji zadań jakie uwzględniono w*

ofercie. Prosimy o zestawienie informacji wraz z określeniem kosztów i czasu przewidzianego na koordynację zadań (np. koszty wynikające z wykonania odcinka przejściowego)."

udzielił następujących wyjaśnień:

„Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie konieczność uzgodnienia linii styku z innymi inwestorami oraz konieczność współpracy w zakresie dokonywania uzgodnień w dokumentacji projektowej pomiędzy stronami, udostępnienia placu budowy, na każdym etapie realizacji zadań, zawarcia porozumień regulującego zasady współpracy pomiędzy stronami (dla podmiotów takich jak gmina, powiat, województwo, KGHM, PKP PLK etc.) w możliwym zakresie przekazanej dokumentacji oraz obowiązującego prawa. Powyższe uzgodnienia będą uzyskiwane na etapie prac projektowych. W wyżej wymienionej kwestii Wykonawca będzie postępował zgodnie z warunkami kontraktu. Koszty te są ujęte w robotach drogowych.”;

- Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 8 o treści: „Czy Wykonawca przewiduje zmianę niwelety trasy głównej w stosunku do niwelety określonej w Koncepcji Programowej (patrz TOM V SWZ)? Jeżeli tak prosimy o wskazanie jakie założenia Wykonawca przyjął w Ofercie i jakie konsekwencje finansowe to generuje.”

udzielił następujących wyjaśnień:

„Wykonawca przewiduje zmianę niwelety w stosunku do niwelety określonej w koncepcji programowej. Wykonawca założył optymalizację robot ziemnych tak by zminimalizować oraz zbalansować ilości wykopu oraz nasypu. Powyższe założenia generują zmniejszenie szacowanej wartości robot ziemnych o ok 15% względem szacowanej wartości tych robot gdyby ww. optymalizacji nie założono.”;

- Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 9 o treści: „Zamawiający zwraca się z prośbą o przekazania tabelarycznego zestawienia dróg (wraz z ciągiem głównym) oraz przyjętymi w ofercie prędkościami do projektowania. Czy Wykonawca na etapie oferty przyjął mniejsze prędkości do projektowania aniżeli wskazane przez Zamawiającego, jeśli tak prosimy o wskazanie wraz z uzasadnieniem przyjęcia warunków trudnych.”

udzielił następujących wyjaśnień:

„W załączniku 1 przedstawiono tabelaryczne zestawienie dróg. Wykonawca na etapie oferty przyjął prędkości do projektowania wskazane przez Zamawiającego z wyjątkiem dróg, dla których dopuszcza się zmniejszenie prędkości z uwagi na wystąpienie warunków trudnych. Dla dróg DW03, DW321, DW319, DZ-01, DW-04, DG100986D, DG100046E DP1020D, DG000169D i DG02 na dojazdach do rond i obiektów mostowych zastosowano mniejsze prędkości projektowe z uwagi na warunki widoczności i bezpieczeństwo ruchu drogowego.”

Przykłady tych odpowiedzi wskazują, że nie zawierają one konkretnych, ponad przywołanie ogólnych danych, które nie wskazują na dokonanie jakiegokolwiek analizy w celu optymalizacji kosztów, co mogłoby uzasadniać niższą cenę. Wykonawca również na rozprawie podkreślał, iż w sposób ogólny potwierdził zgodność oferty, a ustalenie stawek jednostkowych nie było możliwe przy wskaźnikowej metodzie liczenia kosztów. Powyższe sprowadzało ocenę wyjaśnień wyłącznie do stwierdzenia, że metoda wskaźnikowa liczenia kosztów miałaby zwalniać wykonawcę z obowiązku analizy uwarunkowań przypisanych konkretnej inwestycji, które mogą zasadniczo wpływać na koszty z jakimi wiązać będzie się jej realizacja w zgodzie z wymaganiami zamówienia. Odwołujący powoływał się na ceny uzyskane w innych przetargach, jako wyznacznik do liczenia kosztów wykonania km drogi, co w ocenie składu orzekającego nie mogło zastępować potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytania w taki sposób, aby Zamawiający miał możliwość przyjęcia, że kalkulacja ceny ofertowej uwzględnia niezbędne do prawidłowej realizacji prac indywidualne założenia tego Wykonawcy.

Porównanie inwestycji, do jakich odnosił się Odwołujący, prezentowane w tabeli ze wskazaniem na istotne różnice w zakresach prac, również nie uzasadnia przyjęcia niższej wyceny, nawet sprowadzając tą wycenę do wskaźnika kosztu 1 kilometra. Najistotniejszymi wydają się w tym zestawieniu ilości węzłów (5 dla przedmiotowej inwestycji), czy też ilość kolizji do usunięcia (ponad 90, w tym 13 kolizji energetycznych WN), które zasadniczo powinny zwiększać koszt jednostkowy za kilometr. Tymczasem oferta Odwołującego w przeliczeniu na ten koszt wynosi 38.210.766,94 zł w porównaniu z cenami zadań z dużo mniejszą ilością węzłów i kolizji nie odbiega istotnie lub jest niższa – dot. zadania 1 (S8).

Należy w tym miejscu podkreślić, że nie jest wystarczającym dla oceny udzielonych odpowiedzi samo odesłanie do wskaźnikowego liczenia kosztów, a tym samym sprowadzenie oceny kalkulacji do suchego porównania z kosztem wykonania 1 km. Aby przyjąć ten koszt jako wyznacznik prawidłowej kalkulacji kosztów, konieczne było ustalenie, w jaki sposób Wykonawca dokonał założeń, uwzględniając rzeczowy zakres prac do wykonania. Zamówienie to nie jest bowiem zamówieniem na sam projekt, ale również na budowę drogi w warunkach realizacji określonych w dokumentach zamówienia.

Ponieważ argumenty Odwołującego wynikały z przyjęcia kalkulacji opartej wyłącznie na wycenie przedmiotu jak opisał go Zamawiający, a nie jak zostanie on faktycznie wykonany, różnica pomiędzy szacowaną wartością zamówienia, a ceną

oferty nie została wyjaśniona i wykazana, jako realnie uwzględniająca zakładany do realizacji poziom kosztów. Przykładowo podane w odpowiedzi na pytania założenia co do zmiany niwelety i ilości robót ziemnych nie zostały uzasadnione. Samo podanie procentowej zmiany bez wykazania w jaki sposób Wykonawca doszedł do tego wskaźnika prowadzić musiało do negatywnej oceny wyjaśnień. Ocena ta pozostaje aktualna do innych odpowiedzi, w których nie zostały przedstawione konkretne informacje, o jakie wystąpił Zamawiający, aby móc zweryfikować założenia cenotwórcze. Wykonawca podobnie założył zmniejszenie prędkości do projektowania w stosunku do tych, jakie określił Zamawiający, bez podania uzasadnienia, którego oczekiwał Zamawiający, a taka zmiana wymagałaby wykazania wystąpienia warunków trudnych. Wyjaśnienia nie odpowiadały na pytania, które miały na celu ustalenie indywidualnych założeń Wykonawcy, które przekładały się na koszty. W tej sytuacji, sama metoda wskaźnikowa liczenia kosztów, bez opisanie czynników, które wpływałyby na przyjęte wskaźniki, nie została w sposób dostateczny uzasadniona treścią wyjaśnień.

Przedstawienie w sposób ogólnikowy wyjaśnień prowadziły do tego, że Zamawiający nie mógł zweryfikować pozytywnie założeń. Np. przy remediacjach Zamawiający opisał warunki, a przyjęta przez Odwołującego ilość gruntu 5.000 nie została w żaden sposób uzasadniona jako realna, w sytuacji gdy grunt ten będzie musiał być odpowiednio zagospodarowany.

Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 5 o treści: „Zamawiający zwraca się z prośbą o potwierdzenie, że w terminie pierwszego kamienia milowego Wykonawca wykona m.in.:

- mikrosymulację i koncepcję programową dla Węzła Głogów Zachód
- planu remediacji
- ponowną oceny oddziaływania na środowisko
- uwzględnienia zabezpieczeń przed potencjalnymi wpływami eksploatacji górniczej
- uzyskanie zgody na odstępstwa (jeśli założono, prośba o potwierdzenie)
- uzyskanie pozwolenia wodnoprawnego
- uzyskanie uwarunkowań od gestorów sieci oraz zarządców dróg

Prosimy o wskazanie kosztów z wyszczególnieniem na powyższe pozycje.”,

udzielił następujących wyjaśnień:

„Wykonawca potwierdza, że w terminie pierwszego kamienia milowego wykona min.:

- mikrosymulację i koncepcję programową dla Węzła Głogów Zachód
- plan remediacji
- ponowną oceny oddziaływania na środowisko
- uwzględnienia zabezpieczeń przed potencjalnymi wpływami eksploatacji górniczej
- uzyskanie zgody na odstępstwa (jeśli założono, prośba o potwierdzenie)
- uzyskanie pozwolenia wodnoprawnego
- uzyskanie uwarunkowań od gestorów sieci oraz zarządców dróg

Wykonawca, zgodnie z własnym know-how oraz doświadczeniem, zawrze umowę na wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej z doświadczonym projektantem, za wynagrodzeniem ryczałtowym bez wyszczególnienia elementów składnikowych wynagrodzenia. Stąd ww. dokumentacji będzie mieścił się w granicach wynagrodzenia projektanta, nie większym, niż wskazany w Wykazie Płatności.”

Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 15 o treści: „Zamawiający w dokumentacji projektowej wskazuje obszar, dla którego należy wykonać badania zanieczyszczeń powierzchni ziemni zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 1 września 2016 r. w sprawie sposobu prowadzenia oceny zanieczyszczenia powierzchni ziemi. Prosimy o wyszczególnienie:

- Objętości mas ziemnych przyjętą do remediacji.
- Sposobu remediacji (w przypadku utylizacji: informację czy wiąże się to z ujemnym bilansem humusu. Jeśli tak, prosimy o wskazanie źródła pozyskania brakującego humusu oraz koszt jednostkowy jego pozyskania z transportem loko wskazany odcinek,
- cenę jednostkową dla wskazanego powyżej sposobu remediacji.

Czy w przypadku konieczności przeprowadzenia remediacji w zakresie większym aniżeli wskazany przez Zamawiającego do wyceny (zwiększenie zgodnie z PFU procedowane zgodnie z Warunkami kontraktu) rozpoznał źródła pozyskania humusu i brakujących mas ziemnych oraz koszt jednostkowy dla powyższych.”

udzielił następujących wyjaśnień:

„Wykonawca na etapie przygotowania oferty przyjął minimalną ilość 5000m³ w cenie jednostkowej 16zł/m³. Dokładna ilość materiału przeznaczanego do remediacji będzie możliwa do określenia po przeprowadzeniu dodatkowych badań. Właściwy plan remediacji terenu, a w szczególności przyjęcie właściwego sposobu jego przeprowadzenia, będzie możliwy do określenia jedynie w oparciu o wyniki badań próbek gruntu, których ilość i zakres przyjął Wykonawca zgodnie z Dz.U. poz. 1395 z 5 września 2016 zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w PFU. Sposób polepszenia parametrów gleby, konieczny zakres właściwych działań, musi być dobrany do stwierdzonych rodzajów i stężeń substancji niebezpiecznych. Wg szacunków Wykonawcy jest wystarczający do realizacji robot nadmiar mas humusu w związku z czym nie prowadzono rozpoznania źródeł pozyskania brakującego humusu na etapie sporządzania oferty.”

Odpowiedzi te nie dostarczały żadnej konkretnej informacji, poza potwierdzeniem wykonania wymaganych prac, co nie może być ocenione jako udzielenie satysfakcjonującej odpowiedzi wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący wielokrotnie podkreślał, iż udzielił odpowiedzi na każde pytanie. Zatem ponownie należy wskazać, iż to nie samo ogólne potwierdzenie zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego, ale przedstawienie konkretnych kosztów realizacji i założeń, które miałyby znaczenie dla ich wysokości, pozwalałoby na ocenę wyjaśnień, jako merytorycznych. Tymczasem w wyjaśnieniach, nawet jeżeli w odpowiedziach pojawiały się pewne założenia, to nie miały one odniesienia do warunków realizacji inwestycji, która ma być posadowiona na terenach, które są narażone na wpływ szkód górniczych.

Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 10 o treści: *„Zamawiający wskazuje, iż zadanie realizowane jest na terenach potencjalnych wpływów eksploatacji górniczej. Należy wskazać obszar, który Wykonawca przyjął do wykonania zabezpieczeń oraz jakie zabezpieczenia przed potencjalnymi wpływami eksploatacji górniczej zostały przyjęte dla:*

- robót drogowych*
- robót mostowych*
- robót branżowych*

Należy wskazać koszt jednostkowy wyszczególnionych zabezpieczeń, koszt wykonania dokumentacji niezbędnej do sporządzenia kosztorysów różnicowych oraz koszt wykonania kosztorysów różnicowych.”

udzielił następujących wyjaśnień:

„Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie fakt, iż przedmiotowy odcinek realizowany będzie również w obszarze potencjalnych szkód górniczych. Uwzględnione w ofercie zabezpieczenia dla robót drogowych, mostowych i branżowych przyjęto na podstawie udostępnionych przez Zamawiającego materiałów, w szczególności informacji z KGHM z dnia 17.05.2022, na I oraz II kategorię terenu górniczego, oraz Korektą do Zmiany nr 24 z 27.10.2023 wystawioną przez Zamawiającego w trakcie postępowania przetargowego. Obszar zabezpieczeń przyjęto jako zgodny w swym zakresie oraz wartości kategorii górniczej z załącznikami do przytoczonej Informacji (t.j. od początku opracowania do ok. km 7+600). Ze względu na niską kategorię terenu górniczego, a tym samym niewielkie wartości prognozowanych parametrów eksploatacji, dla robót drogowych przyjęto zabezpieczenie w postaci dodatkowych wkładek z materiałów geosyntetycznych w dolnych warstwach asfaltowych (kategoria I i II) oraz wkładki geosyntetycznej u spodu konstrukcji (dla kategorii II), czyli konstrukcje zgodne z Korektą do Zmiany nr 24 Zamawiającego. Oprócz wymienionych elementów wzmocnienia, oczywiście przewidziano stosowanie dodatkowych elementów jak geomaterace, materace spinające, przyskarpowe wkładki geosyntetyczne celem zapewnienia wymaganych stateczności planowanych nasypów jeżeli będzie taka konieczność. Koszt jednostkowy wykonania wzmocnienia przyjęty do oferty mieści się w przedziale 20-80zł/m² netto, ostateczny koszt jednostkowy zostanie ustalony po uzgodnieniach z KGHM i negocjacjach z dostawcami materiałów. Koszt wykonania dokumentacji niezbędnej do sporządzenia kosztorysów różnicowych, jest ujęty w koszcie dokumentacji projektowej. Koszt wykonania kosztorysów różnicowych wynosi 50000zł netto.”

Zamawiający słusznie wskazał, iż w wyjaśnieniach Wykonawca nie wskazuje, jakie elementy zabezpieczeń przed potencjalnymi wpływami eksploatacji górniczej zostały przyjęte dla robót branżowych oraz dla robót mostowych. W związku z brakiem określenia elementów zabezpieczeń dla powyższych robót Zamawiający nie przyjął wyjaśnień dla badania rażąco niskiej ceny w powyższym zakresie. Wskazany w wyjaśnieniach Wykonawcy szacunek kosztów wykonania elementów zabezpieczeń robót drogowych opisany jako przedział: 20-80 zł/m² netto został przez Zamawiającego zinterpretowany, przy uwzględnieniu, iż zakres wzmocnień (długość odcinka wzmocnień dla trasy głównej od km 0+000 do km 7+600 tj. 7600 m, szerokość materaca ok. 30 m, wynikowo powierzchnia: 228 000 m²) może kształtować się w przedziale od 4 560 000 zł netto do 18 240 000 netto. Brak wskazania elementów zabezpieczeń, kwot jednostkowych przyjętych zabezpieczeń uniemożliwia Zamawiającemu analizę oferty Wykonawcy.

Odwolujący nie odniósł się do tego uzasadnienia w sposób merytoryczny podnosząc te same tezy o udzieleniu odpowiedzi na pytanie, jak również braku możliwości wskazania kosztów jednostkowych przy wskaźnikowym wyliczeniu ceny prezentowanej w ofercie. Ocena Zamawiającego został przeprowadzona w jedyny możliwy sposób, uwzględniając zakres informacji przekazanej przez Wykonawcę. Sam Wykonawca zidentyfikował obszar zabezpieczeń, wyznaczony *od początku opracowania do ok. km 7+600*, odnosząc się wyłącznie do umocnienia w obszarze robót drogowych, co nie uwzględnia robót mostowych, w tym wskazanych w załączniku do wyjaśnień obiektów inżynierskich – 8 obiektów mostowych. Nawet w odniesieniu do tych obiektów Wykonawca opatrzył przedstawione w tabeli informacje komentarzem, iż *ostateczny dobór konstrukcji obiektów inżynierskich zostanie dokonany podczas wykonywania projektu budowlanego* (w odpowiedzi na pytanie).

Powyższe prowadziło do uznania, iż Wykonawca wyjaśnieniami nie rozwiał wątpliwości dotyczących rażąco niskiej ceny, co uzasadniało odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy.

Odnosząc się do stwierdzonej w uzasadnieniu odrzucenia oferty niezgodności z warunkami zamówienia, w odwołaniu wskazane zostały odpowiedzi na pytania nr 25 i 29, na podstawie których Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca nie przewidział wymaganego w PFU w pkt 1.2.3.1 ppkt 19) monitoringu geotechnicznego oraz przyjął do wyceny niezgodnie z wymogami wartości skrajni (lit. D odwołania).

Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 25 o treści: „*Prosimy o podanie, wszystkich drogowych obiektów inżynierskich jakie wykonawca przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU, wraz z następującymi informacjami dla każdego obiektu osobno:*”

- a) przeszkoda
- b) sposób pokonania przeszkody,
- c) przewidywany kilometr drogi,
- d) rodzaj obiektu inżynierskiego/rodzaj obiektu mostowego
- e) przewidywana długość całkowita i rozpiętości przęseł w [m]
- f) elementy drogi na obiekcie w [m]
- g) całkowita szerokość obiektu [m]
- h) rodzaj konstrukcji,
- i) rodzaj posadowienia,
- j) skrajnia,
- k) koszt wskaźnikowy w PLN/m².”

udzielił następujących wyjaśnień:

„*W załączniku 5 przedstawiono tabelę obiektów inżynierskich, które Wykonawca przyjął do określenia wartości oferty.*”

Ostateczny dobór konstrukcji obiektów inżynierskich zostanie dokonany podczas wykonywania projektu budowlanego.”

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, iż w jego ocenie Wykonawca *nie uwzględnił w odpowiedzi, a w konsekwencji w ofercie wymagań PFU dot. zwiększenia skrajni o 20 cm dla wszystkich obiektów i dodatkowego zwiększenia skrajni o 10 cm dla obiektów będących na obszarze potencjalnych wpływów eksploatacji górniczej.*

Wykonawca w odpowiedzi na pytanie nr 29 o treści: „*Jakie pozycje Wykonawca uwzględnił w kosztach w ramach prowadzenia monitoringu geotechnicznego oraz monitoringu elementów drogi i obiektów inżynierskich wynikających z lokalizacji inwestycji na terenach występowania potencjalnych wpływów eksploatacji górniczej. Prosimy o wyszczególnienie wraz z kwotami.*”

udzielił następujących wyjaśnień:

„*Ze względu na występowanie jedynie I i II kategorii obszaru górniczego oraz brak ryzyka wystąpienia deformacji nieciągłych, w oparciu o załączoną w dokumentacji przetargowej prognozę parametrów wpływów eksploatacji górniczej, w ocenie Wykonawcy nie jest konieczne prowadzenie szczególnie skomplikowanego (a tym samym kosztownego) systemu monitoringu geotechnicznego na przedmiotowym odcinku. Dotyczy to zarówno etapu projektowania, wykonania jak i następnie eksploatacji. Największym problemem jest nieprzewidywalność zarówno momentu wystąpienia deformacji podłoża, jak i dokładnej ich lokalizacji. Z kolei na etapie eksploatacji utrudnione jest prowadzenie ewentualnej dyskusji z KGHM na temat potencjalnego spełnienia lub przekroczenia wartości progowych deformacji ustalonych w ich opracowaniach i uzgodnieniach. Prognozowane przez KGHM wielkości parametrów eksploatacji Wykonawca ocenia jako niskie i w sposób bezpieczny możliwe do przeniesienia przez obiekty zabezpieczone wg założeń przedstawionych w pkt. 10. Bazując na swoim doświadczeniu, Wykonawca proponuje przede wszystkim wykorzystanie metod geodezyjnych do stworzenia siatki punktów stałych zastabilizowanych w obszarze inwestycji, ale poza bezpośrednim korpusem planowanej drogi. Taka siatka, której pomiar zerowy powinien nastąpić jeszcze przed przystąpieniem do robót, uzupełniona o pomiary punktów stałych naniesionych na obiektach inżynierskich, jezdnich (gwoździe geodezyjne) umożliwi zarówno ocenę*”

poprawności wykonanych prac przez Wykonawcę. Przyjęty przez Wykonawcę do oferty koszt geodezyjnego systemu monitoringu wynosi 350 000,00 PLN."

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, iż w jego ocenie Wykonawca w wycenie nie uwzględnił monitoringu geotechnicznego. W pkt. 1.2.3.1 ppkt. 19) PFU Zamawiający zawarł informację o konieczności wykonania monitoringu geotechnicznego: „19) Wykonawca zaprojektuje, wykona oraz w okresie poprzedzającym rozpoczęcie Robot budowlanych, w trakcie ich realizacji oraz po zakończeniu budowy (do daty wystawienia Świadectwa Wykonania) zapewni prowadzenie monitoringu geotechnicznego obiektu budowlanego, obiektów sąsiadujących i terenu przyległego w zakresie dostosowanych do charakteru inwestycji z uwzględnieniem wymagań określonych w polskich normach. Po zakończeniu prowadzenia monitoringu Wykonawca prześle Zamawiającemu pełną dokumentację systemu monitoringu oraz urządzenia w zakresie niezbędnym.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający w sposób zgodny z treścią wyjaśnień ustalił, iż oferta nie uwzględnia wykonania zamówienia zgodnie z wytycznymi zawartymi w wiążących wykonawców dokumentach zamówienia (PFU), co ma odniesienie do oświadczenia dotyczącego przyjętego do wyceny monitoringu geotechnicznego prowadzonego metodami geodezyjnymi. Wykonawca wskazał wprost na zamiar prowadzenia pomiarów geodezyjnych, jako metody prowadzenia obserwacji zachowań podłoża (obserwacji odkształceń), z wykorzystaniem siatki punktów stałych zastabilizowanych w obszarze inwestycji, ale poza bezpośrednim korpusem planowanej drogi. Taka siatka, której pomiar zerowy powinien nastąpić jeszcze przed przystąpieniem do robot, uzupełniona o pomiary punktów stałych naniesionych na obiektach inżynierskich, jezdniach (gwoździe geodezyjne) umożliwi zarówno ocenę poprawności wykonanych prac przez Wykonawcę. Dalej, już w odwołaniu wyjaśniając wybraną metodę prowadzenia obserwacji, Odwołujący wskazał, iż, założona przez Wykonawcę częstotliwość prowadzenia pomiarów, oraz zakres obserwacji (teren przyległy, obszar budowli ziemnych – korpusu drogowego, konstrukcji inżynierskich) jest zgodny z obowiązującymi normatywami prawnymi oraz zaleceniami, w tym również zaakceptowanymi przez zespół opiniujący Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad - m.in. opracowaniami: "Wytyczne wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego. Część 3: Geomonitoring. Monitoring podłoża budowlanego i elementów konstrukcyjnych. Tom 1. Część ogólna, oraz Tom 2. Część szczegółowa. Wytyczne".

Odnosząc się do tych argumentów skład orzekający uznał, iż sam monitoring geodezyjny, jako obserwacja odkształceń podłoża, nie jest tym czego oczekuje Zamawiający wskazując w PFU na konieczność wykonania monitoringu geotechnicznego: „19) Wykonawca zaprojektuje, wykona oraz w okresie poprzedzającym rozpoczęcie Robot budowlanych, w trakcie ich realizacji oraz po zakończeniu budowy (do daty wystawienia Świadectwa Wykonania) zapewni prowadzenie monitoringu geotechnicznego obiektu budowlanego, obiektów sąsiadujących i terenu przyległego. Wymaganiem przez Zamawiającego jest również przekazanie po zakończeniu prowadzenia monitoringu pełnej dokumentacji systemu monitoringu oraz urządzeń w zakresie niezbędnym.

Jak wskazał sam Odwołujący system tworzący monitoring geotechniczny jest szczególnie skomplikowany i kosztowny, a w jego ocenie na przedmiotowym odcinku drogi nie jest konieczny. Dotyczy to zarówno etapu projektowania, wykonania jak i następnie eksploatacji. Niezależnie od ustalenia co stanowić miało ten system, takie oświadczenie wprost wskazuje, że Wykonawca składając ofertę nie zakładał stworzenia systemu, co miałoby wpływ na koszty i cenę oferty. Ponadto, przyjęta metoda monitoringu geodezyjnego nie miałaby być wykorzystywana w ciągu drogi, a w obszarze inwestycji, ale poza bezpośrednim korpusem planowanej drogi. Powyższe prowadzi do wniosku, iż założona metoda nie pozwoliłaby na prowadzenie w okresie poprzedzającym rozpoczęcie Robot budowlanych, w trakcie ich realizacji oraz po zakończeniu budowy (do daty wystawienia Świadectwa Wykonania) zapewni prowadzenie monitoringu geotechnicznego obiektu budowlanego, obiektów sąsiadujących i terenu przyległego (jak oczekiwał tego Zamawiający).

W ocenie składu orzekającego powołanie się na „Wytyczne wykonywania badań (...)”, nie modyfikowało oczekiwania Zamawiającego wyartykułowanego w PFU, co do konieczności stworzenia systemu monitoringu geotechnicznego obiektu budowlanego, który byłby wykorzystywany zarówno w trakcie realizacji robót, jak i po ich zakończeniu, już po przekazaniu Zamawiającemu dokumentacji wraz z niezbędnymi urządzeniami. Odwołujący sam określił ten system jako kosztowny, jednak w jego ocenie zbędny dla tej inwestycji drogowej. Powyższe w zasadzie czyni zbędnym dalsze poszukiwanie uzasadnienia dla uznania oferty Odwołującego za niezgodną z wymaganiami Zamawiającego.

Wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty niezgodności w zakresie wartości skrajni nie miały w ocenie Izby w tej sytuacji większego znaczenia, chociaż skala stwierdzonych niezgodności, uwzględniając ich znaczenie dla wyceny prezentowanej w wyjaśnieniach, wydaje się pomijalna.

Odwołanie 901/24.

W związku ze sprzeciwem uczestnika przystępującego po stronie Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Usług

Technicznych Intercor Sp. z o.o. wobec uwzględnienia w całości odwołania przez Zamawiającego, odwołanie skierowane zostało do rozpoznania w pełnym zakresie.

W odwołaniu kwestionowana jest prawidłowość oceny oferty wybranej (Intercor) z uwagi na jej rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, która miałyby dotyczyć:

- a. zaoferowania wykonania robót budowlanych w zakresie konstrukcji nawierzchni i podbudowy drogi na odcinku ok. 7 km w technologii odmiennej niż wymagana przez Zamawiającego, tj. poprzez przyjęcie standardu TYP 1 w miejsce wymaganego TYP 4;
- b. nieuwzględnienia w ofercie wymogów narzuconych przez Zamawiającego co do niwelet wysokościowych, koniecznych do usunięcia kolizji i parametrów obiektów inżynierskich i związanego z tym zakresu robót ziemnych;

Odwołujący zarzuty te wywodził z analizy odpowiedzi co do treści oferty, udzielonych w wyjaśnieniach z dnia 08.12.2023 r. oraz 03.01.2024 r.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do argumentu Intercor, iż wskazane w podstawie zarzutu niezgodności nie stanowiły treści oferty, a tym samym nie mogły prowadzić do jej odrzucenia, skład orzekający przywołuje wyrok Sądu Zamówień Publicznych prezentowany w pierwszej części rozstrzygnięcia, kwestionujący prawidłowość stanowiska wyrażonego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.12.2022 r., sygn. akt KIO 3088/2 (przywoływanym przez Przystępującego Intercor). W całości argumentacja Sądu związana z badaniem zgodności treści oferty znajduje odniesienie do kwestii możliwości i potrzeby składania wyjaśnień dotyczących treści zobowiązania wykonawcy do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w PFU, dla zamówienia prowadzonego w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Ocena wyjaśnień musi przy tym uwzględniać pozostawioną wykonawcom, zapisami PFU swobodę w projektowaniu rozwiązania, jakie zamierza zrealizować w ramach zaoferowanej ceny. Nie oznacza to jedna, iż wyjaśnienia w części w jakiej wprost pozostawałyby sprzeczne z wytycznymi Zamawiającego, nie mają znaczenia dla oceny merytorycznej oferty i możliwości jej odrzucenia, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Ponieważ oferta stanowi zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu w sposób odpowiadający wymaganiom, wycena prac musi uwzględniać te wymagania, co pozwala ocenić ją jako porównywalną z innymi ofertami. Brak konieczności szczegółowej prezentacji w ofercie założeń projektowych nie oznacza, że treścią zobowiązania wykonawcy zostało ujęte wykonanie jakiegoś projektu budowlanego, ale takiego, który jest zgodny z wytycznymi opisanymi w dokumentacji zamówienia. Wyjaśnienia treści zobowiązania wykonawcy (treści oferty) mają zatem na celu wyłącznie zbadanie, czy założenia poczynione na etapie przygotowania oferty pozwolą na uzyskanie świadczenia spełniającego oczekiwania Zamawiającego.

W świetle zgromadzonego materiału dowodowego Izba oddaliła odwołanie 901/24 uznając, iż nie mogło odnieść skutku, gdyż podstawy na jakich oparte zostały zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wybranej nie miały uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy. Co istotne, o istnieniu niezgodności oferty z swz, nie mogła przesądzać wybiórcza analiza wyjaśnień Intercor, bez uwzględnienia kontekstu udzielonych odpowiedzi, nadanego treścią pytań, jak i charakterem samego zadania inwestycyjnego. Przyjęcie wniosków prezentowanych w odwołaniu prowadziłoby do uznania, iż odpowiedzi, które miały walor wstępnych założeń w tym znaczeniu, iż nie mogły uwzględniać wszystkich danych koniecznych i możliwych do pozyskania dopiero na etapie prac projektowych, które stanowią przedmiot zamówienia, miałyby przesądzać o kształcie przyszłych rozwiązań konstrukcyjnych, a do tego konieczne byłoby konkretne ich opisanie, co nie miało miejsca na etapie składanych wyjaśnień. Tym samym, należało uznać, iż Odwołujący nadał znaczenie odpowiedziom na dwa pytania, które nie uwzględniało rzeczywistego kontekstu, jak i nie miało odniesienia do pełnej treści PFU i opisanych wymagań konstrukcyjnych. Tak sformułowane zarzuty nie mogły zatem prowadzić do uznania, iż zaoferowano przedmiot niespełniający parametrów zasadniczych, możliwych do oceny przed etapem projektowania przyszłych prac budowlanych.

Odnosząc się do pierwszej z niezgodności, miałyby ona wynikać z wyjaśnień, tj. zaoferowania wykonania robót budowlanych w zakresie konstrukcji nawierzchni i podbudowy drogi na odcinku ok. 7 km w technologii odmiennej, niż wymagana przez Zamawiającego, tj. poprzez przyjęcie standardu TYP 1 w miejsce wymaganego TYP 4.

Zamawiający nadał Korektą do Zmiany nr 24 z dnia 27.10.2023 r. ostateczną treść pkt 2.1.1.1. PFU „Konstrukcja nawierzchni” wyróżniając wymogi dla obszaru obejmującego potencjalny wpływ eksploatacji górniczej, dla którego *konstrukcję nawierzchni należy przyjąć zgodnie z poniższym rozwiązaniem, zgodnym z Tablicą 9.1 TYP A1 lub Tablicą 9.2 TYP A2 KTKNPiP dla górnych warstw konstrukcyjnych:*

- 1) Warstwa ścieralna z SMA o grubości 4cm,

- 2) Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego o grubości 8 cm,
- 3) Górna warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego o grubości 16 cm,
- 4) Dolna warstwa podbudowy zasadniczej:
 - z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 o grubości 20cm – Tablica 9.1 Typ A1 lub z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C50/30 o grubości 22 cm – Tablica 9.2. Typ A2 KTKNPiP oraz zgodnym z Tablicą 8.2 KTKNPiP TYF 4 dla dolnych warstw konstrukcyjnych (...).

Należy zaprojektować indywidualnie i wykonać wzmocnienie pod konstrukcję nawierzchni. Dla zakresu obejmującego potencjalne wpływy eksploatacji górniczej (zgodnie z pismem KGHM – uzgodnienie nr 40) obowiązuje indywidualne projektowanie wzmocnienia pod konstrukcją nawierzchni i nie mają zastosowania zapisy punktu 2.1.1.3 PFU.

Zamawiający odwołał się do Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych (KTKNPiP) stanowiącego załącznik nr 31 z 2014 r. GDDKiA – do którego odsyła w pkt 2.1.5.1 PFU.

Zgodnie treścią samego Katalog - pkt 2 „Zakres stosowania Katalogu i ograniczenia”, *Katalog nie jest przystosowany do projektowania konstrukcji nawierzchni na terenach szkód górniczych. Wzmocnienia podłoża na terenach szkód górniczych muszą być projektowane indywidualnie. Po zapewnieniu wymaganego wzmocnienia podłoża na terenach szkód górniczych możliwe jest przyjęcie górnych warstw konstrukcji nawierzchni z Katalogu.*

Według Odwołującego zapisy 2.1.1.1. PFU wskazują na obligatoryjne zastosowanie dolnych warstw konstrukcji i ulepszonego podłoża według wymagań dla Typu 4, które składają się z 35 cm warstwy PP (podbudowa pomocnicza z mieszanki niezwiązanej o $CBR \geq 60\%$) oraz 40 cm warstwy WUP (warstwa ulepszonego podłoża z mieszanki niezwiązanej lub gruntu niewysadzanego o $CBR \geq 20\%$) – łączna grubość 75 cm.

Obaj Wykonawcy składali wyjaśnienia w odpowiedzi na te same pytania i dla zakresu objętego wpływami eksploatacji górniczej wskazali na przyjęte rozwiązania w zakresie konstrukcji nawierzchni:

Wyjaśnienia Intercor	Wyjaśnienia Odwołującego
<u>Rozwiązanie górnych warstw konstrukcji nawierzchni – nawierzchnia bitumiczna KR6</u> 4 cm warstwa ścieralna – mieszanka mastykowo-grysowa SMA z asfaltu PMB 45/80-65 8 cm warstwa wiążąca – beton asfaltowy z asfaltem modyfikowanym polimerami PMB 25/55-60 16 cm podbudowa zasadnicza – beton asfaltowy z asfaltem modyfikowanym polimerami PMB 25/55-60 20 cm podbudowa zasadnicza – mieszanka niezwiązana z kruszywem C90/3 48 cm RAZEM Dolne warstwy konstrukcji nawierzchni <u>Dolne warstwy konstrukcji nawierzchni i ulepszonego podłoża – KR6 podłoże G4</u> 15 cm podbudowa pomocnicza – mieszanka związana spoiwem hydraulicznym C5/6 20 cm warstwa mrozoochronna – mieszanka niezwiązana lub grunt niewysadzinowy o $CBR \geq 35\%$ 25 cm warstwa ulepszonego podłoża z gruntu stab. spoiwem hydraulicznym lub wapnem C1,5/2	Trasa Główna DK12 – KR6 Warstwa ścieralna z SMA, gr. 4 cm, PMB 45/80-65 Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego, gr. 8 cm, PMB 25/55-60 Górna warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego, gr. 16 cm, PMB 25/55-6 Dolna warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3, gr 20 cm Indywidualne wzmocnienia pod konstrukcją nawierzchni zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 10.

Odwołujący określił, jako niezgodne z warunkami zamówienia przyjęcie przez Intercor dolnej warstwy konstrukcji

nawierzchni i ulepszono podłoża o łącznej grubości 60 cm, z zastosowaniem mieszanek związanych spoiwami hydraulicznymi lub wapnem, co nie odpowiada rozwiązaniu dolnych warstw konstrukcji nawierzchni TYP 4.

Punktem odniesienia przy ocenie wyjaśnień była treść pkt 2.1.1.1. PFU „Konstrukcja nawierzchni” określająca wymogi dla obszaru obejmującego potencjalny wpływ eksploatacji górniczej, dla którego *konstrukcję nawierzchni należy przyjąć zgodnie z poniższym rozwiązaniem, zgodnym z Tablicą 9.1 TYP A1 lub Tablicą 9.2 Typ A2 KTKNPiP dla górnych warstw konstrukcyjnych (podkreślenie własne):* Dolna warstwa podbudowy zasadniczej:

- *z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 o grubości 20cm – Tablica 9.1 Typ A1 lub z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C50/30 o grubości 22 cm – Tablica 9.2. Typ A2 KTKNPiP oraz zgodnym z Tablicą 8.2 KTKNPiP TYP 4 dla dolnych warstw konstrukcyjnych (...).*

W ocenie składu orzekającego opisane w ten sposób w PFU wytyczne nie były spójne i wprowadzały niejasnym sens wskazania przy opisie dolnych warstw podbudowy zasadniczej, stanowiącej element górnej warstwy konstrukcyjnej, na tablicę 8.2 i TYP 4 dla dolnych warstw konstrukcyjnych. W zestawieniu z dalszym zapisem wskazującym na potrzebę indywidualnego zaprojektowania wzmocnienia pod konstrukcję nawierzchni, jak również wyłączeniem stosowania katalogu do projektowania konstrukcji nawierzchni na terenach szkód górniczych (pkt 2.8), czego Zamawiający nie był w stanie wyjaśnić na rozprawie, skład orzekający uznał, iż pkt 2.1.1.1 PFU zawierał wytyczne wiążące dla górnych warstw konstrukcyjnych, w tym dolnej warstwy podbudowy zasadniczej. Tylko w ten sposób możliwe jest utrzymanie spójności treści dokumentów, które nawiązują do *Katalogu* wymagającego indywidualnego projektowania wzmocnienia podłoża na terenach górniczych, co pozwala na przyjęcie górnych warstw konstrukcji nawierzchni z *Katalogu*.

W obu ofertach przyjęto zgodnie z PFU rozwiązanie konstrukcji nawierzchni w zakresie górnej warstwy konstrukcyjnej i wykonania dolnej warstwy podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej kruszywem C90/3, gr. 20 cm (TYP A1) i kategorii ruchu KR6. W odniesieniu do dolnej warstwy konstrukcyjnej, żaden z Wykonawców nie wskazał na rozwiązanie opisane w *Katalogu* jako TYP 4 (tablica 8.2). Obaj Wykonawcy mieli świadomość obowiązywania na obszarach wpływów eksploatacji górniczej indywidualnego projektowania wzmocnienia pod konstrukcją nawierzchni. Wynika to z odpowiedzi Odwołującego w wyjaśnieniach oraz stanowiska Przystępującego Intercor, którym uzasadniał odstępstwo od stosowania rozwiązania katalogowego dla dolnej warstwy konstrukcji nawierzchni. Oferta Intercor w zakresie całego pakietu górnych warstw konstrukcyjnych (4 warstwy) odpowiada wymaganiom z PFU, odnoszącym się do górnych warstw konstrukcyjnych nawierzchni.

Odwołujący w sposób wybiórczy nadawał znaczenie treści *Korekty*, która pozostawała w sprzeczności z tym, jak sam rozumiał i wyjaśniał konstrukcje nawierzchni. Dopiero całościowa analiza dokumentu PFU pozwala właściwie określić warunki projektowania, w tym możliwość przyjęcia różnych rozwiązań konstrukcyjnych nawierzchni, w tym dla kategorii ruchu KR6, również w zakresie górnej i dolnej warstwy konstrukcji przy uwzględnieniu szczególnych warunków, jakie towarzyszą budowie na obszarze obejmującym potencjalny wpływ eksploatacji górniczej. Zamawiający w PFU wskazał wprost, iż *Należy zaprojektować indywidualnie i wykonać wzmocnienie pod konstrukcję nawierzchni. Dla zakresu obejmującego potencjalne wpływy eksploatacji górniczej (zgodnie z pismem KGHM – uzgodnienie nr 40) obowiązuje indywidualne projektowanie wzmocnienia pod konstrukcją nawierzchni i nie mają zastosowania zapisy punktu 2.1.1.3 PFU.*

Kolejną mającą wskazywać na niezgodność z warunkami zamówienia jest nieprawidłowe ukształtowanie wysokościowe Trasy Głównej w stosunku do wymagań swz i niezgodność rozwiązań obiektów mostowych w zakresie przeszkód koniecznych do pokonania oraz przyjętych skrajni pionowych obiektów mostowych. Odwołujący formułował swoje wnioski odnosząc się do wysokości nasypów w określonych punktach, co ma wpływ na ilość materiału, jaką trzeba w ramach inwestycji dostarczyć lub usunąć z terenu budowy, co było przedmiotem wyjaśnień z Wykonawcami. Zamawiający wzywał Wykonawców do przedstawienia zakładanego bilansu robót ziemnych z podziałem wg pikietażu co 1 km. W ocenie Odwołującego bilans przedstawiony przez Intercor jest niezgodny z warunkami zamówienia i niewiarygodny.

Intercor na rozprawie przedstawił poglądowy przebieg niwelety na całym odcinku inwestycji, który Odwołujący skomentował jako prawidłowy, jednocześnie kwestionując możliwość zachowania skrajni pionowych obiektów inżynierskich, co podnosił w odwołaniu. Intercor odnosząc się do wartości wskazanych w wyjaśnieniach dla poszczególnych obiektów inżynierskich rysowało każdy obiekt prezentując ich parametry w przekroju podłużnym. W wyjaśnieniach Wykonawca nie wskazywał skrajni pionowej dla obiektów inżynierskich, a wnioski o jej niezgodności z warunkami Odwołujący opierał wyłącznie na interpretacji ogólnej uwagi referującej do zapisów w dokumentacji.

Prezentowane przez Intercor na rozprawie materiały, pozostawały w zgodzie z treścią wyjaśnień, w których określił wprost parametry obiektów inżynierskich (szerokości). Odwołujący nie udowodnił niezgodności, co do projektowanych

obiektów inżynierskich, w tym braku możliwości ich wykonania przy uwzględnieniu wymagań wynikających z dokumentacji postępowania w zakresie skrajni pionowej. Z bilansu robót ziemnych Intercor wynika dużo większa ilość materiału, jaki został założony do wbudowania, co ma wprost przełożenie na wysokości nasypów możliwą do wykonania. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach zakłada dużo niższy bilans robót ziemnych (o ok. 500 tys m3) od zakładanego przez Intercor. W tych okolicznościach formułowanie zarzutu o niedostatecznym przyjęciu założeń w ofercie wybranej staje się całkowicie gołosłowne. Szczegółowa analiza niwelety na obecnym etapie nie ma znaczenia, a istotne z punktu widzenia oceny oferty pozostają główne założenia, co do parametrów obiektów inżynierskich, jak i bilansu robót ziemnych. Wykonawcy składając wyjaśnienia nie formułowali ostatecznego przebiegu niwelety, co będzie dopiero etapem projektowania robót budowlanych. Pewne niejasności wytknięte przez Odwołującego na rozprawie i prezentowane w rozbiciu na konkretny kilometr trasy, która dopiero zostanie w szczegółach dopracowana na etapie prac projektowych nie miały zasadniczego znaczenia dla oceny założeń wskazanych w wyjaśnieniach. Istotną dla ich oceny była wielkość założonych robót ziemnych, istotnie przekraczając wielkości przyjęte przez Odwołującego w wyjaśnieniach. Jaskrawym przykładem może być złożona na rozprawie niweleta opracowana przez Odwołującego bez jakiegokolwiek prawidłowego oznaczenia umożliwiającego identyfikację parametrów obiektów inżynierskich.

W świetle powyższego Izba nie stwierdziła, aby wyjaśnienia mogły prowadzić do uznania oferty Intercor za niezgodną z warunkami zamówienia.

Izba pominęła składane przez Odwołującego i Przystępującego w sprawie sygn. akt KIO 901/24 po zamknięciu rozprawy stanowiska przyjmując, jako podstawę rozstrzygnięcia dowody i ustalenia poczynione w trakcie rozprawy (przedstawione w uzasadnieniu).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł do każdego z odwołań, a także uzasadnione koszty Zamawiającego (sygn. akt KIO 891/24) i Przystępującego po stronie Zamawiającego (sygn. akt KIO 901/24), wykazane rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi w całości Odwołujących w obu sprawach.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....