Sygn. akt:KIO 3158/23
KIO 3175/23

WYROK
z dnia 4 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10, 20 oraz 28 listopada 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez:

A.wykonawcę Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 3158/23),
B.wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 3175/23)

w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach w imieniu i na rzecz zamawiającego: Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A.wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3158/23 po stronie zamawiającego,

B.wykonawcy Stecol Corpooration z siedzibą w Tianjin (Chiny)zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3158/23 oraz o sygn. akt KIO 3175/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

I.KIO 3158/23

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowiena podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

II.KIO 3175/23

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od odwołującego Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca: ……..

……

.....

Sygn. akt:KIO 3158/23
KIO 3175/23

U z a s a d n i e n i e

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach prowadzi w imieniu i na rzecz zamawiającego: Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający"), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Kielce — Nisko, odc. Cedzyna — Łagów wraz z obwodnicą Łagowa"; nr ref.: O.Ki.D-3.2410.2.2023.jr (dalej: „Postępowanie") Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 lutego 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 025-073109.

KIO 3158/23

I. W dniu 23 października 2023 r. wykonawca Mota-Engil Central Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący Mota-Engil") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin, Chiny (dalej: „Wykonawca Stecol") oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego Mota-Engil jako zawierającej rażąco niską cenę oraz której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący Mota-Engil zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp"):

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego Mota-Engil jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem w stosunku do przedmiotu zamówienia, ze względu na błędne przyjęcie, że złożone przez Odwołującego Mota-Engil wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego Mota-Engil w wyniku błędnego przyjęcia, że treść oferty Odwołującego Mota-Engil jest niezgodna z warunkami zamówienia;

   a w konsekwencji:

3. art. 239 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Stecol jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu jest oferta Odwołującego Mota-Engil, jako oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu oraz oferta z najniższą ceną lub kosztem.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący Mota-Engil wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Mota-Engil, z uwzględnieniem zarzutów odwołania;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego Mota-Engil jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, z uwzględnieniem zarzutów odwołania.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Odwołujący Mota-Engil przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 9 listopada 2023 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 7 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

1. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie. W piśmie stanowiącym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawca ten stwierdził, że odwołanie winno zostać oddalone w odniesieniu do zarzutów dotyczących dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego Mota-Engil.
2. Wykonawca Stecol. Stanowisko w sprawie Wykonawca Stecol przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 8 listopada 2023 r. Wykonawca Stecol uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

KIO 3175/23

I. W dniu 23 października 2023 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący Budimex") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

–wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Stecol, pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia;
–zaniechania odrzucenia Wykonawcy Stecol, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
–zaniechania wyboru oferty Odwołującego Budimex jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu.

Odwołujący Budimex zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Stecol, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym Programu Funkcjonalno – Użytkowego (dalej: „PFU"), w zakresie następujących elementów:

–wzmocnienie podłoża gruntowego (1. ponad dwa razy mniejsza powierzchnia wzmocnienia niż to konieczne; 2. nieprawidłowy sposób wzmocnienia na obszarach zjawisk krasowych – sam „ewentualny" materac bez innego rodzaju wzmocnienia np. kolumny),
–nieprawidłowe posadowienie obiektów (posadowienie bezpośrednie zamiast pośredniego, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego),
–nieprawidłowe parametry obiektów, tj.:

- wiaduktów drogowych nad trasą główną (dziewięć obiektów, dla których przyjęto zbyt małą szerokość),
- wiaduktów i mostów w ciągu trasy głównej (1. siedem obiektów, dla których przyjęto zbyt małą szerokość, 2. dwa obiekty, dla których przyjęto zbyt małą długość; 3. jeden obiekt niespełniający parametru widoczności na zatrzymanie dla prędkości do projektowania określonej w PFU – pkt 1.1.3.1 Vdp = 130 km/h),
- tunelu (dawniej przejścia podziemnego) dla pieszych (zbyt mała długość tunelu (dawnej przejścia podziemnego) dla pieszych),

co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący Budimex wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

–unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Stecol i powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
–odrzucenia oferty Wykonawcy Stecol na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania;
–uznania oferty złożonej przez Odwołującego Budimex za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

III. Pismem wniesionym w dniu 7 listopada 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Dodatkowe stanowisko w sprawie (uzupełnienie odpowiedzi na odwołanie) Zamawiający przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 10 listopada 2023 r.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Stecol. Stanowisko w sprawie Wykonawca Stecol przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 8 listopada 2023 r. Wykonawca Stecol uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Pisemne stanowisko w sprawie Wykonawca Stecol przedstawił również w piśmie wniesionym w dniu 24 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 3158/23

W toku badania i oceny ofert Zamawiający wystosował do Odwołującego Mota-Engil dwa wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (wezwania z dnia 19 czerwca oraz 14 lipca 2023 r.). Odpowiedzi na ww. wezwania Odwołujący Mota-Engil udzielił pismami z dnia 4 oraz 20 lipca 2023 r. W dniu 11 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Wykonawcy Stecol jako najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych, w tym ofercie Odwołującego Mota-Engil na podstawie przepisówart. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego Mota-Engil jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem w stosunku do przedmiotu zamówienia, ze względu na błędne przyjęcie, że złożone przez Odwołującego Mota-Engil wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Mota-Engil na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający m.in. powołał się na treść pytań nr 35 oraz 39 z wezwania z dnia 19 czerwca 2023 r. oraz nr 3 i 4 z wezwania z 14 lipca 2023 r. i odpowiedzi udzielonych na te pytania przez Odwołującego Mota-Engil.

Na podstawie odpowiedzi udzielonych przez Odwołującego Mota-Engil Zamawiający ustalił okoliczności, które w jego ocenie stanowiły przesłanki odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, tj.:

1. Po pierwsze, Zamawiający stwierdził, że odpowiedź Odwołującego Mota-Engil na pytanie nr 35 nie zawiera wskazanej wartości przeprowadzenia badań geofizycznych georadarem.

W odwołaniu Odwołujący Mota-Engil zarzucił, że z treści pytania nr 35 w żadnym miejscu nie wynikało, że Zamawiający w odpowiedzi chce otrzymać wycenioną kwotę planowanych badań, tak jak to miało miejsce w pytaniu nr 15, 16 i 19, w treści których Zamawiający wprost pytał o „wartość". Zdaniem Odwołującego Mota-Engil treść tego pytania jednoznacznie wskazuje na pytanie o strukturę oferty wykonawcy, a nie o wartość poszczególnych pozycji.

Odnosząc się do powyższego Izba podzieliła zdanie Odwołującego Mota-Engil, że w pytaniu nr 35 Zamawiający nie spytał wprost o wartość przeprowadzenia badań geofizycznych georadarem. W pytaniu tym Zamawiający zapytał m.in. o to na jakim poziomie wykonawca uwzględnił w ofercie przeprowadzenie badań geofizycznych georadarem. Słowu „poziom" można nadać różne znaczenia. Odwołujący wskazał na poziom agregacji kosztorysu, z kolei wykonawca Polimex na poziom głębokości rozpoznania podłoża. Jeżeli Zamawiający chciał się dowiedzieć jaką wartość przeprowadzenia badań geofizycznych georadarem przyjęli wykonawcy, to powinien wprost o tę wartość zapytać. Pytanie nr 35 w zakresie wskazanym powyżej nie było zatem jednoznaczne, a w takich przypadkach nieudzielenie przez wykonawcę kompletnej odpowiedzi nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Należy przypomnieć, że zamawiający obowiązani są formułować pytania w sposób precyzyjny i jednoznaczny. W przypadku niezadośćuczynienia temu obowiązkowi zamawiający powinien ponowić pytanie do wykonawcy, formułując jej w sposób nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, a nie podejmować decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy, który nie odpowiedział w pełni na niejasne pytanie zamawiającego. Wymaga również zauważenia, że jako podstawę wezwania, które zostało skierowane do wykonawców, Zamawiający podał zarówno art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, jak i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, nie wskazując konkretnie do której podstawy odnoszą się poszczególne pytania, co pogłębia nieprecyzyjny charakter ww. pytania.

2. Po drugie, Zamawiający stwierdził, że nie uzyskał od Odwołującego Mota-Engil jednoznacznej i definitywnej odpowiedzi, która wprost wskazywałaby, że zabezpieczenie zjawisk krasowych zostało wycenione w cenie oferty w pełnym zakresie - zarówno co do zaproponowanej technologii jak i konieczności jej modyfikacji. Odpowiadając na pytanie nr 3 Odwołujący Mota-Engil oświadczył, że przewidział w cenie oferty koszt wzmocnienia podłoża, wynikający z warunków gruntowych zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia. Analiza kolejnego zdania tej odpowiedzi pozwala zdaniem Zamawiającego wnioskować, że przewidziana przez Odwołującego Mota-Engil technologia nie jest wystarczająca do zabezpieczenia pustek krasowych opisanych w dokumentacji za pomocą badań grawimetrycznych (GRAW) i elektrooporowych (ERT).Odwołujący Mota-Engil z góry zakłada, że technologia ta będzie modyfikowana. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący Mota-Engil nie potwierdził jednoznacznie, że w cenie wzmocnienia uwzględnił także rezerwę finansową na koszty jego modyfikacji. Z treści udzielonej przez tego wykonawcę odpowiedzi wynika, że dostosowanie zaproponowanej technologii w przypadku wystąpienia pustek krasowych w miejscach wskazanych przez Zamawiającego jako anomalie (wyniki badań grawimetrycznych GRAW i elektrooporowych ERT) zostanie dokonane i wdrożone nie tyle w ramach zaoferowanej ceny kontraktowej, lecz zgodnie z Warunkami Kontraktu. Dokonując wykładni udzielonej odpowiedzi Zamawiający uznał, że opisana przez Odwołującego Mota-Engil technologia realizacji robót na obszarach krasowych została przewidziana w cenie kontraktowej. Jednakże w przypadku modyfikacji tej technologii, której konieczność wynika wprost z przekazanych przez Zamawiającego wyników badań podłoża gruntowego, Odwołujący Mota-Engil zamierza rozliczyć roboty dodatkowo zgodnie z Warunkami Kontraktu. Zdaniem Zamawiającego, z treści odpowiedzi udzielonej przez Odwołującego na pytanie nr 3 wynika, że cena jego oferty zawiera koszt zaproponowanej technologii, lecz nie zawiera kosztu jej modyfikacji, która zgodnie z odpowiedzią Wykonawcy byłaby rozliczana w drodze roszczenia Wykonawcy.

Odwołujący Mota-Engil stwierdził, że stanowisko Zamawiającego jest błędne, gdyż w PFU nie wymagał, aby wykonawcy uwzględnili (i wycenili) jako roboty stanowiące część kosztorysu wszystkie opisane przez Zamawiającego zjawiska krasowe. Potwierdza to, po pierwsze, jednoznaczna treść PFU oraz dokumentacji geologicznej, po drugie, treść pytań zadanych wykonawcom przez Zamawiającego w trakcie Postępowania, a dotyczących tego czy wykonawca przewidział w cenie kontraktowej ryzyka związane z koniecznością wdrożenia technologii wzmocnienia; oraz, po trzecie, wybór oferty Wykonawcy Stecol, który wskazał Zamawiającemu na brak możliwości precyzyjnego wskazania potencjalnych

obszarów, gdzie mogą wystąpić zjawiska krasowe (a tym samym, że nie mogą być one precyzyjnie wycenione w ramach robót, co Zamawiający uznał za dopuszczalne). Odwołujący Mota-Engil uwzględnił w cenie oferty, jako roboty lub na zasadzie ryzyka (które w całości obciąża wykonawcę), zabezpieczenie zjawisk krasowych na odcinkach wskazanych przez Zamawiającego w pełnym zakresie zarówno co do zaproponowanej technologii, jak i konieczności jej modyfikacji, a zatem uwzględnił wszystkie pozycje wymagane przez Zamawiającego.

Odnosząc się do powyższego należy odwołać się do treści pytań nr 3 i 4 z wezwania z dnia 14 lipca 2023 r. i odpowiedzi udzielonych przez Odwołującego Mota-Engil.

Pytanie nr 3 zostało sformułowane w następujący sposób:

„Czy Wykonawca przewidział w cenie Oferty konieczność dostosowania zaproponowanej w przekazanych wyjaśnieniach technologii wzmocnienia podłoża w sytuacji wystąpienia pustek krasowych, które zostały uprawdopodobnione jako anomalie w przekazanej Oferentom dokumentacji wskazanej w PFU pkt 1.2 ppkt 2)?"

Odpowiedź Wykonawcy z dnia 20 lipca 2023 r.:

„Wykonawca przewidział w cenie Oferty koszt wzmocnienia podłoża wynikający z warunków geologicznych wskazanych w PFU pkt 1.2 ppkt 2) zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia. Wykonawca potwierdza, że w sytuacji wystąpienia pustek krasowych, które zostały uprawdopodobnione jako anomalie w przekazanej Oferentom dokumentacji, technologia wzmocnienia podłoża zostanie dostosowana i wdrożona zgodnie z Warunkami Kontraktu."

Należy zauważyć, że istotnie Odwołujący Mota-Engil nie odpowiedział na to pytanie poprzez dokładne przywołanie jego treści, tj. na pytanie czy przewidział konieczność dostosowania technologii odpowiedział, że przewidział w cenie oferty koszt wzmocnienia podłoża i potwierdził, że technologia zostanie dostosowana i wdrożona zgodnie z Warunkami Kontraktu. Jednakże, po pierwsze, należy zgodzić się z Odwołującym Mota-Engil, że uznanie przez Zamawiającego, że sformułowanie „zgodnie z Warunkami Kontraktu" oznacza założenie wystąpienia przez Odwołującego z roszczeniem o dodatkowe wynagrodzenie wynika z nadinterpretacji odpowiedzi tego wykonawcy udzielonej na pytanie nr 3. Pojęcie „Warunków Kontraktu" jest bardzo szerokie. Zgodnie z Klauzulą 1.1.9 Szczegółowych Warunków Kontraktu pod pojęciem Kontraktu należy rozumieć Umowę podpisaną przez Zamawiającego i Wykonawcę zgodnie z Prawem zamówień publicznych, jako rezultat postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Kielce – Nisko, odc. Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa". Na Umowę składają się dokumenty kontraktowe, stanowiące jej integralną część, wymienione w § 2 ust. 2 Aktu Umowy. Zgodnie z § 2 ust. 2 Aktu Umowy:

„Na Umowę składają się następujące dokumenty, które stanowią jej integralną część i będą interpretowane w następującej kolejności:

1)Akt Umowy;
2)Warunki Szczególne Kontraktu – Część B Warunków Szczególnych (Postanowienia Szczególne);
3)Warunki Ogólne;
4)Wypełnione Dane Kontraktowe (Część A – Warunków Szczególnych);
5)Program Funkcjonalno – Użytkowy;
6)Załączniki do Programu Funkcjonalno - Użytkowego;
7)Oferta Wykonawcy wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi, oświadczeniami i innymi dokumentami:

a)Wypełniony Wykaz Płatności;
b)Wypełniony Formularz „Kryteria pozacenowe";
c)Wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące treści złożonej Oferty lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, w przypadku skierowania do Wykonawcy wezwania na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych;
d)Wyjaśnienia Wykonawcy wraz ze złożonymi dowodami w zakresie wyliczenia Ceny Oferty lub jej istotnych części składowych, w przypadku skierowania do Wykonawcy wezwania na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych;
e)Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia;
f)Wypełniony jednolity europejski dokument zamówienia;
g)dowody w odniesieniu do wszystkich zasobów, w przypadku gdy Wykonawca polega na zasobach Podmiotu Udostępniającego Zasoby;
h)oświadczenie w zakresie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

8)Gwarancja Jakości;
9)Umowa o powierzenie przetwarzania danych osobowych zawarta w dniu [...] w […];
10)Instrukcja DP-T 14;
11)TOM I SWZ."

Z kolei zgodnie z SWZ Tom II WARUNKI KONTRAKTU zawiera:

- Rozdział 1 Akt Umowy,
- Rozdział 2 Gwarancja Jakości,
- Rozdział 3 Dane Kontraktowe,
- Rozdział 4 Warunki Ogólne Kontraktu,
- Rozdział 5 Szczególne Warunki Kontraktu,
- Rozdział 6 Umowa o powierzenie przetwarzania danych osobowych.
- Rozdział 7 Gwarancja należytego wykonania umowy i należytego wykonania zobowiązań z rękojmi oraz gwarancji jakości, Gwarancja należytego wykonania umowy i należytego wykonania zobowiązań z rękojmi oraz gwarancji jakości – forma elektroniczna, Gwarancja zwrotu zaliczki, Gwarancja zwrotu zaliczki – forma elektroniczna.

Nawet zatem przyjmując węższe rozumienie pojęcia „Warunki Kontraktu" (tj. dokumenty zawarte w Tomie II SWZ) nie można tego pojęcia utożsamiać wyłącznie z roszczeniem o dodatkowe wynagrodzenie.

Należy jednak zauważyć, że np. z treści odpowiedzi Odwołującego Mota-Engil na pytanie nr 39 z pierwszego wezwania wynika bardzo szerokie rozumienie tego pojęcia („Wykonawca przygotował ofertę zgodnie z wymaganiami Warunków Kontraktu, w szczególności z wymaganiami SWZ, PFU oraz odpowiedziami Zamawiającego. (…)").

Po drugie, Zamawiający pominął odpowiedź Odwołującego Mota-Engil na pytanie nr 4, którą należy odczytywać łącznie z odpowiedzią na pytanie nr 3.

Pytanie nr 4 (z tego samego wezwania co pytanie nr 3) zostało sformułowane w następujący sposób:

„Czy Wykonawca przewidział w cenie kontraktowej ryzyka związane z koniecznością wdrożenia technologii wzmocnienia w kontekście wskazanych przez Zamawiającego stref, w których stwierdzono możliwość wystąpienia zjawisk i procesów krasowych ?"

Na ww. pytanie Odwołujący Mota-Engil udzielił następującej odpowiedzi:

„Tak, Wykonawca przewidział w cenie kontraktowej ryzyka związane z koniecznością wdrożenia technologii wzmocnienia w kontekście wskazanych przez Zamawiającego stref, w których stwierdzono możliwość wystąpienia zjawisk i procesów krasowych zgodnie z Warunkami Kontraktu. Wykonawca informuje, iż posiada certyfikat jakości ISO 9001:2015 (załącznik nr 1), który zapewnia prawidłowe wdrożenie również technologii wzmocnienia."

Z odpowiedzi Odwołującego wynika zatem, że przewidział on w cenie kontraktowej ryzyka związane z koniecznością wdrożenia technologii wzmocnienia w kontekście wskazanych przez Zamawiającego stref, w których stwierdzono możliwość wystąpienia zjawisk i procesów krasowych. Ww. pytanie dotyczyło ogólnie ryzyk dotyczących wdrożenia technologii wzmocnienia w związku ze zjawiskami krasowymi.

Podsumowując należy zauważyć, że Zamawiający dwukrotnie zwracał się do Odwołującego Mota-Engil o przedstawienie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz wyjaśnień treści oferty. Pierwsze wezwanie zawierało 42 pytania, natomiast drugie wezwanie 5 pytań, tj. łącznie 47 pytań. Z odpowiedzi udzielonych przez Odwołującego Mota-Engil Zamawiający zakwestionował dwie, tj. odpowiedź na pytanie nr 35 z pierwszego wezwania oraz odpowiedź na pytanie nr 3 z drugiego wezwania. W odniesieniu do pierwszej z ww. odpowiedzi Izba stwierdziła, że pytanie sformułowane przez Zamawiającego było niejasne. A zatem nie można z w tym zakresie obciążać Odwołującego Mota-Engil negatywnymi skutkami. Jeżeli natomiast chodzi o odpowiedź na pytanie nr 3 to należy przyznać, że nie była ona całkiem jasna. Jeżeli jednak Zamawiający miał w tym zakresie wątpliwości to mógł zwrócić się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień. Należy zauważyć, że zwrócenie się do wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienie dotyczące wyliczenia ceny uznaje się za dopuszczalne w sytuacji, w której wykonawca odpowiedział na pytania zamawiającego, lecz zachodzi konieczność dopytania się o pewne konkretne kwestie. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, gdyż Odwołujący Mota-Engil w terminie odpowiedział na wszystkie pytania Zamawiającego, a wątpliwości, które w niewielkim zakresie pojawiły się po stronie Zamawiającego, wynikają przede wszystkim z rozbieżności pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym w zakresie rozumienia pewnych pojęć.

<u>Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego Mota-Engil w wyniku błędnego przyjęcia, że treść oferty Odwołującego Mota-Engil jest niezgodna z warunkami zamówienia.</u>

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Odwołującego Mota-Engil na ww. podstawie Zamawiający odwołał się do odpowiedzi udzielonej przez Odwołującego Mota-Engil na pytanie nr 39.

Pytanie to zostało sformułowane w następujący sposób:

„Na których odcinkach, w jakiej technologii i do jakiej głębokości Wykonawca zaplanował wzmocnienia podłoża ? Proszę podać pikietaż, technologię, zakładaną głębokość i zakres."

Na ww. pytanie Odwołujący Mota-Engil udzielił następującej odpowiedzi:

„Wykonawca przygotował ofertę zgodnie z wymaganiami Warunków Kontraktu, w szczególności z wymaganiami SWZ, PFU oraz odpowiedziami Zamawiającego.

Wykonawca, w załączniku nr 6, przedstawił poszczególne odcinki, wraz z opisem przyjętej technologii wzmocnienia podłoża. W przypadku konstrukcji wykopowej Wykonawca założył wykonanie stabilizacji podłoża zgodnie z rozwiązaniami podanymi w odpowiedzi na pytanie nr 7 (dot. konstrukcji nawierzchni)."

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził:

„Z treści załącznika nr 6 do odpowiedzi na pytanie nr 39 wynika, że Wykonawca nie założył wzmocnień podłoża na odcinkach projektowanej drogi w km: 3+360 – 3+678, 8+650– 8+750, 16+775-16+899, 16+972-17+075, 17+625-17+700, 25+850-25+900, 25+985 26+000, 26+275–26+470, 26+600–26+700, 27+100-27+136, 27+161-27+470, 28+150-28+356, 28+417-28+465, 28+495-28+651, 28+730-28+795, 28+850 – 28+900, 29+050-29+260, 29+345-29+650, 29+750–29+950, 30+000–30+015, gdzie badaniami geofizycznymi stwierdzono anomalie geofizyczne wskazujące na możliwość występowania zjawisk krasowych i związanych z nimi stref rozluźnień oraz obszarów o słabszej nośności podłoża gruntowego. Istotą powyższego zagadnienia jest fakt, iż z natury rzeczy podłoże skrasowiałe posiada mniejszą nośność niż podłoże w obszarach, w których zjawiska krasowe nie występują. Pominięcie zaś wymaganych przez Zamawiającego wzmocnień podłoża stwarza zagrożenie dla nośności konstrukcji drogi."

Uzasadniając postawiony zarzut Odwołujący Mota-Engil wskazał m.in., że pytanie nr 39 z pierwszego wezwania dotyczyło udzielenia informacji na temat "zaplanowanego wzmocnienia podłoża" w ogólności, bez rozróżnienia na wzmocnienie pod konstrukcję drogi oraz wzmocnienie ze względu na występowanie zjawisk krasowych. Odwołujący z ostrożności, ze względu na mało precyzyjną konstrukcję pytania, udzielił odpowiedzi dotyczącej obu rodzajów wzmocnienia. Z kolei Wykonawca Stecol ograniczył się do odpowiedzi jedynie na temat wzmocnienia konstrukcji drogi i nie pokazał szczegółowych rozwiązań dotyczących wzmocnienia ze względu na zjawiska krasowe. Do poinformowania Zamawiającego jedynie o metodach technologii wzmocnienia podłoża ze względu na konstrukcję drogi ograniczył się także Polimex. Zdaniem Odwołującego Mota-Engil powyższe jednoznacznie wskazuje na to, że wszyscy wykonawcy składający wyjaśnienia zrozumieli pytanie nr 39 z pierwszego wezwania jako pytanie o wzmocnienie podłoża pod konstrukcję drogi, a nie ze względu na występowanie zjawisk krasowych. Jedynie Odwołujący Mota-Engil, z ostrożności, udzielił wyjaśnień uwzględniających dwie możliwe interpretacje pytania Zamawiającego, za co został niesłusznie ukarany odrzuceniem jego oferty w Postępowaniu. Odwołujący Mota-Engil wskazał, że nieuwzględnienie części odcinków inwestycji w Załączniku nr 6 do odpowiedzi na pytanie nr 39 wynika jedynie z braku możliwości potwierdzenia, czy na danych odcinkach potwierdzi się występowanie zjawisk krasowych oraz tym, w jakiej wystąpią one formie, co skutkuje z kolei brakiem możliwości dobrania, przedstawienia i wyceny wdrożenia konkretnej technologii wzmocnienia podłoża. Celem Załącznika nr 6 było, zgodnie z treścią pytania nr 39, przedstawienie Zamawiającemu tylko tych odcinków, dla których na etapie składania oferty, na podstawie wiedzy uzyskanej z badań geologicznych, było możliwe dobranie odpowiedniej technologii. Nie zmienia to jednak faktu, że Odwołujący Mota-Engil uwzględnił w swojej cenie ofertowej wszystkie pozycje wymagane przez Zamawiającego w taki sposób, że część odcinków została już etapie składania oferty wycenione jako roboty, a część odcinków, z niepotwierdzonymi jeszcze zjawiskami krasowymi — jako ryzyko, na zasadzie narzutu. Odwołujący Mota-Engil podkreślił, żez opisu przedmiotu zamówienia nie wynikało, aby wykonawca był zobowiązany do zaplanowania wzmocnienia podłoża na terenach, gdzie stwierdzono jedynie anomalie w gruncie jako wyspecyfikowane roboty budowlane już na etapie przygotowania oferty.

Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że odrzucając ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest wskazać z którym konkretnie postanowieniem SWZ oferta wykonawcy jest niezgodna. Natomiast Zamawiający wskazał jedynie:

„Zgodnie z treścią OPZ, na obszarach stwierdzonych anomalii geofizycznych wskazujących na możliwość wystąpienia zjawisk krasowych, określonych przez Zamawiającego w następujących opracowaniach wskazanych w PFU pkt 1.2 2):

• Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej określającej warunki geologiczno-inżynierskie na potrzeby budowy drogi S74 Kielce – Nisko, odcinek Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa zatwierdzonej decyzją ŚO-V.7441.2.2021 z dnia

02.11.2021r.

• Dokumentacja badań geofizycznych Badania (DBG) dla inwestycjipn.: Wykonanie badań mikrograwimetrycznych dla zadania: Budowa drogi ekspresowej S74 Kielce-Nisko, odcinek Cedzyna-Łagów wraz z obwodnicą Łagowa.

Wykonawca zobowiązany był do zaplanowania wzmocnienia podłoża."

Zamawiający nie wskazał zatem żadnego postanowienia poza pkt 1.2. 2) PFU. Zgodnie z tym postanowieniem:

„Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie zaprojektuje rozwiązania i wykona Roboty zgodne z Wymaganiami Zamawiającego na podstawie poniższych wiążących dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego:

(…)

2) wyników badań gruntowo-wodnych w formie szczegółowej charakterystyki warunków geologicznych opracowanej na podstawie danych uzyskanych bezpośrednio z badań podłoża budowlanego (wierceń, sondowań, badań geofizycznych, badań laboratoryjnych, środowiskowych itp.), zawartej w:

- Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej określającej warunki geologiczno-inżynierskie na potrzeby budowy drogi S74 Kielce – Nisko, odcinek Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa zatwierdzonej decyzją ŚO-V.7441.2.2021 z dnia 02.11.2021r.
- Dokumentacji hydrogeologicznej określającej warunki hydrogeologiczne w związku z zamierzonym wykonaniem przedsięwzięć mogących negatywnie oddziaływać na wody podziemne, w tym powodować ich zanieczyszczenie sporządzona na potrzeby budowy drogi S74 Kielce – Nisko, odcinek: Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa zatwierdzonej decyzją ŚO-V.7431.11.2021 z dnia 08.09.2021r.
- Dokumentacji badań podłoża gruntowego na potrzeby budowy drogi S74 Kielce – Nisko, odcinek: Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa
- Dokumentacja badań geofizycznych Badania (DBG) dla inwestycjipn.: Wykonanie badań mikrograwimetrycznych dla zadania: Budowa drogi ekspresowej S74 Kielce-Nisko, odcinek Cedzyna-Łagów wraz z obwodnicą Łagowa.

Nie dopuszcza się rozwiązań, które wymagają rozpoznania wykraczającego poza zakres określony w dokumentach wskazanych przez Zamawiającego w ppkt 2). Dla rozwiązań szczegółowych zawartych w projekcie budowlanym Wykonawca zapewni wykonanie badań uzupełniających zgodnie z wymaganiami określonymi w SP.40.20.00-40.50.00 w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie.

Powyższy akapit nie ma zastosowania w sytuacji, w której:

a) badania przekazane przez Zamawiającego w ppkt 2), nie są wystarczające do prawidłowego zaprojektowania i wykonania Robót zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i Prawa- w takim przypadku zastosowanie mają Warunki Kontraktu lub przepisy prawa,

b) zastosowanie znajduje Subklauzula 13.2 (Inżynieria wartości)."

Zgodnie z ww. postanowieniem wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie obowiązany jest zaprojektować rozwiązania i wykonać Roboty zgodne z Wymaganiami Zamawiającego na podstawie wskazanych w tym postanowieniu dokumentów.

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że w ocenie składu orzekającego Izby pytanie nr 39 należy odczytywać jako pytanie o wzmocnienia podłoża pod konstrukcję drogi, a nie ze względu na występowanie zjawisk krasowych. Gdyby pytanie to miało dotyczyć również wzmocnień ze względu na występowanie zjawisk krasowych, to Zamawiający nie zadałby pytania nr 40. W związku z tym udzielając odpowiedzi na pytanie nr 39 Odwołujący nie był zobowiązany wskazywać technologii wzmocnienia podłoża w zakresie zjawisk krasowych. Natomiast w pytaniu nr 40 Zamawiający nie wymagał podania konkretnych odcinków.

Pytanie nr 40 zostało sformułowane w następujący sposób:

„40. Jakie technologie wzmocnienia podłoża zamierza stosować Wykonawca na odcinkach występowania zjawisk krasowych (np. pustek)?"
Nie można zatem obciążać Odwołującego negatywnymi skutkami z powodu podania informacji, które w ogóle nie były przez Zamawiające wymagane.

Ponadto, nawet jeżeliby przyjąć stanowisko odmienne, czyli że pytanie nr 39 dotyczyło również wzmocnień ze względu na występowanie zjawisk krasowych (które nie jest podzielane przez skład orzekający Izby), to należałoby dokonać wykładni jego treści stawiając pytanie co należy rozumieć pod sformułowaniem „zaplanował wzmocnienia", tj. czy chodzi

o wzmocnienia przewidziane jako konkretne roboty budowlane czy też wzmocnienia wycenione na zasadzie ryzyka? W ocenie składu orzekającego Izby skoro Zamawiający wymagał wskazania nie tylko odcinków, ale także technologii oraz głębokości, to należy uznać, że pytanie nr 39 dotyczyło konkretnych robót budowlanych, a nie wzmocnień wycenionych w cenie oferty na zasadzie ryzyka. Potwierdza to również treść drugiego zdania zawartego w pytaniu nr 39: „*Proszę podać pikietaż, technologię, zakładaną głębokość i zakres*.”. Jeżeli intencja Zamawiającego była inna, to należy stwierdzić, że Zamawiający nie dał jej wyrazu w treści analizowanego pytania. Jeżeli zatem pytanie dotyczyło planowanych konkretnych robót budowlanych, to nie można zarzucać Odwołującemu Mota-Engil, że udzielając na nie odpowiedzi nie przedstawił informacji o odcinkach, co do których występowanie zjawisk krasowych nie jest pewne i w związku z tym roboty w zakresie wzmocnień na tych odcinkach zostały wycenione na zasadzie ryzyka.

Natomiast uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Mota-Engil Zamawiający wskazał na odcinki projektowanej drogi, na których Odwołujący Mota-Engil nie założył wzmocnień podłoża, stwierdzając, że na tych odcinkach badaniami geofizycznymi stwierdzono anomalie geofizyczne wskazujące na możliwość występowania zjawisk krasowych i związanych z nimi stref rozluźnień oraz obszarów o słabszej nośności podłoża gruntowego. Z uzasadnienia tego wynika zatem, że Zamawiający zarzucił zatem Odwołującemu Mota-Engil, że ten nie przedstawił informacji odnośnie wzmocnień na odcinkach, na których w jego ocenie istnieje jedynie możliwość (a nie pewność) występowania zjawisk krasowych – w sytuacji, gdy pytanie nr 39 tego nie dotyczyło.

Przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego Mota-Engil nie koresponduje zatem z treścią zadanego pytania, bez względu na to, którą jego interpretację się przyjmie, i w związku z tym nie może uzasadniać odrzucenia oferty Odwołującego Mota-Engil na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wprawdzie w toku postępowania odwoławczego Zamawiający przedstawiał odmienne stanowisko, lecz nie jest ono spójne – Zamawiający raz stwierdził, że na wszystkich ww. odcinkach występują zjawiska krasowe, innym razem, że są one prawie pewne, a nawet wskazywał jedynie na możliwość występowania zjawisk krasowych. Ponadto, przyjętą metodę uwzględniania zjawisk krasowych przy wycenie oferty (tj. gdy zostały one potwierdzone co najmniej dwoma z trzech badań) przedstawił dopiero w toku postępowania odwoławczego. Przede wszystkim jednak, rozpoznając zarzuty na czynność odrzucenia oferty wykonawcy Izba nie może wychodzić poza argumentację podaną przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności.

W konsekwencji uznania za zasadne dwóch pierwszych zarzutów należało stwierdzić, że potwierdził się również zarzut dotyczący dokonania wyboru oferty Wykonawcy Stecol jako oferty najkorzystniejszej, którą to czynność należy uznać co najmniej za przedwczesną. Na chwilę obecną nie można jednak stwierdzić, że to oferta Odwołującego Mota-Engil powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Wyjaśniając ewentualne wątpliwości co do treści sentencji wyroku należy wskazać, że Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba nakazała również powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Mota-Engil, co należy rozumieć w ten sposób, że po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej postępowanie powraca do etapu badania i oceny ofert. Zamawiający obowiązany jest przywrócić ofertę Odwołującego Mota-Engil do Postępowania i ponowić czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty. Izba stwierdziła bowiem, że przyczyny podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Mota-Engil – zarówno w zakresie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jak i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie potwierdzają zasadności tej czynności. Oczywiście nie oznacza to zakazu odrzucenia oferty Odwołującego z innych przyczyn niż poddane pod rozpoznane Izby.

Ustalając okoliczności faktyczne mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba oparła się na treści dokumentacji postępowania. Złożoną przez Odwołującego Mota-Engil opinię eksperta z zakresu geologii na okoliczność jak należy interpretować badania gruntu, co na ich podstawie można stwierdzić, a jakie elementy pozostają niepewne, oraz zestawienie przedstawiające zakresy zjawisk krasowych wynikających z dokumentacji geologicznej, które mogą, ale nie muszą wystąpić (nie są pewne) i które zostały uwzględnione w wycenie oferty Odwołującego Mota-Engil jako ryzyko, z podziałem na konkretne odcinki inwestycji ("Tabela Ryzyka”), Izba potraktowała jako stanowisko Odwołującego Mota-Engil.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r.

poz. 2437).

KIO 2175/23

W toku badania i oceny ofert Zamawiający wystosował do Wykonawcy Stecol dwa wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (wezwania z dnia 19 czerwca oraz 14 lipca 2023 r.). Odpowiedzi na ww. wezwania Wykonawca Stecol udzielił pismami z dnia 4 oraz 24 lipca 2023 r. W dniu 11 października Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Wykonawcy Stecol jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Stecol, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym PFU, w zakresie:

wzmocnienia podłoża gruntowego (1. ponad dwa razy mniejsza powierzchnia wzmocnienia niż to konieczne; 2. nieprawidłowy sposób wzmocnienia na obszarach zjawisk krasowych – sam „ewentualny" materac bez innego rodzaju wzmocnienia np. kolumny).

Odwołujący Budimex zarzucił, że w odpowiedzi na pytanie nr 39 zawarte w wezwaniu z dnia 19 czerwca 2023 r. Wykonawca Stecol przekazał Zamawiającemu zestawienie wzmocnień podłoża, natomiast nie wykazał planowanych wzmocnień zjawisk krasowych ujawnionych w: dokumentacji geologiczno-inżynierskiej określającej warunki geologiczno-inżynierskie na potrzeby budowy drogi S74 Kielce – Nisko, odcinek Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa zatwierdzonej decyzją ŚO-V.7441.2.2021 z dnia 02.11.2021 r. (dalej: „DGI"), dokumentacji badań podłoża gruntowego na potrzeby budowy drogi S74 Kielce – Nisko, odcinek: Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa (dalej: „DBPG") oraz dokumentacji badań geofizycznych Badania dla inwestycji pn.: Wykonanie badań mikrograwimetrycznych dla zadania: Budowa drogi ekspresowej S74 Kielce-Nisko, odcinek Cedzyna-Łagów wraz z obwodnicą Łagowa (dalej: „DBG"), które są dokumentami wiążącymi. Stwierdził, że występowanie zjawisk krasowych nie budzi żadnych wątpliwości, więc nie powinno mieć miejsce warunkowe kształtowanie zobowiązań wykonawcy w tym zakresie, jak w przypadku odpowiedzi Wykonawcy Stecol na pytanie nr 40. Odwołujący Budimex zauważył, że z zestawienia wartości przyjętej przez Wykonawcę Stecol w ramach poczynionego założenia co do ogólnej ilości materaca na poziomie 30 000 m2 z wyliczeniem, które wynika z odpowiedzi Wykonawcy Stecol na pytanie nr 39, i wartościami wprost wynikającymi z dokumentacji Postępowania (77.751 m2), należy wywieść, że Wykonawca Stecol przyjął ponad dwa razy mniejszą powierzchnię wzmocnienia niż jest to konieczne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, Odwołujący Budimex wskazał, że w pkt 10 DBPG Zamawiający określił ogólne metody wzmocnienia podłoża, wśród których uwzględnił materace (warstwę transmisyjną), jednak zawsze z kolumnami DSM lub z kolumnami przemieszczeniowymi, a także inne metody. Zdaniem Odwołującego Budimex dla większości rodzajów zjawisk krasowych materac geosyntetyczny jako jedyna/niezależna technologia nie stanowi wystarczającego wzmocnienia. Podsumowując Odwołujący Budimex stwierdził, że Wykonawca Stecol nie uwzględnił w ramach swojej oferty wystarczającego wzmocnienia podłoża gruntowego ze względu na występowanie określonych wprost w dokumentacji zjawisk krasowych.

Na pytanie nr 39 (wezwanie z dnia 19 czerwca 2023 r.) o treści:

„Na których odcinkach, w jakiej technologii i do jakiej głębokości Wykonawca zaplanował wzmocnienia podłoża ? Proszę podać pikietaż, technologię, zakładaną głębokość i zakres."

Wykonawca Stecol udzielił następującej odpowiedzi:

„Do wzmocnienia podłoża przyjęto m.in.:

- w miejscach występowania gruntów organicznych, wymiany gruntu lub wzmocnienia wgłębne (np. kolumny betonowe)
- w miejscach występowania gruntów mineralnych o niewystarczającej nośności ulepszenie podłoża spoiwami hydraulicznymi.

Wykonawca przedstawia zestawienie wraz z dodatkowymi informacjami w załączniku nr 4 – UWAGA TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA."

Na pytanie nr 40 (wezwanie z dnia 19 czerwca 2023 r.) o treści:

„Jakie technologie wzmocnienia podłoża zamierza stosować Wykonawca na odcinkach występowania zjawisk krasowych (np. pustek)?"

Wykonawca Stecol udzielił następującej odpowiedzi:

„W przypadku stwierdzenia zjawisk krasowych obszar taki zostanie wzmocniony poprzez wypełnienie/likwidacja pustek, dodatkowe wzmocnienie podłoża poprzez wykonanie materaca z zastosowaniem geosyntetyków oraz tam, gdzie to niezbędne, kolumn. Sposób wzmocnienia zostanie każdorazowo dobrany do konkretnego przypadku i zostanie dokładnie określony w Projekcie Technicznym."

Odnosząc się do powyższego należy stwierdzić, że w ocenie składu orzekającego Izby pytanie nr 39 należy odczytywać jako pytanie o wzmocnienia podłoża pod konstrukcję drogi, a nie ze względu na występowanie zjawisk krasowych. Gdyby pytanie to miało dotyczyć również wzmocnień ze względu na występowanie zjawisk krasowych, to Zamawiający nie zadawałby pytania nr 40. W związku z tym udzielając odpowiedzi na pytanie nr 39 Wykonawca Stecol nie był zobowiązany wskazywać technologię wzmocnienia podłoża w zakresie zjawisk krasowych. Technologie te zostały wskazane w odpowiedzi na pytanie nr 40. Wykonawca Stecol wskazał m.in. na materace oraz - tam, gdzie to niezbędne – kolumny. Z odpowiedzi wykonawcy Stecol na pytanie nr 40 wynika, że materace to tylko jeden ze sposobów wzmocnienia, które zostały przewidziane przez tego wykonawcę. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 4 z drugiego wezwania (z dnia 14 lipca 2023 r.) Wykonawca Stecol potwierdził przewidzenie ryzyk w zakresie wdrożenia wzmocnień związanych z występowaniem zjawisk krasowych. Z wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Stecol wynika zatem, że uwzględnił on konieczność wzmocnienia podłoża w przypadku występowania zjawisk krasowych, jednakże zgodnie z pytaniem nr 40 podanie konkretnych odcinków nie było wymagane. Nie można zatem stwierdzić, że przewidziana przez Wykonawcę Stecol ilość materaca jest niewystarczająca, gdyż nie jest to jedyna technologia wzmocnienia podłoża w przypadkach stwierdzenia zjawisk krasowych przewidziana przez tego wykonawcę. Na marginesie należy zauważyć, że kwestię przewidzenia odpowiedniej ilości materaca należałoby w tej sytuacji badać pod kątem rażąco niskiej ceny, natomiast zarzut w tym zakresie nie został postawiony. Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że okoliczność, że przewidziane przez Wykonawcę Stecol sposoby wzmocnienia są niewystarczające, nie została przez Odwołującego wykazana. Ponadto, z postanowienia zawartego w pkt 1.2 pkt 2) PFU wynika, że dokumenty takie jak DGI, DPBG oraz DBG wiążą wykonawców jedynie w zakresie wyników badań. To, że o zastosowanej metodzie wzmocnienia zdecyduje projektant, potwierdza również treść pkt 10 DBPG.

Zgodnie z pkt 1.2. 2) PFU:

„Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie zaprojektuje rozwiązania i wykona Roboty zgodne z Wymaganiami Zamawiającego na podstawie poniższych wiążących dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego:

(…)

2) wyników badań gruntowo-wodnych w formie szczegółowej charakterystyki warunków geologicznych opracowanej na podstawie danych uzyskanych bezpośrednio z badań podłoża budowlanego (wierceń, sondowań, badań geofizycznych, badań laboratoryjnych, środowiskowych itp.), zawartej w:

- Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej określającej warunki geologiczno-inżynierskie na potrzeby budowy drogi S74 Kielce – Nisko, odcinek Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa zatwierdzonej decyzją ŚO-V.7441.2.2021 z dnia 02.11.2021r.
- Dokumentacji hydrogeologicznej określającej warunki hydrogeologiczne w związku z zamierzonym wykonaniem przedsięwzięć mogących negatywnie oddziaływać na wody podziemne, w tym powodować ich zanieczyszczenie sporządzona na potrzeby budowy drogi S74 Kielce – Nisko, odcinek: Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa zatwierdzonej decyzją ŚO-V.7431.11.2021 z dnia 08.09.2021r.
- Dokumentacji badań podłoża gruntowego na potrzeby budowy drogi S74 Kielce – Nisko, odcinek: Cedzyna – Łagów wraz z obwodnicą Łagowa
- Dokumentacja badań geofizycznych Badania (DBG) dla inwestycjipn.: Wykonanie badań mikrograwimetrycznych dla zadania: Budowa drogi ekspresowej S74 Kielce-Nisko, odcinek Cedzyna-Łagów wraz z obwodnicą Łagowa.

Nie dopuszcza się rozwiązań, które wymagają rozpoznania wykraczającego poza zakres określony w dokumentach wskazanych przez Zamawiającego w ppkt 2). Dla rozwiązań szczegółowych zawartych w projekcie budowlanym Wykonawca zapewni wykonanie badań uzupełniających zgodnie z wymaganiami określonymi w SP.40.20.00-40.50.00 w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie.

Powyższy akapit nie ma zastosowania w sytuacji, w której:

a) badania przekazane przez Zamawiającego w ppkt 2), nie są wystarczające do prawidłowego zaprojektowania i wykonania Robót zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i Prawa- w takim przypadku zastosowanie mają Warunki Kontraktu lub przepisy prawa,

b) zastosowanie znajduje Subklauzula 13.2 (Inżynieria wartości).”

Natomiast z pkt 10 DBPG:

„10. OGÓLNE OKREŚLENIE METODY WZMOCNIENIA PODŁOŻA GRUNTOWEGO NA PODSTAWIE WYKON BADAŃ

Grunty słabonośne, tj. grunty występujące w stanie luźnym, miękkoplastycznym, a także osady organiczne są przydatne na potrzeby budownictwa pod warunkiem ich wzmocnienia lub budowy z zastosowaniem odpowiednich technik wykonawstwa. Dotyczy to także odcinków, gdzie stwierdzano możliwość wystąpienia lub występowanie zjawisk krasowych.

Na podstawie analizy dokumentacji geologicznej poszczególnych dróg oraz parametrów geotechnicznych warstw podłoża gruntowego stanowiących podstawę nasypów i dno wykopów bezpośrednio pod konstrukcją nawierzchni, przyjęto konieczność wzmocnienia podłoża:

–wymianę gruntów słabonośnych i organicznych,
–stabilizację gruntów spoistych w podstawie nasypu,
–kolumny DSM + warstwa transmisyjna (materac),
–kolumny przemieszczeniowe + warstwa transmisyjna (materac),
–ulepszenie gruntów spoistych spoiwem hydraulicznym.

O zastosowanej metodzie wzmocnienia czy wymiany zdecyduje Projektant, w nawiązaniu do stwierdzonych warunków gruntowo-wodnych. Informacje dotyczące metod wzmocnień podłoża gruntowego zostaną określone w projektach wykonawczych, a wstępnie przyjęte rozwiązania znajdują się w części technicznej KP.
W przypadku występowania zjawisk krasowych pod obiektami inżynierskimi zaprojektowano dwa sposoby posadowienia. Dla płytko zalegających pustek krasowych i nienośnych zwietrzelin posadowiono obiekty bezpośrednio z wypełnieniem wolnych przestrzeni pod fundamentami podpór i odpowiednio do nośności gruntu wzmocnienie lub posadowienie bezpośrednie i/lub na kolumnach betonowych nie połączonych z fundamentem (w zależności od głębokości zaleganie skał w podłożu). W przypadku, gdy pod obiektem pustki krasowe znajdują się głębiej, poniżej opłacalności wykonywania wykopu szerokoprzestrzennego lub pod mostami, zaprojektowano posadowienie pośrednie na palach kończonych w warstwach skał twardych. Ostateczne rozwiązania projektowe zostaną dostosowane do stwierdzonych warunków gruntowo-wodnych, geotechnicznych i geologiczno-inżynierskich.”

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Stecol, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym PFU, w zakresie:

nieprawidłowego posadowienia obiektów (posadowienie bezpośrednie zamiast pośredniego, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego).

Odwołujący Budimex zarzucił, ze w odniesieniu do trzech obiektów mostowych Wykonawca Stecol przyjął sposoby posadowienia niezgodne z dokumentacją DBPG, tj. przypadku obiektów wskazanych w pozycjach 12, 24 oraz 25 Tabeli nr 1 Zestawienie obiektów mostowych dla wariantu drogowego 1 Wykonawca Stecol przyjął posadowienie bezpośrednie zamiast: „CFA” przypadku obiektu wskazanego pod poz. 12, „kolumny betonowe” w przypadku obiektu wskazanego pod poz. 24 oraz „grunty stabilizowany” w przypadku obiektu wskazanego pod poz. 25.

Okoliczność przyjęcia przez Wykonawcę Stecol odmiennych metod posadowienia ww. obiektów niż wskazane w dokumentacji DBPG nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do tego zarzutu należy wskazać, że Zamawiający nie narzucał wykonawcom konkretnych metod posadowienia obiektów. Zgodnie z przytoczonym powyżej postanowieniem zawartym w pkt 1.2 2) PFU dokumenty takie jak DGI, DPBG oraz DBG wiążą wykonawców jedynie w zakresie wyników badań. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że wskazanie warunków realizacji zamówienia odmiennych od tych podanych w niewiążącej części dokumentacji postępowania nie może zostać uznane za wystąpienie podstawy do odrzucenia oferty określonej w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Stecol, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym PFU, w zakresie:

nieprawidłowych parametrów obiektów, tj.:

- wiaduktów drogowych nad trasą główną (dziewięć obiektów, dla których przyjęto zbyt małą szerokość),

- wiaduktów i mostów w ciągu trasy głównej (1. siedem obiektów, dla których przyjęto zbyt małą szerokość, 2. dwa obiekty, dla których przyjęto zbyt małą długość; 3. jeden obiekt niespełniający parametru widoczności na zatrzymanie dla prędkości do projektowania określonej w PFU – pkt 1.1.3.1 Vdp = 130 km/h).

Należy zauważyć, że stawiając zarzut niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia odwołujący obowiązany jest wskazać konkretną treść oferty oraz konkretne postanowienia SWZ, z którymi wskazana treść oferty jest niezgodna.

Odwołujący Budimex zarzucił, że podane przez Wykonawcę Stecol parametry szerokości i długości wskazanych obiektów (dziewięć obiektów, dla których przyjęto zbyt małą szerokość, siedem obiektów, dla których przyjęto zbyt małą szerokość, dwa obiekty, dla których przyjęto zbyt małą długość oraz jeden obiekt niespełniający parametru widoczności na zatrzymanie dla prędkości do projektowania określonej w PFU – pkt 1.1.3.1 Vdp = 130 km/h) są niezgodne z PFU. Należy jednak zauważyć, że w PFU Zamawiający nie wskazał parametrów szerokości ani długości tych obiektów.

Na podstawie odpowiedzi udzielonej przez Wykonawcę Stecol nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Zamawiający nie wymagał od Wykonawcy Stecol przedstawienia szczegółowych wyjaśnień odnośnie przyjętych parametrów obiektów, w tym w szczególności przedstawienia ich przekrojów poprzecznych. Odwołujący Budimex oparł ww. zarzuty na własnych obliczeniach, które nie uwzględniają możliwości zastosowania optymalizacji projektowych. Oczywiście, w zakresie ewentualnych optymalizacji wykonawca związany jest postanowieniami SWZ. Niemniej jednak, bez znajomości konkretnych rozwiązań przyjętych przez wykonawcę, nie można jednoznacznie stwierdzić, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z treści oferty jak i wyjaśnień do niej (złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia) taka okoliczność bezspornie nie wynika. W konsekwencji nie można uznać, że Zamawiający obowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy Stecol na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy zauważyć, że w toku postępowania odwoławczego możliwe do zastosowania optymalizacje zostały wskazane w stanowisku Zamawiającego. Jednakże, po pierwsze, zostały one podane jedynie przykładowo, a po drugie, to oferta Wykonawcy Stecol, a nie stanowisko Zamawiającego, może podlegać ocenie pod kątem niezgodności z warunkami zamówienia. Natomiast Wykonawca Stecol zarzucił OdwołującemuBudimex nieuwzględnienie pełnej treści przepisu § 79 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych, a w odniesieniu do obiektu w kilometrażu 12+291,54 wskazał również na możliwość zastosowania krawężnika na skraju pasa ruchu, zgodnie z § 98 pkt 2 ww. rozporządzenia. Ponadto, Wykonawca Stecol wskazał, że przyjęte przez niego szerokości rezerwy terenu to odpowiednio 0,2 m dla balustrad, 0,4 m dla barier ochronnych i 0,5 dla barieroporęczy. W piśmie procesowym z dnia 24 listopada 2023 r. Wykonawca Stecol wskazał, że rozbieżność w stosunku do pokazanych na szkicach 2-3÷2 2-8 wymiarów wynika jedynie z modyfikacji szerokości przeznaczonych dla elementów wyposażenia (bariery, balustrady), co dopuszcza zarówno katalog WRM-21-1, jak i pozostałe przepisy, w tym m.in ww. rozporządzenie. W odwołaniu Odwołujący Budimex wskazywał na konieczność uwzględnienia odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 299. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 299 (w odwołaniu Odwołujący Budimex nie wskazał na niezgodność z pytaniem nr 1226) Zamawiający wyjaśnił, że położenie barier należy przyjmować z uwzględnieniem katalogu WR– M–21. Jednakże katalog ten nie określa położenia barier (rozwiązanie w tym zakresie zawarte jest w innym katalogu, tj. WR–M-71). Z kolei w katalogu WR–M–21 stwierdzono, że nie przedstawiono w nim *szczegółowych rozwiązań elementów wyposażenia obiektu, takich jak: balustrady, bariery ochronne, odwodnienie, urządzenia dylatacyjne itp. Zasady stosowania tych elementów są podane w odpowiednich instrukcjach i przepisach prawa i/lub katalogach dedykowanych tym urządzeniom (np. katalog detali mostowych)*. Odwołujący powołał się na rys. 2.3 – 2.8 zawarte w tym katalogu na str. 10 - 11, jednakże zgodnie z informacjami zawartymi na str. 9 rysunki te przedstawiają jedynie założenia techniczne przyjęte dla drogowych obiektów mostowych i przepustów przedstawionych w tym katalogu. Ponadto, zgodnie z dalszą częścią odpowiedzi na pytanie nr 299 Zamawiający przewidział, że szczegóły rozwiązań będą uzgadniane na etapie wykonywania dokumentacji projektowej. W świetle powyższego nie można stwierdzić, aby katalog WR-M – 21 wiązał wykonawców w zakresie szczegółowych rozwiązań dotyczących balustrad czy barier ochronnych, chociażby z tego powodu że przedstawione w tym zakresie wyjaśnienia do SWZ są niejednoznaczne i budzą wątpliwości interpretacyjne. Jedynie dodatkowo w odniesieniu do wskazywanej przez Odwołującego Budimex konieczności uwzględnienia widoczności o szerokości 422 cm w przypadku wiaduktu w km 15+742,22 należy zauważyć, że Odwołujący Budimex w ogóle nie wyjaśnił w jaki sposób obliczył ten parametr.

Przede wszystkim jednak należy stwierdzić, że zgodnie z treścią wystosowanych do Wykonawcy Stecol wezwań wykonawca ten nie był zobowiązany do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych parametrów szerokości i długości obiektów, a zarzut zaniechania wystosowania do tego wykonawcy wezwania o przedstawienie takich wyjaśnień nie został w odwołaniu postawiony. Wymaga podkreślenia, że szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy

w pierwszej kolejności powinny zostać poddane ocenie Zamawiającego. Izba nie może dokonywać oceny oferty wykonawcy w zakresie niepoddanym uprzednio ocenie Zamawiającego. W postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje jedynie oceny czynności Zamawiającego pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Stecol, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym PFU, w zakresie nieprawidłowego parametru tunelu (dawniej przejścia podziemnego) dla pieszych (zbyt mała długość tunelu (dawnej przejścia podziemnego) dla pieszych).

Uzasadniając powyższy zarzut Odwołujący Budimex wskazał, że zgodnie z postanowieniami tabeli 1.1 PFU, pkt. 1.1.3.3 – pozycja nr 12, w km 10+160,25 należy wykonać tunel dla pieszych pozwalający na przeprowadzenie skrajni dla pieszych o wymiarach 3,5m x 2,5m. Według rozwiązań przedstawionych w Tomie V, w Koncepcji zaprojektowano tunel o długości 59m. Niezależnie od ukształtowania niwelety, najmniejsza możliwa długość tunelu pod trasą główną wynosi 29,38m. Natomiast z treści Załącznika nr 5 do odpowiedzi Wykonawcy Stecol na pierwsze wezwanie wynika, że wykonawca ten uwzględnił w ofercie wykonanie ww. obiektu o długości 2m.

Okoliczność wskazania przez Wykonawcę Stecol w załączniku do wyjaśnień z dnia 4 lipca 2023 r. długości tunelu wynoszącej 2m nie była pomiędzy stronami sporna. Nie było również sporu co do tego, że nie jest to długość, która może zostać uznana za zgodną z warunkami zamówienia.

Dokonując oceny tego zarzutu Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Wykonawcy Stecol, że w zakresie podania ww. parametru doszło do niezamierzonej omyłki. Za oczywiste bowiem należy uznać, że tunel nie może być krótszy niż szerokość przeszkody, a poziom zaniżenia tej wartości wskazuje na nieintencjonalne działanie wykonawcy. Należy również zauważyć, że w tym przypadku chodzi o omyłkę zawartą w wyjaśnieniach wykonawcy, a nie w treści samej oferty, a zatem przedstawianą przez Odwołującego i Zamawiającego argumentację co do możliwości poprawienia tej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać za bezprzedmiotową. Rozważenia wymaga natomiast możliwość wystosowania przez Zamawiającego uzupełniającego wezwania o przedstawienie wyjaśnień w tym zakresie. W ocenie składu orzekającego Izby uwzględniając, że Wykonawca Stecol udzielił Zamawiającemu terminowych odpowiedzi na wszystkie postawione pytania, nie było przeszkód ku temu, aby ww. kwestia długości tunelu dla pieszych została objęta kolejnym wezwaniem do złożenia wyjaśnień treści oferty. Z pewnością jedna drobna omyłka zawarta w wyjaśnieniach obejmujących tak znaczący zakres informacji jak w tym przypadku nie powinna stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy. Izba nie nakazała jednak wezwania Wykonawcy Stecol do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie w związku z brakiem w odwołaniu takiego zarzutu.

Ustalając okoliczności faktyczne mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba oparła się na treści dokumentacji postępowania. Złożoną przez Odwołującego Budimex „Opinię dotyczącą zgodności wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę Stecol z dokumentacją postępowania, w zakresie parametrów obiektów inżynierskich", a także opracowania składane przez Odwołującego Budimex oraz Zamawiającego, Izba potraktowała jako stanowiska tych stron.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: **…...……...**

……

……