

WYROK

z dnia 9 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Aneta Młacka
Marzena Ordysieńska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2018 r., w Warszawie, odwołań wniesionych
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 23 lutego 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia Rubau Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones
RUBAU S.A. z siedzibą we Flace (Gironie) w Hiszpanii,

B. w dniu 23 lutego 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH z siedzibą
w Wiedniu w Austrii

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą
w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie
do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 334/18 i KIO 336/18 po stronie

zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą
w Warszawie oraz Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu w Austrii, zgłaszających
przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 334/18 po stronie

zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia Rubau Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
oraz Construcciones RUBAU S.A. z siedzibą we Flace (Gironie) w Hiszpanii.

2. Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających
się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau

GmbH z siedzibą w Wiedniu w Austrii i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.

3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 334/18 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rubau Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones RUBAU S.A. z siedzibą we Flace (Gironie) w Hiszpanii i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rubau Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones RUBAU S.A. z siedzibą we Flace (Gironie) w Hiszpanii

tytułem wpisu od odwołania.

4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 336/18 obciąża Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu w Austrii tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu w Austrii kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 334/18
KIO 336/18

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn - Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania, w tym Zadanie nr 3: odc. węzeł Wysokie - m. Raczek na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 077-135643. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. Zarzuty i żądania odwołania - odwołanie o sygn. KIO 334/18

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Rubau Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones RUBAU S.A. z siedzibą w Flace (Gironie) w Hiszpanii, zwany dalej „Konsorcjum Rubau” wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo tego że Odwołujący udzielił pełnych wyjaśnień na pytania zadane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które nie dały podstawy do przyjęcia oceny, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że za zaoferowaną przez Odwołującego cenę nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy klasycznej poprzez ich niewłaściwe zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności wyczerpującego wyjaśnienia i przeprowadzenia konsultacji wyjaśnień Odwołującego oraz treści jego oferty w zakresie wątpliwości Zamawiającego, co do

zaoferowanej przez Odwołującego ceny, pomimo tego, że Odwołujący udzielił pełnych odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego oraz wskazał dodatkowe informacje, które dawały podstawy do przyjęcia, że Odwołujący rzetelnie skalkulował zaoferowaną przez siebie cenę, co uzasadniało - w przypadku dalszych wątpliwości - przeprowadzenie przez Zamawiającego dalszych wyjaśnień i konsultacji z Odwołującym w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów za zaoferowaną przez Odwołującego cenę;

3. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności podania Odwołującemu pełnych podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo tego, że Zamawiający był zobowiązany do wskazania, na jakich podstawach uznał, że zaoferowane przez Odwołującego elementy ceny nie dają gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Budimex S.A., jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
3. ewentualnie wyjaśnienia i przeprowadzenia konsultacji - na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy klasycznej - wyjaśnień Odwołującego oraz treści jego oferty w zakresie wątpliwości Zamawiającego, co do zaoferowanej przez Odwołującego ceny;
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych przez wykonawcę w oparciu o dokumentację postępowania, w tym w szczególności Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej „PFU”) w zamian za cenę ryczałtową. Podnosił, że cena zaoferowana przez Odwołującego stanowi 65,47% wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz 85,72% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a także 91,96% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, nie uwzględniając przeszacowanej jego zdaniem oferty Strabag.

Odwołujący podkreślał, że w swoich wyjaśnieniach wyczerpująco odpowiedział na wszystkie pytania Zamawiającego i szczegółowo podał okoliczności umożliwiające mu zaoferowanie podanej w jego ofercie ceny. Zamawiający nie wskazał zaś w rozstrzygnięciu, że wyjaśnienia Odwołującego nie były wyczerpujące w zakresie zadanych pytań lub że Odwołujący nie

wyjaśnił okoliczności umożliwiające zaoferowanie mu tak niskiej ceny.

Wskazywał, że Zamawiający zarzuca Odwołującemu rażąco niską cenę z uwagi na - jego zdaniem - zaniżone ceny wskazane przez Odwołującego w wyjaśnieniach w odniesieniu do poz. 1, o co najwyżej 20%, poz. 2 - Zamawiający nie wskazał rzekomej ceny rynkowej i nie można wskazać różnicy w stosunku do ceny Odwołującego, poz. 3 - Zamawiający nie wskazał rzekomej ceny rynkowej i nie można wskazać różnicy w stosunku do ceny Odwołującego, poz. 4 - Zamawiający nie wskazał rzekomej ceny rynkowej i nie można wskazać różnicy w stosunku do ceny Odwołującego.

Jednocześnie Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający błędnie odwołuje się do cen

materiałów wskazanych w Grupie 16 kwartalnika Sekocenbud IV kwartał 2017 r. Dla kontroli poziomu cen Odwołującego Zamawiający mógł wziąć ewentualnie pod uwagę wyłącznie cenę kruszywa łamanego 0-31,5mm loco kopalnia, a transport doliczyć na podstawie rzeczywistej odległości. Założył, że dla średniej odległości źródeł tego materiału do budowy np. ok. 37 km, transport wynosi $37\text{km} \cdot 0,24\text{zł/tkm} = 8,88\text{zł/t}$, więc średnia cena loco budowa kruszywa łamanego 0-31,5mm wyliczona w oparciu o Sekocenbud dla robót drogowych wynosi: $19,20\text{zł/t} + 8,88\text{zł/t}$ (rzeczywisty transport) $= 28,08\text{zł/tonę}$. Natomiast cena maksymalna loco budowa kruszywa łamanego 0-31,5mm wyliczona w oparciu o Sekocenbud dla robót drogowych wynosi: $35,00\text{zł/t} + 8,88\text{zł/t}$ (rzeczywisty transport) $= 43,88\text{zł/tonę}$. Następnie wskazywał na różnice między cenami materiałów zastosowanymi w ofercie a cenami według Sekocenbud.

Odnosząc się do zarzutu braku wyceny kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej, Odwołujący wskazywał, iż został przez niego przyjęty spadek podłużny dla drogi głównej zgodny z PFU, wynoszący 3,5%, a na etapie odpowiedzi na pytania przedstawił porównanie przekroju zgodnego z koncepcją i przekroju zoptymalizowanego. Ponadto, Odwołujący przedstawił porównanie zasadniczych robót ziemnych, czyli wykopów i nasypów dla obu rozwiązań niwelety: z etapu koncepcji oraz po optymalizacji. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie wskazał, jakie konkretnie roboty powinny znaleźć się w kalkulacji porównawczej, Odwołujący przygotował kalkulację porównawczą na podstawie najbardziej kosztotwórczego asortymentu robót, czyli wykopów i nasypów. Natomiast w roboczym przedmiarze robót, który został przygotowany do oszacowania kosztów inwestycji dla wariantu optymalizacyjnego, Odwołujący uwzględnił także koszty związane z: wykonaniem nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu, wzmocnionych geosiatką i geowłókniną; ułożeniem geosiatki na gruncie słabonośnym; wykonaniem nasypów przeciążających; wykonaniem kolumn żwirowych; wymianą gruntów słabonośnych; wykonaniem kolumn żwirowych wraz z materacami geosyntetycznymi z kruszywa naturalnego; wykonaniem umocnienia skarp wykopów drenażem powierzchniowym typu „Y”; wykonaniem drenażu podłużnego pod rowami drogowymi; wykonaniem wzmocnienia podłoża pod warstwami konstrukcyjnymi nawierzchni w wykopie, poprzez stabilizację gruntu rodzimego cementem.

Odwołujący podnosił, że uwzględnił w swoich obliczeniach nie tylko niesprzyjające warunki gruntowo - wodne, ale także występowanie gruntów słabonośnych i organicznych, które wymagają wzmocnienia, w celu właściwego posadowienia nasypów oraz konstrukcji nawierzchni. Koszt ww. całego zakresu został oszacowany w ofercie na łączną kwotę 31.162.506,40 zł i został wskazany w następujący sposób: wymiana gruntu (z transportem i kosztem materiału z dokopu) 20.837.469 zł oraz pozostałe wzmocnienia podłoża 4.569.431 zł oraz wykonanie nasypów z gruntu pozyskanego z dokopu, wzmocnionego geosiatką i geowłókniną (z dowozem gruntu) 5.755.606,40 zł.

Odwołujący skalkulował w swojej ofercie dodatkowe odwonienie w sposób umożliwiający jego prawidłowe wykonanie. Natomiast na poziomie jednego metra poniżej spodu konstrukcji jedynie dwa odwierty pokazały, iż sytuacja gruntowo-wodna odbiega od przyjętej w Koncepcji Programowej. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, iż w samej KP przekazanej przez Zamawiającego niweleta drogi na odcinkach przebiega pod poziomem wód gruntowych, gdzie przewidziano odwodnienie korpusu drogowego, jak i jego zabezpieczenie. Odwołujący opracowując optymalizację niwelety zwiększył zakres wymaganego odwodnienia, co nie oznacza, że nie zostały one przewidziane. Z uwagi na fakt, iż zamówienie jest realizowane w formule „zaprojektuj i buduj”, na etapie projektowania może się okazać, iż Odwołujący podejmie decyzję o zmianie rozwiązań projektowych niwelety, a dodatkowe odwodnienie nie będzie w ogóle konieczne.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym naruszył wskazane przepisy prawa, bowiem cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska, nie odbiega od cen rynkowych, nie jest zaniżona ogółem, jak i w zakresie istotnych jej

części składowych, Odwołujący złożył wyczerpujące, poparte dowodami i niebudzące wątpliwości Wyjaśnienia skalkulowania przez niego zaoferowanej ceny, a wskazane przez Zamawiającego dopiero w rozstrzygnięciu wątpliwości - o które nie pytał wcześniej Odwołującego - stanowią marginalną część ceny ofertowej.

Ponadto, zdaniem Odwołującego w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający nie stwierdził, że którakolwiek z odpowiedzi nie wyjaśniła wątpliwości wskazanych w pytaniach.

Zauważał, iż wskazał na okoliczności i czynniki pozwalające mu na obniżenie ceny, w szczególności dotyczące oferty podwykonawców. Nie mógł także antycypować, że Zamawiający będzie potrzebował informacji na temat sposobu ustalania składu jednostek cenowych. Gdyby Zamawiający wskazał, że oczekuje rozbicia kosztów wykonania danych pozycji na ich elementy składowe oraz podania szczegółów dotyczących kosztów, które wchodziły w dane elementy wykonania pozycji, Odwołujący mógłby udzielić takich wyjaśnień. Zamawiający nie wskazał także, że oczekuje podania elementów składowych wyceny pozycji kosztowych. Gdyby tak zrobił, Odwołujący przedstawiłby Zamawiającemu ofertę swojego podwykonawcy, która potwierdza możliwość wykonania tych pozycji po zaoferowanych cenach. Zamawiający nie wskazał jednak tych wątpliwości w wezwaniu.

Jednocześnie Odwołujący sygnalizuje, że wskazane przez niego ceny za poszczególne pozycje określone w rozstrzygnięciu są cenami rynkowymi i zostały rzetelnie skalkulowane oraz zapewniają należyte wykonanie zamówienia. Ceny te oparte są na ofertach podwykonawców i nie ma podstaw do ich kwestionowania oraz zostały rzetelnie obliczone, co Odwołujący jest w stanie udowodnić i zastrzega sobie możliwość wykazania tej okoliczności na rozprawie w Krajowej Izbie Odwoławczej, a z uwagi na to, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tej okoliczności na etapie wyjaśniania ceny Odwołującego, twierdzenia Odwołującego z pewnością nie mogą zostać uznane za spóźnione.

Następnie, Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie podał powodów odrzucenia jego oferty, ponieważ nie wskazał cen kruszywa przedstawionych przez innych wykonawców czy też cen dostępnych na lokalnym rynku.

W jego ocenie, jeżeli Zamawiający twierdzi, że posiada określone informacje wskazujące, że pozostali wykonawcy zaoferowali wykonanie danych pozycji po cenach znacznie wyższych niż wykonawca, to winien wskazać, jakie to są ceny, tak, aby Odwołujący mógł powziąć informacje i odnieść się do nich - w szczególności w zakresie skali rzekomych różnic w cenach. Brak podania tych informacji, czyni uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego bezpodstawnym i błędnym, w szczególności mając na uwadze, że Odwołujący wykazał zasadność zaoferowanej przez siebie ceny globalnej i wszystkich istotnych wartościowo pozycji oraz udowodnił, że jest w stanie należycie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

II. Zarzuty i żądania odwołania - odwołanie o sygn. KIO 336/18

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Porr Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu w Austrii, zwani dalej: „Konsorcjum Porr”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy rozwiązania konstrukcyjne kwestionowane przez Zamawiającego (niweleta drogi oraz obiekt PZDsz-61.0) są zgodne z wymaganiami określonymi w PFU, a w konsekwencji oferta Odwołującego odpowiada SIWZ oraz obejmuje cały przedmiot zamówienia określony w SIWZ przez Zamawiającego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz obejmuje koszty wykonania całego przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ przez Zamawiającego;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień Odwołującego z dnia 11.01.2018 r. i dowodów przedłożonych wraz z tymi wyjaśnieniami;
4. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, podczas gdy wyjaśnienia te pozwoliłyby

Zamawiającemu na jednoznaczne ustalenie, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, również co do rozwiązań konstrukcyjnych dotyczących niwelety drogi oraz obiektu PZDsz-61.0;

5. art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty, podczas gdy dodatkowe wyjaśnienia w sposób jednoznaczny potwierdziłby, że zaoferowana cena umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz wynikającymi z odpowiednich przepisów;

6. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Budimex S.A. jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy za ofertę najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu należało uznać ofertę złożoną przez Odwołującego;

7. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co może spowodować udzielenie niniejszego zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp (Budimex

S.A.), ponieważ w przypadku przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania zgodnie z przepisami Pzp oraz zasadami udzielania zamówień publicznych za najkorzystniejszą ofertę należało uznać ofertę Odwołującego.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny ofert; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; unieważnienia czynności wyboru oferty Budimex S.A.; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; wystąpienia do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień dotyczących treści i ceny oferty;
2. przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nim powołane;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu poniesionych kosztów związanych z wniesieniem odwołania.

Niweleta drogi - dowiązanie początku odcinka węzeł Wysokie - m. Raczki (Zadanie 3) do

sąsiedniego odcinka drogi (Zadanie nr 2)

Zamawiający zarzucił Odwołującemu (na podstawie treści rysunku przedłożonego wraz z

wyjaśnieniami z dnia 11.01.2018 r. - załącznik nr 5, arkusz 1 z 7), że początek odcinka węzeł Wysokie - m. Raczki (Zadanie 3) nie jest zgodny z rzędną z Koncepcji programowej, lecz znajduje się ok. 2,5 m niżej. Zdaniem Zamawiającego niweleta na styku końca Zadania nr 2 i początku Zadania nr 3 musi być zgodna z Koncepcją programową, która w ocenie Odwołującego nie jest dokumentem wiążącym. Ponadto, Zamawiający ani w treści SIWZ, ani w odpowiedziach na pytania wykonawców nie zamieścił zastrzeżenia wskazującego na konieczność traktowania jako parametru wiążącego rzędnych styku końca Zadania nr 2 i początku Zadania nr 3 zawartych w Koncepcji programowej. Zdaniem Odwołującego zgodnie z treścią PFU oraz odpowiedziami na pytania, optymalizując przebieg niwelety Zadania nr 3, można było założyć obniżenie styku na połączeniu Zadania nr 2 i Zadania nr 3.

Ponadto, Odwołujący wskazywał, że w dokumentacji dotyczącej sąsiedniego odcinka (Zadanie nr 2; odcinek Elk Południe - węzeł Wysokie) znajdują się analogiczne postanowienia i odpowiedzi na pytania Wykonawców dotyczące niwelety, powiązania odcinków drogi realizowanych w ramach Zadania nr 2 i Zadania nr 3 oraz obowiązku koordynacji prac na styku odcinków. Wykonawca sąsiedniego odcinka może zatem również zmodyfikować przebieg niwelety i rzędne styku odcinków (Zadania nr 2 i Zadania nr 3). Obniżenie niwelety na styku będzie we wspólnym interesie obu Wykonawców (bilansowanie robót ziemnych - mniej nasypów). Zatem, zarzut dotyczący niezgodności treści oferty jest bezzasadny.

Obiekt inżynierski PZDsz-61.0

Obiekt inżynierski PZDsz-61.0 pełni funkcję przejścia dolnego dla zwierząt pod drogą

ekspresową o parametrach $H = \min. 3,0 \text{ m}$, $B = \min. 2 \times 5 \text{ m}$ zgodnie z Decyzją o Środowiskowych Uwarunkowaniach. Odwołujący zachował ww. wiążące parametry tego obiektu (Tabela 1.1. PFU). Zarzut Zamawiającego dotyczy rzekomo nieprawidłowego usytuowania tego obiektu w stosunku do proponowanej niwelety. Zdaniem Zamawiającego niweleta przebiega poniżej wymaganej skrajni obiektu, czyli przejście dolne znajduje się nad drogą. Zamawiający oparł swoje twierdzenia na rysunku przedłożonym przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 11.01.2018r., tj. załącznik nr 5, arkusz 7 z 7. Ww. rysunek nie został przedłożony w celu przedstawienia usytuowania jakiegokolwiek obiektu inżynierskiego. Został przedłożony w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego nr 3 zawarte w wezwaniu z dnia 8.12.2017 r., które dotyczyło wyłącznie przyjętego przez Odwołującego maksymalnego spadku podłużnego drogi głównej i przebiegu zoptymalizowanej niwelety.

Rysunek obrazuje jedynie przebieg zoptymalizowanej niwelety w stosunku do niwelety zawartej w Koncepcji programowej. Rysunek został wykonany w oparciu o rysunek zamieszczony w Koncepcji programowej z uwagi na sposób sformułowania pytania przez Zamawiającego. Zgodnie z jego opisem na ww. rysunku kolorem niebieskim oznaczono niweletę z Koncepcji programowej (niewiążącej). Ww. rysunek nie przedstawia usytuowania żadnego obiektu inżynierskiego (w tym obiektu PZDsz-61.0) w stosunku do niwelety zaproponowanej przez Odwołującego.

Rażąco niska cena

Odwołujący podnosił, że cena jego oferty stanowi 70,01% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia oraz 91,67% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i jest ceną rynkową. Podkreślał, że większość zarzutów Zamawiającego dotyczących zaoferowania rażąco niskiej ceny, tj. nieuwzględniania lub zaniżenia w ofercie poszczególnych kosztów wynika z nieuzasadnionego i błędnego założenia Zamawiającego dotyczącego sposobu przeprowadzenia niwelety przez Odwołującego. W konsekwencji rzekome niedoszacowania oferty są w rzeczywistości kosztami korekty przebiegu niwelety do rzędnych z Koncepcji programowej (np. ilości robót ziemnych) albo efektem niewłaściwej interpretacji rysunku obrazującego przebieg zoptymalizowanej niwelety przekazanego wraz z wyjaśnieniami z dnia 11.01.2018 r., np. wysokość kosztów polepszenia parametrów podłoża czy kosztów posadowienia obiektów.

Odwołujący podnosił, że cena oferty oraz przyjęte w niej parametry i rozwiązania technologiczne zostały dokonane w oparciu o przebieg niwelety przekazany wraz z wyjaśnieniami z dnia 11.01.2018r. (załącznik nr 5, arkusz 1 z 7). Natomiast z uwagi na fakt, że niweleta została zaprojektowana zgodnie z postanowieniami SIWZ, kalkulacja ceny oferty oparta na tych parametrach nie może być kwestionowana poprzez odniesienie do niewiążących parametrów i rozwiązań technologicznych zawartych w Koncepcji programowej.

Ilości robót ziemnych

Zarzut Zamawiającego dotyczący zaniżenia ilości i wartości robót ziemnych oparty jest o założenie konieczności korekty niwelety do rzędnych wskazanych w Koncepcji programowej. Z uwagi na fakt, że poprowadzenie niwelety w sposób zaproponowany przez Odwołującego nie narusza postanowień SIWZ, brak podstaw do korekty ceny oferty z uwzględnieniem tych parametrów. W konsekwencji Zamawiający nie ma również podstaw do kwestionowania rachunkowych korzyści osiągniętych z tego tytułu przy obliczaniu robót ziemnych oraz formułowania na tej podstawie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Ponadto, nawet w przypadku konieczności korekty przebiegu niwelety w celu dostosowania styku Zadania nr 2 i Zadania nr 3 do rzędnych wskazanych w Koncepcji programowej, należałoby ewentualnie dokonać korekty niwelety na odcinku jedynie 468,3m (od km 42+765,73 do km 43+234,03) (co obrazuje Załącznik nr 1 do odwołania), a nie jak twierdzi Zamawiający na odcinku ok. 1 km. Natomiast potencjalna korekta wartości robót ziemnych (nasypu i wykopu) w takim przypadku wynosiłaby 235.126.80 zł. Wykonawca skalkulował i uwzględnił wartość tego typu ryzyk związanych z robotami ziemnymi w cenie ofertowej, w kwocie 600.000 zł.

W związku z tym Odwołujący wskazywał przykładowe dalsze zmniejszenia ilości i kosztów robót ziemnych możliwe do osiągnięcia w przypadku realizacji inwestycji zgodnie ze zoptymalizowanym przebiegiem niwelety, np. w rejonie obiektu PZDsz-61 występuje nadal zapas skrajni około ~1m. Wykorzystując ten zapas można poprowadzić niweletę niżej, co zmniejszy ilości nasypów o dodatkowe -17.627 m^3 oraz zwiększy o 8.000 m^3 wykopu. Koszt $(-17.627 \times 24,80 + 8.000 \times 10,97) = -349.389,60 \text{ zł}$. Oznacza to, że w ogólnym bilansie po

ewentualnej korekcie niwelety koszt robót ziemnych może się zmniejszyć o - 114.262,80 zł.

Zaniżony koszt wykonania warstw nasypowych oraz górnej warstwy nasypu (GWN)

Odwołujący podnosił, że skalkulował w ofercie realne koszty wykonania warstw nasypowych oraz GWN. Bezpodstawne jest więc twierdzenie Zamawiającego, że pominięcie tych kosztów spowodowało zaniżenie ceny oferty. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający niezgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 11.01.2018 r. przypisał mu zamiar „uzyskania z wykopów całego materiału do wykonania nasypów” oraz przyjęcia „konieczności ulepszenia tylko ok. 17% z tych gruntów w celu spełnienia wymagań WWiORB.

Odwołujący kalkulując ofertę na podstawie zoptymalizowanej niwelety przyjął bowiem, że z ogólnej ilości wykopów wnoszącej 1.096.103 m³, ok. 31% nie kwalifikuje się do bezpośredniego wbudowania w nasyp, co stanowi około 1/3 wykopów. Ponadto z ww. kwoty (31%) wyodrębnił około 17% jako przeznaczone na odkład, a 14% zakwalifikował do ulepszenia. Natomiast zgodnie z przedmiarem zamieszczonym w Koncepcji programowej

grunty niekwalifikujące się bezpośrednio do wbudowania w nasyp stanowią jedynie 10%. Oznacza to, że Odwołujący opierając się na tej samej Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej („DGI”), co autor Koncepcji programowej, znacząco zwiększył w ofercie ilość gruntów niekwalifikujących się do bezpośredniego wbudowania w nasyp.

Odwołujący uwzględnił w kalkulacji trasy głównej łącznie 186.525 m³ materiału na GWN, co jest większą ilością niż wyliczenia Zamawiającego - 180.000 m³. Jednocześnie z uwagi na wymagania materiałowe określone przez Zamawiającego w WWiORB D.02.03.01, Odwołujący przyjął koszt jednostkowy znacznie wyższy niż dla zwykłego nasypu, tj. 41,41 zł /1m³. Koszt wykonania GWN dla trasy głównej w ofercie Odwołującego wynosi zatem: 186.525 m³ x 41,41 zł = 7.724.000,25 zł, a więc jest wyższy niż wskazany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13.01.2018 r. (6.438.600,00 zł).

Koszt wykonania GWN został ujęty w ofercie Odwołującego w grupie kosztów „podłoża pod konstrukcję” z uwagi na przyjętą wewnętrzną technikę przygotowania oferty oraz na rygorystyczne parametry materiałowe określone przez Zamawiającego w WWiORB D.02.03.01. Z uwagi na powyższe w załączniku nr 3 do wyjaśnień z dnia 11.01.2018 r., będącym odpowiedzią na pytanie nr 9 dotyczące całkowitego kosztu robót ziemnych, nie wykazano kosztów wykonania górnej warstwy nasypu. Należy jednocześnie dodać, że Zamawiający nie wskazał wprost, w treści pytania nr 9, że w koszcie robót ziemnych należy wskazać również koszt GWN.

Zaniżony koszt polepszenia parametrów podłoża za pomocą geomateraca/geosyntetyku + nasyp przeciążający

Odwołujący w odpowiedzi na pytanie nr 8 (wezwanie z dnia 8.12.2017 r.) oraz w tabeli wskazał miejsca (wraz podaniem pikietażu drogi głównej), w których założył polepszenie parametrów podłoża przez konsolidację za pomocą geomateraca/geosyntetyku i nasypu przeciążającego. Zdaniem Zamawiającego obniżenie niwelety przez Odwołującego spowodowało, że zastosowanie ww. technologii „nie pozwoli na osiągnięcie wymaganych parametrów podłoża na niektórych odcinkach”. Zamawiający w celu potwierdzenia swoich twierdzeń odwoływał się do odcinka od km 48+415 - do km 48+587 wymienionego w tabeli nr 3 (załącznika nr 4 do wyjaśnień z dnia 11.01.2018 r.) oraz posłużył się ogólnym określeniem „niektóre odcinki”. Natomiast nie odniósł się do pozostałych czterech odcinków wskazanych w ww. tabeli, na których miałyby zostać zastosowane ww. technologie wzmocnienia podłoża.

W związku z tym Odwołujący na przykładzie odcinka od km 48+415 - do km 48+587 przywołanego w piśmie z dnia 13.02.2018 r. wskazywał, że twierdzenia Zamawiającego dotyczące zaniżenia kosztów polepszenia parametrów podłoża są nieprawidłowe. Odwołujący, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, na ww. odcinku nie założył znacznego obniżenia niwelety oraz w miejscu torfów o największej miąższości utrzymał wysokości nasypów z Koncepcji programowej (załącznik nr 5, arkusz 2 z 7, przekazany wraz z wyjaśnieniami z dnia 11.01.2018 r.). Zauważał, że zgodnie z DGI miąższości gruntów organicznych w przypadku ww. odcinka wahają się między 1,8m - 9,5m, a nie jak twierdzi Zamawiający 5,0m - 9,5m. Ponadto wartość 9,5m ma charakter punktowy, a pozostałe otwory pokazują zdecydowanie mniejsze miąższości gruntów organicznych. Natomiast punktowe występowanie gruntów o niższej jakości automatycznie nie powoduje konieczności zastosowania droższych technologii oraz nie generuje wyższych kosztów.

Ponadto, jak wskazano w tabeli nr 3 (załącznik nr 4), przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 11.01.2018 r., założono dodatkowy nadnasyp przeciągający o wysokości 2,5m nad rzędne niwelety. Według Odwołującego są to rozwiązania zgodne z warunkami kontraktu i wystarczające do polepszenia parametrów podłoża odcinka od km 48+415 - do km 48+587 i zapewnią uzyskanie wymaganych nośności podłoża gruntowego. Zmiana przebiegu niwelety przyjęta przez Odwołującego nie spowodowała konieczności zastosowania innych i droższych technologii polepszenia parametrów podłoża. Brak zatem takich kosztów w ofercie nie może być powodem jej odrzucenia pod zarzutem rażąco niskiej ceny. Wskazywał też, że w odpowiedzi na pytanie nr 8 (wyjaśnienia z dnia 11.01.2018 r.) przedstawił m.in. takie technologie jak wzmocnienia wgłębne podłoża gruntowego kolumnami żwirowymi i kolumnami żwirowo-betonowym i zwieńczonymi półmateracami geosyntetycznymi.

Ponadto, na etapie kalkulacji oferty założył również inne ryzyka niż wymienione w odpowiedzi na pytanie 13 (wyjaśnienia z 11.01.2018 r.), która dotyczyła wyłącznie rezerw na konkretne ryzyka wyspecyfikowane przez Zamawiającego w zapytaniu. Z zakresu związanego z robotami ziemnymi zostały ujęte w ofercie ryzyka na kwotę 600.000 zł, natomiast na ryzyko ewentualnego dodatkowego wzmocnienia i ulepszenia podłoża i skarp (wynikającego ze szczegółowego projektu, który powstanie w trakcie realizacji kontraktu) ujęto kwotę 1.200.000 zł.

Zaniżony koszt polepszenia parametrów podłoża poprzez ulepszenia podłoża gruntowego spoiwem hydraulicznym

Odwołujący w odpowiedzi na pytanie nr 8 (wezwanie z dnia 8.12.2017 r.) w tabeli nr 4 (załącznik nr 4 do wyjaśnień z dnia 11.01.2018 r.) wskazał miejsca (wraz podaniem pikietaża drogi głównej), w których założył polepszenie parametrów podłoża spoiwem hydraulicznym (razem 3.548m). Zamawiający zarzucił Odwołującemu zaniżenie liczby lokalizacji, w których należałoby zastosować technologię wzmocnienia podłoża gruntowego spoiwem hydraulicznym, a w konsekwencji ceny oferty o koszt zaniechanych ulepszeń podłoża. Zamawiający skalę niedoszacowania określił jako „spora liczba lokalizacji” doprecyzowując za pomocą wyrażenia „liczne odcinki wykopów z podłożem G4” (wskazanie trzech przykładowych odcinków) oraz „odcinki wykopów z gruntami w stanie plastycznym błędnie określone jako podłoże grupy G3, G4” (wskazanie pięciu przykładowych odcinków).

Odnosząc się do zarzutu nieujęcia w tabeli nr 4 (Załącznik nr 4 do wyjaśnień z dnia 11.01.2018 r.) „licznych odcinków wykopów z podłożem G4”, Odwołujący wskazywał, że na przykładowych odcinkach wymienionych w piśmie Zamawiającego z dnia 13.02.2018 r. występują głównie grunty spoiste Gz3 w stanie twardoplastycznym i półzwałowym oraz lokalnie Gz2. W związku z tym w założeniach do oferty z uwagi na roboty związane z korytowaniem pod konstrukcję przyjęto, że grunty Gz2 występujące lokalnie zostaną prawie w całości usunięte przy głębokości korytowania około 1 m poniżej poziomu niwelety. Ewentualna konieczność stabilizowania pozostałości po soczewkach z gruntu Gz2 nie ma wpływu na kalkulację oferty. Natomiast na odcinkach dla gruntów podłoża Gz3 przy zastosowaniu warstwy mrozochronnej oraz osiągnięciu parametru nośności na podłożu nie ma potrzeby stabilizowania spoiwem hydraulicznym.

Wskazywał, że Zamawiający formułując zarzut zaniżenia kosztów polepszenia podłoża spoiwem hydraulicznym pominął przebieg niwelety zoptymalizowanej przez Odwołującego (załącznik nr 5 do wyjaśnień z dnia 11.01.2018 r.). Niweleta przyjęta przez Odwołującego jest położona niżej niż niweleta zamieszczona w Koncepcji programowej, a więc również poniżej ww. gruntów plastycznych. W konsekwencji zmniejszyło to obszar, na którym należy zastosować ulepszenie podłoża gruntowego spoiwem hydraulicznym.

Natomiast odnosząc się do „odcinków wykopów z gruntami w stanie plastycznym błędnie określonych jako podłoże grupy G3, G4” w tabeli nr 4 (Załącznik do wyjaśnień z dnia 11.01.2018 r.) wymienionych w piśmie Zamawiającego z dnia 13.02.2018r., Odwołujący wskazywał, że na wymienionych odcinkach występują głównie grunty spoiste Gz3 w stanie twardoplastycznym i półzwałowym oraz lokalnie Gz2. W związku z tym przy kalkulacji oferty z uwagi na roboty związane z korytowaniem pod konstrukcję przyjęto, że grunty Gz2 występujące lokalnie zostaną prawie w całości usunięte przy głębokości korytowania (wykopu) około 1m poniżej poziomu niwelety, pozostające grunty Gz3 nie wymagają indywidualnego projektowania. Natomiast w innych przypadkach niweleta została poprowadzona w nasypie tak, aby grunty zakwalifikowane do grupy litologicznej Gz2 nie wpływały na konstrukcję nawierzchni. Ponadto, zgodnie z katalogiem typowych konstrukcji nawierzchni sztywnych grunty kwalifikujące się do indywidualnego projektowania muszą spełniać określone kryteria, tzn. być w stanie plastycznym i miękkoplastycznym oraz

wykazywać wskaźnik CBR < 2%. Natomiast w przypadku następujących odcinków wskazanych przykładowo przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13.02.2018 r.:

- 44+100 - 44+225 - niweleta przyjęta do oferty na przedmiotowym odcinku została poprowadzona w nasypie około 2,5 m przechodząca w km 44+160 w 1 m wykop; grunty Gz2 występujące w podłożu pod nasypem na głębokości 3,7 m nie mają zatem wpływu na konstrukcję nawierzchni; w miejscu przejścia niwelety w wykop gruntu Gz2 zanikają, spód konstrukcji zlokalizowano na warstwie gruntów Pw2 (grunty niewysadzinowe - piaski drobne i średnie);
- 44+390 - 44+480 - poziom niwelety przyjętej do oferty pozwoli na całkowite usunięcie gruntów zakwalifikowanych do grupy litologicznej Gz2;
- 57+860 - 57+900 - poziom niwelety przyjętej do oferty pozwoli na całkowite usunięcie gruntów zakwalifikowanych do grupy litologicznej Gz2;
- 60+370 - 60+435 - poziom niwelety przyjętej do oferty pozwoli na całkowite usunięcie gruntów zakwalifikowanych do grupy litologicznej Gz2;
- 61+825 - 61+935 - poziom niwelety przyjętej do oferty pozwoli na całkowite usunięcie gruntów zakwalifikowanych do grupy litologicznej Gz2.

Ponadto, Odwołujący podkreślał, że na etapie kalkulowania oferty założył dodatkowe ryzyka inne niż wymienione w odpowiedzi na pytanie 13 (wyjaśnienia z dnia 11.01.2018r.), która dotyczyła jedynie ryzyk wprost wymienionych przez Zamawiającego pytaniu. Z zakresu związanego z robotami ziemnymi zostały ujęte w ofercie ryzyka na kwotę 600.000zł, natomiast na ryzyko ewentualnego dodatkowego wzmocnienia i ulepszenia podłoża i skarp (wynikającego ze szczegółowego projektu, który powstanie w trakcie realizacji kontraktu) ujęto kwotę 1.200.000 zł.

Zaniżony koszt wzmocnienia skarp wykopów

W ocenie Zamawiającego założone przez Odwołującego sposoby wzmocnienia skarp wykopów są niewystarczające, w związku z tym konieczne będzie zastosowanie w trakcie realizacji droższych technologii, których koszt winien zostać ujęty w ofercie Odwołującego.

Odwołujący przykładowo wskazywał wpływ zmiany przebiegu niwelety na koszty wzmocnienia skarp wykopów, np. wody gruntowe w przekroju 44+560L/3 czy na odcinku 60+050 - 60+250 występują w soczewkach piaszczystych, które są obecnie zamknięte gruntami nieprzepuszczalnymi Gz3 i Gz2. W momencie wykonania wykopu zgodnie ze zoptymalizowaną niweletą, wody występujące w tych soczewkach zostaną zdrenowane. Z uwagi na fakt, że warstwy te znajdują się bezpośrednio pod warstwą humusu, będą okresowo zasilane z deszczówki. Ponadto, nie występuje napięte zwierciadło wody. W związku z tym ewentualne wysięki powinny być powolne, a więc nie spowodują wypłukiwania szkieletu gruntowego i w konsekwencji utraty stateczności skarp.

Twierdzenia Zamawiającego dotyczące konieczności zastosowania innych, droższych metod zabezpieczenia skarp są zdaniem Odwołującego nieuzasadnione, bowiem optymalizacja przebiegu niwelety spowodowała, że założenia wzmocnienia skarp wykopów przyjęte do oferty są wystarczające.

Zaniżony koszt wykonania posadowienia obiektów

Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 11.01.2018 r. (odpowiedź na pytanie nr 10) przedstawił tabelę obiektów inżynierskich wraz z kosztem ich wykonania, z rozbiem na koszt samego obiektu i koszt posadowienia (19 obiektów). Zamawiający w piśmie z dnia 13.02.2018 r. zakwestionował sposób posadowienia „kilku obiektów” oraz wskazał dwa przykłady nieprawidłowego posadowienia (obiekt PZM 50.0 oraz PZM 60.5). Zmiana sposobu posadowienia spowodowałaby wzrost kosztów wykonania tych obiektów. W ocenie Zamawiającego nie przewidziano w ofercie kosztów zastosowania droższych metod wykonania posadowienia obiektów inżynierskich, co zaniżyło cenę.

W przypadku obiektu PZM-50.0 przewidziano obniżenie niwelety, zmianę schematu statycznego na ramę zamkniętą oraz posadowienie obiektu bezpośrednio na wzmocnieniu zgodnie z treścią tabeli nr 3 (załącznik nr 4 do wyjaśnień z dnia 11.01.2018 r.). W przypadku

obiektu PZM-60.5 przewidziano obniżenie niwelety, zmianę schematu statycznego na ramę zamkniętą oraz obniżenie poziomu posadowienia obiektu poniżej gruntów nienośnych. Załączniki nr 4 i nr 5 do odwołania zawierały obliczenia dotyczące dwóch omawianych obiektów potwierdzające, że sposób posadowienia ww. obiektów założony w ofercie jest prawidłowy (czyli bezpośrednio).

Ponadto, Odwołujący zwracał uwagę na ujęcie w ofercie ryzyka na przekroczenie kosztu obiektów inżynierskich w kwocie 2.000.000 zł, co zostało wskazane w wyjaśnieniach z dnia 11.01.2018 r. w odpowiedzi na pytanie nr 13. Natomiast łączny koszt obiektów PZM 50.0 oraz PZM 60.5 w ofercie Odwołującego to ok. 1.600.000 zł, co wskazuje, że ujęta rezerwa wystarczy na pokrycie kosztów ewentualnych posadowień pośrednich tych obiektów.

Brak wyceny kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej

Zamawiający w piśmie z dnia 13.02.2018 r. zarzucił Odwołującemu brak w wyjaśnieniach z dnia 11.01.2018 r. informacji na temat ujęcia w wycenie oferty kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej. Zamawiający w wezwaniu z dnia 8.12.2017 r. nie zgłosił wątpliwości dotyczących sposobu kalkulacji tych kosztów.

Kalkulacja oferty Odwołującego uwzględnia obniżenie zwierciadła wody gruntowej na odcinkach, na których będzie to konieczne, za pomocą przegłębionych rowów drogowych. Jednocześnie odnosząc się do odcinków wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13.02.2018 r. Odwołujący wskazywał, że:

- 44+400 - 44+600 - na wskazanym odcinku wodę gruntową w osi projektowanej drogi udokumentowano jedynie w otworze 44+4200/3 na głębokości 3,3 m; spód konstrukcji będzie zlokalizowany 1,30 m niżej w gruncie półzwałym, w którym nie występują wody gruntowe na poziomie posadowienia konstrukcji, jak również do spodu wykonanego badania. Woda gruntowa po wykonaniu wykopu będzie odprowadzana przeciwsłupą do rowu drogowego. Konstrukcja nawierzchni na tym odcinku będzie posiadała warstwę mrozochronną/odsączającą z wyprowadzeniem do rowu. Nie ma potrzeby obniżania poziomu wody gruntowej. Udokumentowane występowanie wody gruntowej w otworach bocznych związane jest z występowaniem soczewek z gruntu Pw2, które zostaną zdrenowane przeciwsłupą wykopu i odprowadzone do rowu drogowego, wody te nie stanowią zagrożenia dla konstrukcji nawierzchni;
- 46+200 - 46+340 - spód konstrukcji będzie zlokalizowany w gruncie półzwałym, w którym nie występują wody gruntowe na poziomie posadowienia konstrukcji, jak również do spodu wykonanego badania. Udokumentowana woda gruntowa w otworach 46+3100/3 i 46+310L/3 po wykonaniu wykopu będzie odprowadzana przeciwsłupą do rowu drogowego. Konstrukcja nawierzchni na tym odcinku będzie posiadała warstwę mrozochronną/odsączającą z wyprowadzeniem do rowu. Nie ma potrzeby obniżania poziomu wody gruntowej;
- 48+650 - 48+800 - spód konstrukcji będzie zlokalizowany w gruncie półzwałym, w którym nie występują wody gruntowe na poziomie posadowienia konstrukcji, jak również do spodu wykonanego badania. Udokumentowana woda gruntowa w przekroju nr 48+760 występuje wyłącznie w warstwie gruntu Gz1. Po wykonaniu wykopu warstwa gruntu Gz1 będzie ograniczona z obu stron wykopem. Woda z przedmiotowej warstwy będzie odprowadzana przeciwsłupą do rowu drogowego. Konstrukcja nawierzchni na tym odcinku będzie posiadała warstwę mrozochronną/odsączającą z wyprowadzeniem do rowu. Nie ma potrzeby obniżania poziomu wody gruntowej;
- 50+760 - 50+870 - na wskazanym odcinku zakłada się obniżenie zwierciadła wody gruntowej poprzez wykonanie przegłębionych rowów drogowych;
- 53+800 - 54+100 - na wskazanym odcinku zakłada się obniżenie zwierciadła wody gruntowej poprzez wykonanie przegłębionych rowów drogowych;
- 59+820 - na wskazanym odcinku niweleta została podniesiona w związku z możliwością wykonania przegłębionych rowów drogowych, zakładając obniżenie zwierciadła wody gruntowej i możliwość odprowadzenia wody;
- 59+900 - 60+720 - na wskazanym odcinku niweleta została podniesiona w związku z możliwością wykonania przegłębionych rowów drogowych, zakładając obniżenie

zwierciadła wody gruntowej i możliwość odprowadzenia wody.

Jednocześnie Odwołujący wskazywał, że w kalkulacji ceny oferty uwzględnił dodatkowe umocnienie rowów na łączną kwotę: 1.602.396 zł, tj.:

- umocnienie dna i skarp rowów darnią (gr. 15 cm - dno wraz ze skarpą na wys. 75 cm) w ilości 4.050 m o wartości 72.900 zł;
- umocnienie rowów elementami betonowymi (dyble betonowe na dnie rowu wraz z płytami betonowymi 50x50x7 na skarpach na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 5cm oraz warstwie piasku gr. 10 cm) w ilości 9.879 m o wartości 1.422.576 zł;
- umocnienie rowów kamieniem łamanym zatopionym w betonie 06/20 na skarpach na podsypce cementowo-piaskowej 1:4 gr. 5cm oraz warstwie piasku gr. 10cm w ilości 891m o wartości 106.920 zł.

Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień

W ocenie Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo ocenił jego wyjaśnienia, a ofertę odrzucił na podstawie domniemań i nieuzasadnionych wniosków, chociaż przedłożone wyjaśnienia jednoznacznie potwierdzały zgodność oferty z SIWZ oraz prawidłową kalkulację ceny. Ponadto Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na brak kalkulacji w ofercie elementów, które nie były przedmiotem badania na podstawie wezwania.

Zamawiający większość swoich zarzutów oparł na dokumentach przedłożonych w celu zobrazowania innych kwestii, np. błędne wnioski co do usytuowania obiektu inżynierskiego na podstawie rysunku (Załącznik nr 5, arkusz 7 z 7). Ponadto Zamawiający poddał ocenie kwestie, które nie były przedmiotem wyjaśnień z dnia 11.01.2018 r., np. koszty obniżenia

poziomu wody gruntowej.

Zamawiający w sytuacji, gdy dotychczasowe wyjaśnienia Odwołującego spowodowały powstanie dodatkowych wątpliwości co do treści lub ceny oferty, powinien ponownie wezwać Odwołującego do złożenia dodatkowych informacji i wyjaśnień dotyczących tych kwestii.

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 334/18

III.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego. Wskazywał, że oferta Konsorcjum Rubau jest o 34,53% niższa od kwoty jaką przeznaczył na realizację zamówienia, zatem powstał obowiązek wszczęcia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wskazywał, że Konsorcjum Rubau nie przedstawiło żadnych dowodów potwierdzających możliwość wykonania wymienionych warstw za ceny przyjęte do oferty. Przedstawienie wyłącznie cen jednostkowych bez poparcia tego dowodami chociażby w postaci ofert podwykonawców nie może być uznane za złożenie wyczerpujących wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Tym samym brak było podstaw do tego, aby uznać, że Odwołujący obalił domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny w powyższym zakresie.

Z wyliczeń Zamawiającego przedstawionych w uzasadnieniu odrzucenia oferty wynika, że zaproponowana stawka za 1 m² wykonania warstwy nie pokrywa nawet kosztów zakupu samego kruszywa. Do ceny materiału, oprócz kosztów transportu, należy doliczyć jeszcze przykładowo w przypadku podbudowy zasadniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie C90/3 gr. 30 cm pod drogą główną - koszt jego ułożenia (praca układarek i pracowników fizycznych) w dwóch warstwach (co generuje podwójny koszt robocizny i pracy sprzętu) zgodnie z wymaganiami Wytocznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej „WWiORB”), stanowiących załącznik do PFU; dodatkowo wymagania WWiORB nakazują konieczność poszerzenia wykonywanej warstwy podbudowy zasadniczej o szerokość niezbędną do poruszania się gąsienic maszyny układającej nawierzchnię betonową (przyjęto 1 m poszerzenia warstwy podbudowy na każdej jezdni), co będzie generowało kolejne koszty. W przypadku podbudowy pomocniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie (250/10 gr. 17 cm pod drogą główną - koszt jego wbudowania (praca maszyn i pracowników fizycznych) zgodnie z wymaganiami WWiORB; w przypadku warstwy mrozoodpornej z mieszanki niezwiązanej o CBR>35 (funkcja warstwy odsączającej)

gr. 25 cm pod drogą główną - koszt „ulepszenia” kruszywa (materiał pozyskiwany ze żwirowni bezpośrednio ze ściany skalnej nie spełni wymagań WWiORB) oraz koszt jego ułożenia (praca maszyn i pracowników fizycznych) w dwóch warstwach (co generuje podwójny koszt robocizny i pracy sprzętu) zgodnie z wymaganiami WWiORB; w przypadku warstwy podbudowy pomocniczej na drogach kategorii od KR3 do KR5 z mieszanki związanej cementem C3/4 grubości 15 cm - koszt jego wbudowania (praca maszyn i pracowników fizycznych) zgodnie z wymaganiami WWiORB.

Podnosił, że ceny zaproponowane przez Konsorcjum Rubau odbiegają od stawek rynkowych przyjętych przez innych wykonawców w tym postępowaniu. Wskazywał, że koszt samego materiału (kruszywa łamanego 00/3) jest zaniżony w stosunku do cen rynkowych o ponad 2 mln zł oraz że do ułożenia warstwy z tego kruszywa należy jeszcze doliczyć koszt pracy maszyn i ludzi. Zwracał uwagę, że powyższe wyliczenie dotyczy wyłącznie kosztu kruszywa potrzebnego na wykonanie jednej spośród czterech warstw, które zostały wycenione poniżej realnego (rynkowego) poziomu. Odnosząc się do przedstawionych w odwołaniu stawek Sekocenbud zauważał, że wydawnictwo to nie przesądza jednoznacznie, które stawki należy stosować do konkretnych rodzajów prac. Odwołujący wybiórczo cytuje informacje zawarte we wprowadzeniu do Sekocenbud. Z odwołania nie wynika również na jakiej podstawie przyjęto, że stawka za tonokilometr (tkm) będzie wynosiła 0,24 zł. Podkreślał, że obowiązkiem Odwołującego, co wprost wynikało z treści wezwania, było oprócz wskazania kosztów wykonania poszczególnych warstw konstrukcji nawierzchni również przedłożenie dowodów na poparcie przedstawionych wyliczeń. Konsorcjum Rubau poprzestało jedynie na wskazaniu kosztów bez jakiegokolwiek potwierdzenia ich rynkowego charakteru. Takie działanie Odwołującego jest równoznaczne z brakiem obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

W ocenie Zamawiającego, Konsorcjum Rubau przeanalizowało warunki gruntowo-wodne w sposób powierzchowny. Odwołujący zamieścił w odwołaniu tabelę „z komentarzem, co do braku zasadności zarzutów Zamawiającego”. Zawiera ona wskazane w odrzuceniu oferty odcinki, dla których nie zostały wycenione koszty obniżenia poziomu wody gruntowej. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie polemizował z przedstawioną przez Odwołującego lokalizacją wód gruntowych. Na podstawie treści wyjaśnień oraz odwołania uznał, że analizę warunków gruntowo-wodnych dla celów sporządzenia oferty Odwołujący oparł na przekroju geologicznym podłużnym w osi drogi. Przekrój ten zawiera jedynie 1/3 wszystkich wykonanych badań. Oznacza to, że Konsorcjum Rubau nie przeprowadziło szczegółowej analizy załączonych do dokumentacji przetargowej wyników badań geologicznych w zakresie warunków, jakie występują na obszarze znajdującym się po obu stronach osi drogi. Odwołujący na potrzeby kalkulacji ceny oferty powinien uwzględnić wyniki przekazanych mu badań geologicznych, gdyż zgodnie z pkt 1.2. ppkt 2 lit. a PFU Wykonawcy byli zobowiązani do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z tym dokumentem.

W zakresie naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy klasycznej zwracał uwagę, że Zamawiający może prowadzić konsultacje wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca udziela rzetelnych wyjaśnień popartych dowodami, a niektóre z elementów tych wyjaśnień wymagają doprecyzowania, a ponadto prowadzenie konsultacji nie może naruszać zasady równego traktowania wykonawców i służyć do „wyciągania” od wykonawców informacji, które powinni byli podać już przy pierwszym wezwaniu.

W zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty precyzyjnie podał powody, jakimi kierował się podejmując tę decyzję. Zawierało wskazanie podstawy prawnej oraz wyjaśnienie faktycznych okoliczności, które Zamawiający wziął pod uwagę podejmując swoją decyzję.

IV. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 336/18

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Zamawiający w odpowiedzi na pytania 361, 362, 624 dotyczące „skoordynowania styków” wskazał na Subklauzulę 4.6 Warunków Szczególnych Kontraktu zobowiązującą wykonawców sąsiednich odcinków do współpracy przy realizacji prac projektowych, robót budowlanych, przekazywaniu wiążących danych technicznych. Odpowiedzi jakich udzielił Zamawiający, nie upoważniały oferentów do jednostronnej, nieuzgodnionej z wykonawcą sąsiedniego odcinka zmiany rzędnych niwelety na styku odcinków, a określały jedynie zasady obowiązujące wykonawców sąsiednich odcinków w trakcie realizacji prac projektowych, robót budowlanych oraz sposobu przekazywania wiążących danych technicznych (zgodnie z treścią zadanych przez oferentów pytań).

Wszyscy Wykonawcy, których zoptymalizowane niwelety Zamawiający analizował, odczytali sens odpowiedzi Zamawiającego właściwie, pozostawiając rzędne niwelety na styku odcinków niezmienione (zgodne z Koncepcją Programową). Jedynie Odwołujący przyjął do wyceny ofertowej rzędną styku około 2,5 m niżej w stosunku do koncepcji programowej i w ten sposób zmienił jednostronnie zakres przedmiotu oferty, doprowadzając do stworzenia różnych warunków udziału dla uczestniczących w postępowaniu oferentów. Odwołujący w załączniku 1 do odwołania przedstawił rozwiązanie zamienne do przyjętego w ofercie, polegające na połączeniu niwelety zoptymalizowanej z niweletą z Koncepcji Programowej, czyli rozwiązanie jakie winien przyjąć pierwotnie w ofercie.

Zamawiający zaznaczył, że wezwanie do Odwołującego było w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak również art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku tego otrzymane wyjaśnienia powinny być zweryfikowane również pod względem zgodności przyjętych przez Odwołującego założeń projektowych z SIWZ. Z rysunku niwelety załączonego do wyjaśnień wynika, że niweleta przebiega poniżej wymaganej skrajni obiektu, czyli przejście dolne znajduje się nad drogą. Zdaniem Zamawiającego zaistniała niezgodność z SIWZ jest oczywista.

Rażąco niska cena

Ilości robót ziemnych i zaniżony koszt wykonania warstw nasypowych

Zamawiający w WWiORB D.02.03.01 określił wymagania materiałowe dla górnej warstwy nasypu (GWN), dotyczące współczynnika filtracji i nośności CBR. Wynika z nich, że na tę warstwę muszą zostać zastosowane grunty niespoiste o odpowiednim uziarnieniu. Wykonanie GWN wchodzi w zakres robót ziemnych, a zatem materiały te powinny być wyspecyfikowane w tabeli zamieszczonej przez Odwołującego w załączniku do wyjaśnień (Załącznik nr 3 Koszty robót ziemnych). Tabela takich kosztów nie przewiduje.

Zgodnie z tabelą w Załączniku nr 3 Konsorcjum Porr bilansuje roboty ziemne, nie przewidując dowozu gruntów z dokopów. Zamawiający oszacował w oparciu o DG ilości gruntów niespoistych (95% piaski) jako możliwe do pozyskania z wykopów - w ilości 61.500 m³. Tylko część z tych gruntów spełni bez doziarnienia wymagania WWiORB D.02.03.01. Odwołujący wskazał w odwołaniu, że w kalkulacji trasy głównej przewiduje 186.525 m³ materiału na GWN. W takiej sytuacji jedyną możliwością prawidłowego zrealizowania robót ziemnych jest dowiezienie z dokopów brakujących 125.000 m³ materiału. Odwołujący wskazał zaś, że nie przewiduje żadnego dowiezienia materiału do wykonania robót ziemnych. Założenie takie, w ocenie Zamawiającego jest nierealne. Rzeczywisty koszt pozyskania brakującego materiału do wykonania GWN to 3.100.000 zł (125.000 m³ x 24,80 zł/m³).

Zaniżony koszt polepszenia parametrów podłoża za pomocą geomateraca/geosyntetyku + nasyp przeciążający

Zdaniem Zamawiającego przyjęty w ofercie sposób wzmocnienia podłoża na 5 odcinakach o łącznej długości 918 m jest niedostateczny i nieakceptowalny dla drogi ekspresowej. Założone wzmocnienie słabonośnych gruntów organicznych za pomocą konsolidacji, wymuszonej nadnasypem nie zapewni redukcji osiadań do wartości < 10 cm w projektowanym okresie eksploatacji drogi (przez 30 lat). Przyjęcie przez Odwołującego technologii wzmocnienia podłoża za pomocą geomateraca/geosyntetyku + nasyp przeciążający jest również w ocenie Zamawiającego niezasadne ze względu na jej czasochłonność. Podane w odwołaniu okresy konsolidacji podłoża mogą ulec wydłużeniu.

Zamawiający porównał koszty polepszenia parametrów podłoża za pomocą geomateraca/geosyntetyku + nasyp przeciążający oraz koszty zastosowania technologii polegającej na wzmocnieniu podłoża poprzez wymianę gruntów (druga najtańsza metoda po zaproponowanej przez Odwołującego). Różnica to 3.016.344,52 zł, co oznacza że konieczność zmiany technologii na etapie realizacji robót przekroczy 2,5 razy kwotę ryzyka założonego przez Odwołującego (1.200.000 zł).

Zaniżony koszt polepszenia parametrów podłoża poprzez ulepszenia podłoża gruntowego spoiwem hydraulicznym

Zdaniem Zamawiającego koszty zostały niedoszacowane, bowiem Odwołujący korzystnie

określił grupy nośności podłoża, niezgodnie z obowiązującym Katalogiem typowych konstrukcji nawierzchni, w sposób nieuprawniony określił podłoża z gruntów spoistych w stanie plastycznym i miękkoplastycznym jako grupy nośności G3, G4, pominał zawarty w pkt 2.1.1.2 PFU wymóg nakazujący na odcinkach podłoży grup nośności G3, G4 zastosowanie pod warstwą mrozochronną ulepszonego podłoża spoiwem hydraulicznym o grubości odpowiednio 20 cm albo 25 cm.

Wskazywał także, że Odwołujący nie wyspecyfikował podłoży słabszych od G4, które według DGI występują na długości 2.615 m i wymagają również wzmocnienia, w jeszcze większym zakresie niż podłoże G4. Niedoszacowanie ilości koniecznego wzmocnienia podłoża nie dotyczy tylko długości odcinków, ale także grubości warstwy stabilizowanej. PFU w pkt 2.1.1.2 wymaga warstwy grubości 25 cm dla podłoży grupy nośności G4 i grubości 20 cm dla podłoży grupy nośności G3. Odwołujący zakładając przewagę podłoża G3 (3198 m stanowi 90%) kalkulował grubość 20 cm zamiast 25 cm.

Konsorcjum Porr w odwołaniu zawarło szereg rysunków dowodząc, że w omawianych przypadkach nie ma potrzeby stabilizowania podłoża spoiwem hydraulicznym, ponieważ podłoże jest zbudowane z nośnych, twardeplastycznych glin piaszczystych warstwy Gz3. Stanowisko takie jest błędne i świadczy o braku rzetelnej analizy dokumentacji geologicznej, a wręcz nawet braku wiedzy w zakresie geotechniki drogowej. W każdym z zamieszczonych przypadków mamy do czynienia z podłożem grupy nośności G4, które zgodnie z PFU i zgodnie z Katalogiem typowych konstrukcji wymaga ulepszenia warstwą o grubości 25 cm.

Odwołujący przyjął w ofercie, że ulepszenie podłoża gruntowego spoiwem hydraulicznym będzie wykonana na odcinku 3.548 m. Stanowi to zaledwie 44,35% powierzchni, która zgodnie z dokumentacją geologiczną, będzie faktycznie wymagała takiego wzmocnienia.

Odwołujący, w wyjaśnieniach zawarł koszt wykonania warstwy ulepszonego podłoża drogi S61 (KR7) z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym w następującej wysokości 10,52 zł/m² dla warstwy 20 cm oraz 13,15 zł/m² dla warstwy 25 cm. Są to, zdaniem Zamawiającego, ceny zaniżone, nierynkowe. Według Sekocenbud poz. 277 średnia cena wykonania warstwy grubości 10 cm wynosi 25,94 zł. Biorąc pod uwagę skalę niedoszacowania (55,65% powierzchni wymagającej ulepszenia) wątpliwe jest w ocenie Zamawiającego, aby rezerwa w wysokości 1.200.000 zł pokryła te koszty.

Zaniżony koszt wzmocnienia skarp wykopów

Przyjęte wzmocnienie skarp wykopów poprzez humusowanie i darniowanie na niektórych odcinkach jest zdaniem Zamawiającego niedostateczne, bowiem obniżenie niwelety powiększa wysokości skarp w wykopach, a im wyższe skarpy tym większe wymagania dotyczące zapewnienia ich stateczności. Na odcinkach występowania gruntów spoistych w stanie plastycznym w połączeniu z obecnością wody gruntowej, konieczne są dodatkowe, poza humusowaniem, wzmocnienia, których Odwołujący nie przewidział w kosztach. Przyjmowanie założenia, że po wykonaniu wykopu wody spłyną i nie będą oddziaływać na stateczność skarp jest nadmiernie optymistyczne i nieuzasadnione. Doświadczenia Zamawiającego na terenach o porównywalnej budowie geologicznej są odmienne. Wykonana dokumentacja geologiczna już w chwili obecnej przedstawia odcinki możliwe do oceny i skalkulowania koniecznych wzmocnień skarp.

Zaniżony koszt wykonania posadowienia obiektów

Mimo zamieszczonych w załączniku nr 4 obliczeń posadowienia obiektu PZM-50,0 Zamawiający nadal nie jest przekonany, czy bezpośrednie posadowienie tego przejścia dla zwierząt, w sytuacji gdy grunty nienośne z jednej strony mają niewielkie miąższości, a z drugiej duże, nie doprowadzi do przechylenia konstrukcji. Ponadto parametry geotechniczne namulów nienośnych przyjęte w obliczeniach są zbyt optymistyczne (np. $\gamma = 20 \text{ kN/m}^3$).

Brak wyceny kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej

Zamawiający zwracał uwagę na zasady projektowania konstrukcji nawierzchni, które, zgodnie z pkt 2.1.11 PFU wymagają obniżenia poziomu wody gruntowej do 1 m poniżej spodu konstrukcji nawierzchni. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Odwołujący przyjął, że warstwa mrozochronna będzie jednocześnie warstwą odsączającą, która odwodzi podłoże nawierzchni. Założenie takie jest niezgodne z ww. punktem PFU. Zastosowanie rozwiązania

zgodnego z PFU będzie skutkowało zwiększeniem kosztów inwestycji, co nie zostało ujęte w ofercie.

Naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp

Z treści złożonych wyjaśnień wynika, że przyjęte przez Odwołującego założenia projektowe w zakresie początku niwelety (obniżenie o ok. 2,5 m niwelety na styku Zadania nr 2 i nr 3) oraz w zakresie obiektu PZDsz-61,O są niezgodne z SIWZ. Zamawiający nie miał podstaw, aby wezwać Konsorcjum Porr do dodatkowych wyjaśnień.

Naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

Konsorcjum Porr w swoich wyjaśnieniach przedstawia jedynie kalkulację robót ziemnych. W zakresie tych prac Odwołujący wykazuje oszczędność. Nie pokazuje jednak żadnych prac generujących wzrost kosztów oferty na skutek optymalizacji przebiegu niwelety. Brak w kalkulacji chociażby kosztów związanych z obniżeniem i odprowadzeniem wód gruntowych, które przed zmianą niwelety nie stanowiły problemu, zabezpieczeniem wyższych niż w pierwotnym przebiegu niwelety skarp wykopów, czy też wykonaniem dodatkowego rozpoznania geologicznego. Odwołujący miał prawo uwzględnić w wycenie oferty inny przebieg niwelety, według własnej koncepcji, ale jednocześnie w cenie oferty miał obowiązek ująć zarówno korzyści (redukcję ceny ofertowej) jak i obciążenia (zwiększenie wyceny ofertowej) wynikające z zmienionego przebiegu niwelety. Przedstawiona przez Konsorcjum Porr kalkulacja porównawcza jest w ocenie Zamawiającego niekompletna, ujmuje jedynie koszty robót ziemnych, pomijając koszty innych robót koniecznych do wykonania ze względu na zmianę przebiegu niwelety. Zatem ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień byłoby bezzasadne.

Naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Prawdopodobność przesłanek odrzucenia została wykazana zarówno w uzasadnieniu odrzucenia oferty, jak i w odpowiedzi na odwołanie. Oferta Budimex S.A. uzyskała maksymalną liczbę punktów spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu. W takiej sytuacji wybór jej, jako najkorzystniejszej, był działaniem prawidłowym.

Naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp

Postępowanie było prowadzone w sposób prawidłowy, a ogólne zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp zostały zachowane.

V. Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołań.

Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, pytań i odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych przez Odwołujących, wezwań i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji Zamawiającego o odrzuceniu ofert Odwołujących. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi Zamawiającego na odwołania, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego Budimex S.A., a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 marca 2018 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego Konsorcjum Rubau w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 334/18 dowodu z zestawienia cen ofert w innych postępowaniach wskazującego, iż ceny najkorzystniejsze były zdecydowanie niższe od wartości szacunkowej przewidzianej przez Zamawiającego. Izba uznała, że dowód

ten nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczy danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Przystępującego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Porr w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 334/18 dowodu z porównania cen konstrukcji trasy głównej S61 wraz z dwoma informacjami handlowymi o cenach poszczególnych asortymentów z dnia 18 sierpnia 2017 r. oraz 3 listopada 2017 r. Przedłożony na rozprawie dokument nie został podpisany. Dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. W przypadku dokumentu prywatnego nie został ograniczony przedmiot jego osnowy, ani forma sporządzenia. Jedyną istotną cechą formalną tego typu dokumentów pozostaje ich podpisanie przez wystawcę (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt III CSK 299/07). Ponadto, złożone informacje handlowe nie zostały potwierdzone

za zgodność z oryginałem. Przedłożone niepoświadczone kserokopie nie są dokumentem. Kserokopia, jako mająca cechy dowodu wtórnego, wymaga potwierdzenia jej zgodności z oryginałem.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanych przez Odwołującego Konsorcjum Porr w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 336/18 dowodów z: przykładów stosowanych przez Odwołującego technologii - nasyp przeciążający wraz z krótkim opisem i założeniami materiałowymi; przekrojów poprzecznych oraz zestawienia tabelarycznego wprowadzonych wartości parametrów fizyczno-mechanicznych; sposobu kalkulacji stabilizacji; dowodu potwierdzającego, że Zamawiający sprawdził stateczność najgłębszych wykopów; fragmentu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej ze wskazaniem przebiegu niwelety określonej przez Zamawiającego oraz przebiegu niwelety zaoferowanej przez Odwołującego, wraz z dwoma przekrojami - przedłożone na rozprawie dokumenty nie zostały podpisane ani potwierdzone za zgodność z oryginałem, tam gdzie to konieczne.

Z tej samej przyczyny Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Przystępującego po stronie Zamawiającego Budimex S.A. w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 336/18 dowodu z arkuszy (przekrojów).

Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego Konsorcjum Rubau w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 334/18 o nieudostępnienie ofert podwykonawców (dowodu oznaczonego przez Izbę jako nr 2 Odwołującego), ze względu na fakt, iż w wyniku udostępnienia treści ww. dokumentów mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Odwołujący Konsorcjum Rubau wskazywał, że §8 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r., poz. 964) nie wymaga w przeciwieństwie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykazania zaistnienia przesłanek objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Z uwagi na fakt, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dacie, w której obowiązywał §23 ww. rozporządzenia (Przystępującym) treści dowodu nr 2 Odwołującego. W ocenie Izby jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a wykonawcy zastrzegając informacje czynią to często ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie o sygn. akt KIO 334/18 zasługuje na oddalenie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 336/18 zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. KIO 334/18

Odwołujący - Konsorcjum Rubau postawił w odwołaniu główny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie dawały podstaw do przyjęcia, że zaoferowana cena jest nierealna, nierynkowa czy też niemożliwe będzie zrealizowanie inwestycji za zaoferowane wynagrodzenie.

Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Rubau uzasadniając swoją decyzję następująco.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, wskazując na nierynkową cenę za wykonanie podbudowy zasadniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie C90/3 gr. 30 cm pod drogą główną. Cena wskazana przez wykonawcę to 37,25 zł/m² (załącznik nr 3, wiersz 1). Zamawiający podnosił, że jest ona nierealnie niska. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na to, iż jest w stanie zaproponować wykonanie tej warstwy znacznie poniżej cen rynkowych. Zaproponowana cena obejmuje tylko koszt zakupu materiału: 37,25 zł/m² (0,3 m) x 3,33 = 124,04 zł/m³, co w przeliczeniu na tony (ciężar właściwy wbudowanej i zagęszczonej mieszanki, to minimum 2,2 t/m³) daje 56,38 zł/Mg. Kwota ta odpowiada minimalnym cenom rynkowym mieszanki spełniającej wymagania WWiORB dostępnej na lokalnym rynku. Potwierdzają to oferty dostaw materiału przedstawiane przez innych oferentów dołączone do wyjaśnień na etapie badania oferty. Średnia cena mieszanki według wydawnictwa Sekocenbud za IV kwartał 2017 r. wynosi 63,61 zł/Mg. Zamawiający posiada wiedzę na temat cen kruszyw, zarówno tych dostępnych na lokalnym rynku jak i dostarczanych przez kopalnie z południa kraju. Cena nie obejmuje zatem w ogóle czynności związanych z wbudowaniem warstwy kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie.

Zamawiający stwierdził również, że Odwołujący zaoferował nierynkową cenę za wykonanie podbudowy pomocniczej z kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie C50/10 gr. 17 cm pod drogą główną. Wskazana cena to 17,02 zł/m² (załącznik nr 3, wiersz 2). Zamawiający uznał także za nierynkową cenę za wykonanie warstwy mrozoodpornej z mieszanki niezwiązanej o CBR>35% (funkcja warstwy odsączającej) gr. 25 cm pod drogą główną. Cena wskazana przez wykonawcę to 12,01 zł/m² (załącznik nr 3, wiersz 2). Zamawiający wskazał także nierynkową cenę za wykonanie warstwy podbudowy pomocniczej na drogach kategorii od KR3 do KR5 z mieszanki związanej cementem C3/4 grubości 15 cm. Cena wskazana przez wykonawcę to 11,35 zł/m² (załącznik nr 3, wiersz 3 - 6).

W ocenie Zamawiającego ww. ceny są nierealnie niskie, a wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów na to, iż jest w stanie zaproponować wykonanie ww. warstw znacznie poniżej cen rynkowych. Nie przedstawił również żadnych dowodów na to, iż jest w stanie zaproponować cenę materiału znacznie niższą od cen rynkowych. Zaproponowane ceny nie pokrywają kosztu samego materiału, nie mówiąc już o czynnościach związanych z wbudowaniem warstwy mrozoochronnej, czy warstwy kruszywa łamanego stabilizowanego mechanicznie, szczegółowo opisanymi we WWiORB.

Nadto, Zamawiający zauważał, że w wyjaśnieniach brak informacji, że konieczność odwodnienia podłoża nawierzchni w celu obniżenia poziomu wody gruntowej do zalecanego 1 m poniżej spodu konstrukcji nawierzchni została ujęta w cenie oferty. W odpowiedzi na pytanie 3 Odwołujący wskazał, że: „nie widział konieczności szczegółowego porównania wszystkich zakresów i kosztów dla wariantu według Koncepcji Programowej i wariantu po optymalizacji niwelety trasy głównej. Wykonawca wykonał analizę porównawczą kosztów robót ziemnych i oszacował różnice pomiędzy wersją optymalną a wersją wg KP”. Wynika z tego, że skoncentrował się wyłącznie na wyliczeniu kosztów robót ziemnych, a pominął - będące również konsekwencją obniżenia niwelety - koszty obniżenia poziomu wody gruntowej na wskazanych wyżej odcinkach. W związku z obniżeniem niwelety, odwodnienia powierzchniowego oraz wzmocnienia będą wymagały na tych odcinkach skarpy wykopu (przeciwskarpy). W wyjaśnieniach brak informacji, że koszty takich prac zostały ujęte w cenie oferty. Wykonawca przyjmuje w swojej wycenie wyłącznie rozwiązania zgodne z koncepcją programową, w której niweleta poprowadzona była wyżej, a skarpy wykopów były niższe. Brak wskazania w wyjaśnieniach kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej oraz kosztów odwodnienia powierzchniowego i wzmocnienia skarp wykopu (przeciwskarpy) powoduje, że Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania, czy cena oferty jest realna (rynkowa).

Izba ustaliła, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obowiązujący w dniu wszczęcia niniejszego postępowania stanowił, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Oznacza to, że zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko w sytuacjach określonych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (tj. gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), ale w każdej sytuacji, w której cena wydaje mu się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub z wymaganiami wynikającymi z przepisów odrębnych, na co wskazuje użyty zwrot „w szczególności”. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, cen innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Zatem, wskazywane w odwołaniu procentowe wartości mają charakter drugorzędny, bowiem zamawiający ma prawo do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny zawsze, gdy wzbudzi ona jego wątpliwości, niezależnie czy został spełniony którykolwiek z ww. progów. Ponadto, przedstawienie przez Odwołującego obliczeń bez uwzględnienia oferty najdroższej pozostaje bez znaczenia, gdyż art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie przewiduje możliwości wyłączenia z matematycznego wyznacznika najwyższej ceny zaoferowanej przez wykonawcę.

Odnosząc się do dalszej argumentacji Odwołującego nakierowanej na fakt przewidzenia wynagrodzenia ryczałtowego należy podnieść, że stwierdzenie rażąco niskiej ceny w ofercie pozostaje co do zasady bez związku z charakterem wynagrodzenia. Tym bardziej że sam przepis odnosi się do badania ceny, a nie wynagrodzenia, więc zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak i ryczałtowego, cena oferty może być rażąco niska. Niezależnie od przewidzianego modelu badania podlegają elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, co również wynika wprost z treści przepisu. Zaniżona wycena określonych elementów może stanowić podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Argumenty więc Konsorcjum Rubau, że kwestionowane elementy stanowią jedynie 9% ceny nie mogą się ostać.

Wydaje się oczywiste, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca, jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego, będzie dysponować założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej art. 90 ustawy Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie złożonej zamawiającemu oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (vide: wyrok KIO z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 373/17).

Ponadto, niezależnie od przyjętej formuły, w jakiej realizowane będzie zamówienie (np. w formule „zaprojektuj i wybuduj”) Zamawiający ma prawo badać rażąco niską cenę, a wykonawca składając wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie może się powoływać przykładowo na okoliczność, że na etapie projektowania może się okazać, iż Odwołujący podejmie decyzję o zmianie rozwiązań projektowych niwelety, a dodatkowe odwołanie nie będzie w ogóle konieczne (argumentacja z odwołania). Podmiot ubiegający się o zamówienie w formule „zaprojektuj i wybuduj” dysponuje informacjami niezbędnymi do przygotowania oferty w postaci chociażby PFU, za pomocą którego, zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, opisuje się przedmiot zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. To na ich podstawie wykonawca winien przygotować merytoryczną treść oferty, zawierającą również jej wycenę. Ewentualne późniejsze zmiany sposobu realizacji umowy ze względu na przyjęte rozwiązania projektowe i ich wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy nie mogą stanowić argumentu na etapie składania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (vide: wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2062/16).

W zakresie ceny kosztów materiałów należy wskazać, że profesjonalista jakim niewątpliwie jest Konsorcjum Rubau, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne zgodnie z procedurami określonymi w ustawie Pzp, co zresztą sam wykazywał w ramach postępowania dowodowego w niniejszym postępowaniu odwoławczym, powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerszy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. Zatem zarzucanie Zamawiającemu braku przedstawienia cen rynkowych należy uznać za co najmniej wątpliwe. To także na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to wykonawca ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę i z jakich ofert podwykonawców korzystał, co wpłynęło bezpośrednio na wycenę poszczególnych cen materiałów, a co w konsekwencji miało wpływ na ostateczną cenę ofertową.

W niniejszym stanie faktycznym Konsorcjum Rubau już po otwarciu ofert mogło stwierdzić, że jego cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia, a co za tym idzie przewidzieć, że Zamawiający wystosuje wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdza to również niejako sam Odwołujący wskazując, że dane historyczne Oddziału GDDKiA w Olsztynie pokazują, że Zamawiający przyjmuje automatycznie, że ceny niższe o 30% od wartości zamówienia - bez względu na składane przez wykonawców wyjaśnienia, są rażąco niskie (argumentacja z odwołania).

Izba ustaliła, że wezwanie Zamawiającego zawierało prośbę o przedstawienie wyliczeń, kalkulacji cenowych wyjaśniających sposób obliczenia ceny ofertowej wraz z przedłożeniem dowodów na ich poparcie. Następnie, zawierało doprecyzowanie kwestii, które należało przedstawić, odpowiadając na konkretne pytania. Fakt, że na etapie składania ofert Zamawiający nie wymagał szczegółowego kosztorysu nie oznacza, że nie mógł żądać takiej kalkulacji na etapie wyjaśnień dotyczących poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Wykonawca więc będąc świadomym charakteru wynagrodzenia, zakresu i rodzaju przedmiotu zamówienia, zastosowanej przez siebie metody kalkulacji ceny, a przede wszystkim znając obowiązujące przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku - dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretację wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż wskazanie kosztów materiałów niepopartych dowodami - ofertami podwykonawców może istotnie wpłynąć na uznanie jego ceny ofertowej za nierynkową.

Istotne jest również, że zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania odwoławczego. W konsekwencji należy przyjąć, że rolą odwołującego się wykonawcy, który kwestionuje prawidłowość oceny złożonych przez niego wyjaśnień, jest udowodnienie przed Izbą, że były one prawidłowe, a tym samym - że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty była błędna. Odwołujący nie powinien jednak przedstawiać nowych dowodów na potwierdzenie prawidłowości przedłożonej zamawiającemu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli zawierałyby one nieznane zamawiającemu w dacie rozstrzygnięcia postępowania informacje.

Zatem, przedłożone na rozprawie oferty dostawców kruszywa winny zostać załączone do wyjaśnień. Tym bardziej, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego) Konsorcjum Rubau winno zdawać sobie sprawę, że na potwierdzenie realności poszczególnych cen zobowiązany jest dołączyć dowody. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego można dojść do wniosku, że jakiegokolwiek przekładanie dowodów jest zbędne, bowiem skoro wykonawca uznaje, że cena jest rynkowa, to nie musi załączać żadnych dowodów. Słusznie także zauważył Zamawiający, że skoro do odpowiedzi na pytanie nr 21 w zakresie wyjaśnień załączono wstępne oferty na dostawy betonu, nic nie stało na przeszkodzie, aby załączyć także oferty podwykonawców kruszywa. Tym bardziej, że z treści samego pytania nr 21 także nie wynika wprost obowiązek przedłożenia jakichkolwiek dowodów dotyczących kosztów 1 m³ betonu cementowego, na co wskazywał Odwołujący przytaczając treść pytania nr 6, w oderwaniu od części wstępnej, znajdującej się bezpośrednio przed szczegółowymi pytaniami.

Abstrahując od uznania przedłożonych dowodów za spóźnione należy podnieść, że w trakcie niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący skupił się na wskazaniu kosztu samego materiału, pomijając odniesienie do uwzględnienia w cenie kosztów transportu (jeżeli są to ceny kopalni) czy robocizny. Ponadto, w zakresie przedstawionych cen niemożliwe było zweryfikowanie odpowiedniego poziomu uziarnienia poszczególnego kruszywa, które było ściśle określone przez Zamawiającego w dokumentacji (tabela 2 pkt D 04.04.02. WWiORB). Na uwagę zasługuje również fakt, że w ilości wymaganej przez Zamawiającego kruszywo C 90/3 nie jest powszechnie dostępne, na co wskazuje oferta nr 4 (PPUH Józef Gajek), nie oferując w ogóle tego rodzaju kruszywa. Dodatkowo, Odwołujący podnosił, że koszt transportu za jeden tkm wyniesie 0,24 zł/tkm, podczas gdy przykładowo w ofercie nr 3 (Złote Zielone Kamedulskie) jest to 0,25 zł/km. Zdaniem Izby, wartość kruszywa stanowi zasadniczy element mający wpływ na zaoferowaną cenę, bowiem dotyczy materiałów stanowiących podbudowę zasadniczą oraz pomocniczą pod drogą główną.

Kolejną podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum Rubau był brak wskazania w wyjaśnieniach Odwołującego kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej oraz kosztów odwodnienia powierzchniowego i wzmocnienia skarp wykopu (przeciwskarpy), co w ocenie Zamawiającego uniemożliwiło mu zweryfikowanie, czy cena oferty jest realna.

Izba ustaliła, że wezwanie z dnia 8 grudnia 2017 r. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej

ceny nie zawierało żądania wskazania kosztów obniżenia poziomu wód gruntowych, zatem stawianie Odwołującemu braku wyceny ww. kosztów należy uznać za nieuprawnione. Powoływanie się Zamawiającego na prośbę z wezwania o wyczerpującej i szczegółowej informacji dotyczącej sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji zamówienia, w szczególności w kwestiach wskazanych, ale również innych, które wykonawca uważa za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty należy uznać za bezprzedmiotowe. Zamawiający nie sformułował w wezwaniu swoich wątpliwości w zakresie kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie (zawierające prośbę o wskazanie innych kwestii, które sam wykonawca uzna za istotne) mógł przyjąć za wystarczające wyjaśnienia w takiej formie i w taki sposób, który w jego ocenie był wystarczający dla wykazania realności zaoferowanej ceny. Wobec dalszych wątpliwości wynikających z treści złożonych wyjaśnień, zamawiający jest obowiązany do ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia najistotniejszych i budzących jego wątpliwości kwestii. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego, umożliwiłoby wykonawcy odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości. Niemniej, wezwanie w powyższym zakresie do wyjaśnień, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, zważywszy na fakt, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Ponadto, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, wzrost kosztów odwodnienia wyniesie 40-60 tys zł, co stanowi nieistotny element niemający wpływu na cenę oferty (ponad 417 mln zł).

W zakresie naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy klasycznej, Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwania do wyjaśnienia w rzeczywistości tego samego zakresu informacji (ceny materiałów), przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać zarzut za niezasadny. Konsorcjum Rubau skorzystało ze środków ochrony prawnej, wniosło odwołanie, sformułowało konkretne zarzuty oraz szeroko polemizowało w uzasadnieniu ze stanowiskiem Zamawiającego. Odwołujący na podstawie uzasadnienia faktycznego zawiadomienia o odrzuceniu oferty ustosunkował się do decyzji Zamawiającego. Wymaganie od Zamawiającego przedłożenia konkretnych wycień czy też wartości jest zaprzeczeniem inicjatywy dowodowej w zakresie rażąco niskiej ceny, która leży po stronie Odwołującego. Zarzut zaś naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jest niezrozumiały, biorąc pod uwagę chociażby fakt, że to Odwołujący w trakcie postępowania odwoławczego złożył wniosek o nieudostępnienie ofert podwykonawców, nie wykazując przy tym, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz dążąc do uniemożliwienia zapoznania się z dowodami uczestnikom postępowania odwoławczego.

Odwołanie o sygn. akt KIO 336/18

Odwołujący - Konsorcjum Porr postawił w odwołaniu główny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezzasadne odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ”, oraz zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Porr wskazując, że z analizy rysunku niwelety przedstawionego przez wykonawcę wynika, że początek odcinka węzeł Wysokie - m. Raczki (Zadanie 3) nie jest zgodny z rzędną z koncepcji programowej, lecz znajduje się ok. 2,5 m niżej - rozwiązanie takie jest niezgodne z SIWZ. Ponadto, z rysunku załączonego do wyjaśnień (załącznik 5, arkusz 7 z 7) - usytuowanie obiektu w stosunku do zaproponowanej przez siebie niwelety - wynika, że niweleta przebiega poniżej wymaganej skrajni obiektu, czyli przejście dolne znajduje się nad drogą, rozwiązanie takie jest także niezgodne z SIWZ.

W zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający stwierdził, że z bilansu robót ziemnych (załącznik nr 3) nie wynika, że jest założona jakakolwiek rezerwa na zwiększenie ilości robót ziemnych, co byłoby konieczne po skorygowaniu przebiegu niwelety do poziomu wymaganego przez SIWZ. Podkreślał również brak uwzględnienia realnych kosztów

wykonania warstw nasypowych, co skutkuje zaniżeniem ceny oferty Konsorcjum Porr. Wskazywał, że z wyjaśnień, a w szczególności odpowiedzi na pytanie nr 8, nie wynika, że są przewidziane w ofercie koszty zastosowania innej (droższej) metody w celu polepszenie parametrów podłoża, koszty rozszerzenia powierzchni, na której będzie wykonywane ulepszenie podłoża gruntowego spoiwem hydraulicznym oraz koszty zastosowania innych (droższych) metod wzmocnienia powierzchni skarp wykopów. Podnosił, że z wyjaśnień, a w szczególności odpowiedzi na pytanie nr 10, nie wynika, że są przewidziane w ofercie Odwołującego koszty zastosowania innych (droższych) metod wykonania posadowienia obiektów inżynierskich. Zamawiający zwracał też uwagę na brak wskazania w wyjaśnieniach kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej, co powoduje, że nie ma możliwości zweryfikowania, czy cena oferty jest realna.

Niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ

W zakresie odrzucenia oferty Konsorcjum Porr jako niezgodnej z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy wskazać, co następuje. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawiera sankcję niedochowania ww. wymogu, z której wynika obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem tej ustawy, tj. możliwości dokonania jej korekty. Powyższe przepisy odnoszą się do zasady związania wykonawcy oświadczeniami zawartymi w ofercie oraz do zasady niezmienności oferty. Zasady te odnoszą się do elementów, które treścią oferty zostały objęte i w niej wyrażone.

Izba ustaliła, że zgodnie z Tomem I SIWZ - Instrukcja dla wykonawców (IDW) pkt 7.5 i 7.6 ofertę stanowił wypełniony Formularz „Oferta” oraz Wykaz Płatności (Formularz załączony w Tomie IV SIWZ). Wraz z ofertą powinny być złożone: pełnomocnictwo do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, pełnomocnictwo do podpisania oferty, oraz w przypadku, gdy wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniądź, oryginał gwarancji lub poręczenia w osobnej kopercie. Formularz „Oferta” zawierał zaś ogólne zobowiązania do zawarcia umowy zgodnej z ofertą, na warunkach określonych w SIWZ. Zamawiający nie wymagał załączenia żadnych innych merytorycznych dokumentów, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Wykonawcy nie byli zobowiązani do przedstawienia nawet ogólnej koncepcji, w jaki sposób poszczególne wymagania związane z wykonaniem umowy zostaną zrealizowane.

Oczywiście nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający w ten sposób sformułował założenia oferty. Niemniej, zawierając wykonawcom, weryfikowanym na wcześniejszych etapach postępowania, że spełnią oni jego wymogi, w przypadku przewidzenia takiej formy oferty, nie mógł dokładnie skontrolować ich oświadczeń w zakresie sposobu wykonania zamówienia. Taki sposób przygotowania oferty rzeczywiście jest nieskomplikowany, jednak uniemożliwia weryfikację na podstawie treści, w przypadku gdy zamawiający poweźmie wątpliwości w zakresie faktycznych założeń wykonawcy przy jej sporządzaniu.

Izba nie odstępuje od prezentowanego w orzecznictwie poglądu, że zamawiający zawsze może skorzystać z instytucji wyjaśnień treści oferty, które mogą, przy spełnieniu pewnych warunków, stanowić podstawę do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednak wyjaśnieniom treści oferty nie nadano rygoru niezmienności, tak jak uczyniono to w stosunku do samej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). W niniejszym stanie faktycznym wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawienia w ofercie koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia, czy też załączania jakichkolwiek rysunków. Dlatego Zamawiający nie może odrzucać oferty na podstawie rysunku niewymaganego do oferty, a będącego jedynie podstawą do wykazania okoliczności wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień. Oczywiście, powyższego nie należy interpretować w ten sposób, że Zamawiający powinien przyjąć ofertę niezgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niemniej taka niezgodność musi mieć podstawy zarówno merytoryczne jak i formalne. Skoro rzekomo oczywista niezgodność z SIWZ istniała, należało wskazać konkretne postanowienie SIWZ, z którym oferta Odwołującego nie jest zgodna, czego Zamawiający nawet na etapie postępowania odwoławczego nie uczynił. Ogólnikowe stwierdzenia o „oczywistej niezgodności z SIWZ” to za mało.

Izba ustaliła, że podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum Porr były m.in. dwa rysunki przedłożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 11 stycznia 2018 r., tj. w przypadku niwelety - załącznik nr 5, arkusz 1 z 7 oraz w przypadku obiektu PZDsz-61.0 - załącznik nr 5, arkusz 7 z 7. Ww. rysunki zostały przedstawione w celu wykazania okoliczności objętych pytaniami Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2017 r., tj. maksymalnych spadków podłużnych dla drogi głównej, miejsc zmiany niwelety w stosunku do Koncepcji programowej (pytanie nr 3).

Izba ustaliła także, że Zamawiający odpowiadając twierdząco na pytanie nr 23 potwierdził, że zgodnie z postanowieniami PFU niweleta oraz bilans robót ziemnych ujęty w koncepcji programowej jest materiałem informacyjnym, niewiążącym wykonawcę. Ponadto, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 347 Zamawiający dopuścił zmianę niwelety dla trasy głównej oraz pozostałych dróg przy zachowaniu wymagań określonych w Warunkach Technicznych oraz PFU. Dalej, zgodnie z udzielonymi odpowiedziami (na pytanie nr 361, 362 i 624) Zamawiający określił jedynie jako wiążące rzędne końca odcinka wężła, nie uczynił tego w odniesieniu do rzędnych początku odcinka wężła, pomimo że pytania wykonawców dotyczyły skoordynowania prac na stykach odcinków sąsiednich.

Z uwagi na powyższe nie sposób uznać, że rzędna styku początku odcinka była wiążąca. W konsekwencji brak było podstaw do stwierdzenia, że założenia obniżenia styku początku odcinka stanowią podstawę do oceny zgodności oferty z postanowieniami SIWZ.

W odniesieniu do projektu inżynierskiego PZDsz-61.0. Izba wskazuje, że ww. rozważania dotyczące treści oferty oraz podstaw do jej odrzucenia pozostają aktualne. Dodatkowo, podziela stanowisko Konsorcjum Porr, że z uwagi na sposób sformułowania pytania przez Zamawiającego („przedstawienie rozwiązań różnicowych w formie graficznej”) rysunek załączony do wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2018 r. obrazuje przebieg zoptymalizowanej niwelety w stosunku do niwelety z koncepcji programowej. Wbrew twierdzeniom Przystępującego Budimex S.A., Konsorcjum Porr nie wskazywało, że przedłożony rysunek nie przedstawia usytuowania żadnego obiektu inżynierskiego, a jedynie podnosiło, że nie przedstawia usytuowania żadnego obiektu inżynierskiego w stosunku do niwelety zaproponowanej przez Odwołującego.

Rażąco niska cena Odwołującego

Ilość robót zamiennych

Zamawiający w informacji o wyborze wskazywał, że zmiana niwelety przez Odwołującego jest korzystna przy obliczeniu robót ziemnych, niemniej niezgodna z treścią SIWZ. Podnosił, że modyfikacja prowadząca do osiągnięcia zgodności z koncepcją programową doprowadziłaby do zmiany niwelety na odcinku ok. 1 km, co spowodowałoby zwiększenie ilości robót ziemnych, a to automatycznie przełożyłoby się na wzrost wynagrodzenia. Ponadto, Zamawiający założył, że z załącznika nr 3 do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie wynika, aby Odwołujący przewidział rezerwę na zwiększenie ilości robót ziemnych, co w jego ocenie byłoby konieczne po skorygowaniu przebiegu niwelety do poziomu wymaganego przez SIWZ.

Powyższa argumentacja wydaje się ze sobą sprzeczna, bowiem skoro Zamawiający zarzuca brak dodatkowych środków przeznaczonych na roboty ziemne, oznacza to że dopuszcza możliwość modyfikacji przebiegu niwelety do poziomu określonego w SIWZ. Zatem zakłada, że możliwa jest korekta niwelety, nawet takiej rzekomo niezgodnej z postanowieniami SIWZ.

Skoro możliwa była zmiana rzędnej początkowej odcinka wężła, co wykazano powyżej, to korekta niwelety do rzędnych określonych w koncepcji programowej jest zbędna. W konsekwencji nie ma potrzeby przewidzenia rezerwy na dodatkowe środki, z uwagi na brak obowiązku skorygowania przebiegu niwelety.

Zaniżony koszt wykonania warstw nasypowych oraz górnej warstwy nasypu (GWN)

Zamawiający w informacji o wyborze wskazał, że z załączonego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny bilansu robót ziemnych wynika, że Odwołujący założył uzyskanie z wykopów całego materiału do wykonania nasypów oraz przyjął konieczność ulepszenia tylko ok. 17% z tych gruntów w celu spełnienia wymagań WWiORB, co jest nierealne (w zdecydowanej większości przeważają grunty spoiste wymagające uszlachetnienia). W ocenie Zamawiającego oznacza to, że koszt doprowadzenia gruntu z wykopu do wymagań WWiORB na warstwy nasypowe będzie znacznie wyższy od założonego. Zamawiający podnosił również, że wykonanie górnych warstw nasypu będzie wymagało dowozu materiału z kopalni, co w konsekwencji oznacza nieuwzględnienie realnych kosztów wykonania warstw nasypowych.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający niezgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum Porr z dnia 11 stycznia 2018 r. przypisał mu zamiar uzyskania z wykopów całego materiału do wykonania nasypów oraz konieczność ulepszenia ok. 17% z tych

gruntów celem spełnienia wymagań WWiORB, z czym nawet nie polemizuje w odpowiedzi na odwołanie.

Następnie, nawet jeśli wykonanie górnej warstwy nasypu, dalej: „GWN”, wchodzi w zakres robót ziemnych, to nie sposób czynić zarzutu Odwołującemu, że nie zawarł kosztów GWN w Załączniku nr 3 do wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2018 r., skoro Zamawiający nie sprecyzował w tym zakresie pytania. Zamawiający w pytaniu nr 9 precyzyjnie wskazał, jakich cen jednostkowych żąda. Należało podać ceny jednostkowe wykonania robót ziemnych: wykop z odwozem na odkład, wykop z przemieszczeniem gruntu w nasyp, nasyp wykonywany z gruntu z dokopu (uwzględnieniem kosztu transportu i wskazaniem miejsca pozyskania materiału), nasyp z gruntu uzyskanego z wykopu. Wskazany w pytaniu nr 9 katalog wymaganych cen jednostkowych należy uznać za zamknięty, a nie przykładowy. Abstrahując od powyższego być może łatwiej i szybciej można byłoby ocenić oferty złożone w postępowaniu, gdyby Zamawiający przewidział w ramach przedkładanego do oferty Wykazu Płatności rozbicie wartości robót, chociażby na kilka newralgicznych pozycji.

Ponadto, skoro Zamawiający nie żądał do oferty załączenia nawet uproszczonej kalkulacji dotyczącej robót, dywagacje Przystępującego Budimex S.A., dotyczące systematyki przyjętej przez Odwołującego w Załączniku nr 10 do wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2018 r., pozostają bez znaczenia. Tym bardziej, że wbrew jego twierdzeniom, zgodnie z oświadczeniem Konsorcjum Porr koszt wykonania GWN został ujęty w grupie kosztów „podłoża pod konstrukcję”, a nie pod pozycją „ryzyka”.

Izba pominęła argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego Budimex S.A. w zakresie obowiązkowego dowozu materiałów z dokopów (kopalń). Zgodnie z Załącznikiem nr 3 do wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2018 r. Odwołujący w wierszu dotyczącym „nasypu z gruntu uzyskanego z dokopu” wskazał ilość: 0. Jeżeli założenie to byłoby niezgodne z treścią SIWZ,

Zamawiający odrzuciłby ofertę Konsorcjum Porr na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp, czego nie uczynił.

Zaniżony koszt polepszenia parametrów podłoża za pomocą geomateraca/geosyntetyku + nasyp przeciążający

Zamawiający w informacji o wyborze wskazał, że do wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2018 r. Odwołujący załączył tabelę zawierającą przyjęte technologie wzmocnienia podłoża i umocnienia skarp (załącznik nr 4), z której wynika, że na niektórych odcinkach założył polepszenie parametrów podłoża pod drogę S61 poprzez konsolidację za pomocą geomateraca/geosyntetyku + nasyp przeciążający (tabela 3). Wskazywał, że w wyniku obniżenia niwelety, zastosowanie tej technologii nie pozwoli na osiągnięcie wymaganych parametrów podłoża na niektórych odcinkach, gdyż grunty organiczne na tych odcinkach mają znaczne miąższości, np. na odc. km 48+415 - 48+587 jest to 5,0-9,5 m. W konsekwencji Odwołujący, na etapie realizacji prac musiałby zastosować inną, droższą metodę (zaproponowana technologia jest najtańsza ze wszystkich dopuszczonych) polepszania parametrów podłoża. Z wyjaśnień zaś, a w szczególności z odpowiedzi na pytanie nr 8, nie wynika, że są przewidziane w ofercie koszty zastosowania innej (droższej) metody w celu polepszania parametrów podłoża.

Wpierw, Izba stwierdziła, że uzasadnienie faktyczne informacji o wyborze jest nieprecyzyjne. W sposób niewyczerpujący obrazuje, jakie powody legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Odwołujący ustosunkował się w zasadzie jedynie do argumentacji związanej z odcinkiem km 48+415 - 48+587, bowiem tylko w tym zakresie Zamawiający podał uzasadnienie. To przez pryzmat tego uzasadnienia i przedstawionych w nim okoliczności faktycznych oraz przywołanej argumentacji, Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty, a ocenie Izby mogą podlegać tylko okoliczności wyartykułowane wykonawcy. Nie mogą natomiast wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy okoliczności, które Zamawiający, czy też Przystępujący, sygnalizuje dopiero w postępowaniu odwoławczym. Z tego też względu Izba pominęła argumenty Przystępującego Budimex S.A. w zakresie niedoszacowanego czasu i kosztu konsolidacji podłoża, niejednoznaczności co do wycenionych elementów technologii wzmocnienia podłoża, niedoszacowania ilości i kosztów wymiany gruntów słabonośnych, braku założenia (i kalkulacji) konieczności wymian gruntów poniżej 3,5 m, nieprawidłowej metody konsolidacji — drenaż pionowy. Art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza zakres rozpoznania odwołania przez Izbę, podając że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W rozpatrywanej sprawie podnoszone przez Przystępującego Budimex S.A. na rozprawie okoliczności dotyczące oferty Odwołującego, nie mieszczą się we wskazanej w odwołaniu podstawie faktycznej odrzucenia jego oferty, winny więc być traktowane jako okoliczności, który nie mogą być przez Izbę rozpoznane.

Odnosząc się zaś do argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, Izba uznała ją za nieprzekonującą, po pierwsze z uwagi na fakt, że sformułowania o niedostatecznym czy niemożliwym do zaakceptowania dla potrzeb drogi ekspresowej sposobie wzmocnienia podłoża na pięciu odcinkach są gołosłowne. Skoro jakaś technologia zdaniem Zamawiającego jest nieskuteczna lub czasochłonna (co potwierdzają dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego) należało ją wprost wykluczyć z możliwości zastosowania przez wykonawców w niniejszym postępowaniu. Po drugie, polemika Zamawiającego z wybiórczym odwoływaniem się do stwierdzeń zaprezentowanych w odwołaniu nie może być akceptowana (koszty dotyczące polepszenia parametrów podłoża zostały, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, przyjęte na podstawie DGI, a nie, jak sugeruje Zamawiający, jedynie na podstawie własnych analiz Konsorcjum Porr). Nadto, niezrozumiałe są odniesienia do kosztów zastosowania technologii polegającej na wzmocnieniu podłoża poprzez wymianę gruntów (jako drugiej najtańszej technologii po zaproponowanej przez Odwołującego), skoro zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 8 do wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2018 r. Odwołujący, prócz nasypu przeciążającego, wskazał także takie wzmocnienia podłoża i umocnienia skarp jak: wymiana gruntów, materace geosyntetyczne, kolumny żwirowe i żwirowo-betonowe.

Zaniżony koszt polepszenia parametrów podłoża poprzez ulepszenia podłoża gruntowego spoiwem hydraulicznym

Zamawiający w informacji o wyborze wskazał, że do wyjaśnień z dnia 11 stycznia 2018 r. Odwołujący załączył tabelę zawierającą przyjęte technologie wzmocnienia podłoża i umocnienia skarp (załącznik nr 4), z której wynika, że na niektórych odcinkach założono polepszenie parametrów podłoża pod drogę S61 poprzez ulepszenia podłoża gruntowego spoiwem hydraulicznym (tabela 4). Bazując na podstawie danych geotechnicznych przekazanych wraz z SIWZ ulepszeniem objęto te fragmenty podłoża, na których grunty spoiste występują w stanie plastycznym. Zdaniem Zamawiającego zaproponowane rozwiązanie techniczne dla sporej liczby lokalizacji jest zdecydowanie niewystarczające:

- liczne odcinki wykopów z podłożem G4, na których powinny być wykonane warstwy stabilizowane spoiwem hydraulicznym, w sporządzonym wykazie zostały pominięte, np. km 42+918 - 43+070, 44+480 - 44+680, 60+000 - 60+370;
- odcinki wykopów z gruntami spoistymi w stanie plastycznym błędnie określono jako podłoże grupy G3, G4. Według pkt. 7.18 i 7.19 katalogu typowych konstrukcji nawierzchni sztywnych są to podłoża słabsze od G4 i wymagają indywidualnego projektowania. Przykłady: km 44+100 - 44+225, 44+390 - 44+480, 57+860 - 57+900, 60+370 - 60+435, 61+825 - 61+935.

Przyjęta sumaryczna powierzchnia warstwy stabilizowanej spoiwem hydraulicznym jest znacznie niedoszacowana w ocenie Zamawiającego, co powoduje że Konsorcjum Porr, na etapie realizacji prac musiałoby zastosować zaproponowaną przez siebie metodę również na innych, nieuwjętych w tabeli 4 (załącznik 4) odcinkach dróg. Ponadto, z wyjaśnień, a w szczególności odpowiedzi na pytanie nr 8, nie wynika, że są przewidziane w ofercie koszty rozszerzenia powierzchni, na której będzie wykonywane ulepszenie podłoża gruntowego spoiwem hydraulicznym.

Nie sposób uznać, że wskazanie w informacji o wyborze takich sformułowań, jak „dla sporej liczby lokalizacji”, „liczne odcinki” zostało zaprezentowane precyzyjnie, konkretnie i czytelnie oraz dało wykonawcy realną szansę za zapoznanie się w pełni z przyczyną takiej, a nie innej oceny jego oferty.

Powoływanie się zaś Zamawiającego na grupy nośności podłoża określone w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla niwelety według Koncepcji Programowej jest drugorzędne, skoro Odwołujący zoptymalizował jej przebieg.

Izba pominęła nadto stanowisko Zamawiającego dotyczącą grubości warstwy stabilizowanej oraz kosztu wykonania warstwy ulepszonego podłoża z gruntu stabilizowanego spoiwem hydraulicznym, z uwagi na fakt, że informacja o odrzuceniu oferty Konsorcjum Porr nie zawierała ani argumentacji dotyczącej grubości warstwy podłoża dla grupy nośności G3 i G4 ani wskazania, że zaoferowane ceny wykonania warstw są zaniżone.

Zaniżony koszt wzmocnienia skarp wykopów

Zamawiający w informacji o wyborze wskazał, że z zawartej w wyjaśnieniach z dnia 11

stycznia 2018 r. odpowiedzi na pytanie nr 8 wynika, że Odwołujący przyjął do oferty wzmocnienie powierzchni skarp wykopów poprzez humusowanie i darniowanie. Nie przewidziano innych metod. Zaproponowana technologia będzie według Zamawiającego niewystarczająca tam, gdzie stateczność jest zagrożona występowaniem gruntów spoistych w stanie plastycznym w połączeniu z obecnością wody gruntowej, szczególnie w obliczu faktu znacznego zaniżenia niwelety w stosunku do koncepcji programowej na wielu odcinkach, co skutkuje zwiększeniem głębokości wykopów na trasie drogi głównej. W konsekwencji Konsorcjum Porr, na etapie realizacji prac musiałby zastosować inne, droższe metody (zaproponowana technologia jest najtańsza we wszystkich dopuszczonych przez Zamawiającego) wzmocnienia powierzchni skarp wykopów. Z wyjaśnień, a w szczególności odpowiedzi na pytanie nr 8, nie wynika, że są przewidziane w ofercie koszty zastosowania innych (droższych) metod wzmocnienia powierzchni skarp wykopów.

Konsorcjum Porr w odwołaniu podnosił, że Zamawiający pominął fakt optymalizacji przebiegu niwelety i wynikające z tego konsekwencje. Przykładowo wskazywał na przekrój 44+560L/3 czy odcinek 60+050 -60+250, uzasadniając wpływ zmiany przebiegu niwelety na koszty wzmocnienia skarp wykopów. Zamawiający zaś w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że przyjęte przez Odwołującego wzmocnienia skarp wykopów poprzez humusowanie i darniowanie na niektórych odcinkach jest niedostateczne, a poczynione założenia, że po wykonaniu wykopu wody spłyną i nie będą oddziaływać na stateczność skarp jest nadmiernie optymistyczne i nieuzasadnione, bowiem jego doświadczenia na terenach o porównywalnej budowie geologicznej są odmienne.

W ocenie Izby ważnym jest, aby istnienie niewystarczającego sposobu wzmocnienia skarp wykopów było oczywiste i wynikało z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś z subiektywnego przekonania zamawiającego. Nie jest wystarczającym samo przekonanie zamawiającego, że przykładowo pewne przyjmowane założenia są nadmiernie optymistyczne, czy też że na niektórych odcinkach (nie wiadomo jakich) wzmocnienie skarp jest niedostateczne.

Nawet jeżeli grunty przepuszczalne występują na całej szerokości drogi, jak podnosił Przystępujący Budimex S.A., to nie sposób zarzucić Odwołującemu, że podał tylko km 44+560L/3 jako przykład, skoro informacja o wyborze nie zawierała wskazania konkretnych odcinków, gdzie wzmocnienie skarp jest niedostateczne. Iza uzasadnienie prezentowane przez Odwołującego uznano za przekonujące.

Zaniżony koszt wykonania posadowienia obiektów

Zamawiający w informacji o wyborze wskazał, że w zawartej w wyjaśnieniach z dnia 11 stycznia 2018 r. odpowiedzi na pytanie nr 10 Odwołujący przedstawił tabelę obiektów inżynierskich wraz z kosztem ich wykonania, z rozbiciem na koszt samego obiektu i koszt posadowienia. W ocenie Zamawiającego w kilku przypadkach przyjęty sposób posadowienia obiektów inżynierskich jest niedostosowany do warunków podłoża. Przykładem może być bezpośrednie posadowienie obiektów PZM 50.0 i PZM 60.5 na kilkumetrowej grubości warstwie torfu. Wykonanie obiektów zgodnie z zasadami wiedzy technicznej skutkowałoby koniecznością wyboru technologii posadowienia pośredniego, bądź też przeprowadzeniem operacji wymiany gruntu. Zastosowanie którejkolwiek z tych dwóch metod wiąże się ze znacznym wzrostem kosztów. Z wyjaśnień, a w szczególności odpowiedzi na pytanie nr 10, nie wynika, że są przewidziane w ofercie koszty zastosowania innych (droższych) metod wykonania posadowienia obiektów inżynierskich.

Wpierw, Izba wskazuje, że jeśli rzeczywiście, jak podnosił Zamawiający, sposób posadowienia obiektów inżynierskich jest niedostosowany do warunków podłoża w kilku przypadkach, należało wyszczególnić wszystkie obiekty, a nie podać tylko dwa tytułem przykładu. Przywołanie jedynie twierdzeń Zamawiającego o niedostosowaniu do warunków podłoża, przy braku odesłania do konkretnych postanowień SIWZ (pomijając już ogólnikowe stwierdzenia o braku przekonania) nie wypełniają dyspozycji art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne i prawne winno być jasne i jednoznaczne tak, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu.

W zakresie zaś samego zakwestionowania sposobu posadowienia faktycznie dwóch obiektów należy wskazać, że Izba nie miała podstaw do kwestionowania obliczeń Odwołującego (które nota bene nie były wymagane ani do oferty, ani do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny), znajdujących się w załączniku nr 4 i 5 do odwołania, tym bardziej, że argumentacja Zamawiającego sprowadzała się jedynie do stwierdzenia o przyjęciu nierealnych parametrów, natomiast argumentacja Przystępującego Budimex S.A. dotyczyła w tym zakresie jedynie braku określenia szczegółów i konsekwencji związanych z

osiadaniem obiektów.

Niezależnie od powyższego należy podnieść, że odpowiedź na pytanie nr 10 w wyjaśnieniach z dnia 11 stycznia 2018 r. faktycznie nie zawierała informacji o przewidzianych w ofercie kosztach zastosowania innych (droższych) metod wykonania posadowienia obiektów inżynierskich. Takiej odpowiedzi zawierać jednak nie musiała, bowiem pytanie sprowadzało się jedynie do podania dwóch elementów kosztotwórczych: całkowitego kosztu budowy oraz kosztu posadowienia. Jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 13 w wyjaśnieniach z dnia 11 stycznia 2018 r. kalkulując ryzyka przyjął rezerwę na przekroczenie zakładanych kosztów budowy obiektów na kwotę 2.000.000 zł

Brak wyceny kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej

Zamawiający w informacji o wyborze wskazał, że z przekazanej wykonawcom dokumentacji geologicznej wynika, że w wielu odwiertach geologicznych zarejestrowano obecność wody gruntowej lub stwierdzono sączenie wód gruntowych w obrębie warstw gliniastych. Wraz z wyjaśnieniami Odwołujący przedstawił graficzne porównanie przebiegu niwelety drogi zgodnego z dokumentacją Zamawiającego i zaproponowanego przez Odwołującego. W związku z tym, że przyjęty przebieg niwelety jest niższy, niż w koncepcji programowej, to na wymienionych odcinkach (km): 44+400 - 44+600; 46+200 - 46+340; 48+650 - 48+800; 50+760 - 50+870; 53+800 - 54+100; 59+820; 59+900 - 60+270 zajdzie konieczność odwodnienia podłoża nawierzchni w celu obniżenia poziomu wody gruntowej do zalecanego 1 m poniżej spodu konstrukcji nawierzchni. W wyjaśnieniach Odwołującego brak informacji, że takie rozwiązanie zostało ujęte w wycenie ofertowej. Brak wskazania w wyjaśnieniach kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej, powoduje, że Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania, czy cena oferty jest realna.

Dodatkowo, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że założenie Odwołującego, że warstwa mrozochronna będzie jednocześnie warstwą odsączającą, która odwodni podłoże nawierzchni jest niezgodne z pkt 2.1.11 PFU.

Izba ustaliła, że wezwanie z dnia 8 grudnia 2017 r. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie zawierało żądania wskazania kosztów obniżenia poziomu wód gruntowych, zatem stawianie Odwołującemu braku wyceny ww. kosztów jest nieuzasadnione. Przedstawiona w odwołaniu argumentacja stanowi w efekcie wyjaśnienie elementów składających się na cenę oferty i winna być przedłożona i oceniona przez samego Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, skoro takie wątpliwości pojawiły się u Zamawiającego. Stąd zasadnym byłoby nakazanie dokonania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie wyceny obniżenia poziomu wody gruntowej, gdyby stanowiło istotny element ceny mający wpływ na cenę oferty. Skoro Przystępujący Budimex S.A. wskazywał przykładowo, że wycena kosztów obniżenia poziomu wody gruntowej oznaczałaby zwiększenie kosztów oferty o ok. 350.000 zł nie sposób uznać, aby taki koszt miał wpływ na cenę oferty (ponad 446 mln zł).

Ponadto, wymaga podkreślenia, że jeżeli jakieś założenie wykonawcy jest niezgodne z postanowieniami PFU, winno być rozpatrywane w kategorii niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Jednocześnie Izba wskazuje, że w piśmie procesowym Przystępującego Budimex S.A., będącym argumentacją zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, nie formułuje się jakichkolwiek zarzutów względem czynności lub zaniechań zamawiającego, które mogłyby być przedmiotem rozstrzygnięcia Izby (dotyczy wyceny kosztów ekranów akustycznych). Decyzje Zamawiającego, niezaskarżone przez przystępującego, nie upoważniają Izby do ich rozpoznawania.

Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień

Izba stwierdziła, że wezwanie Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rzędnych niwelety drogi oraz obiektu PZDsz-61.0 byłoby bezcelowe, gdyż, jak zostało wskazane powyżej, brak podstaw do uznania, że oferta Odwołującego w tym zakresie jest niezgodna z treścią SIWZ.

Natomiast w odniesieniu do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z uwagi na przedstawioną w uzasadnieniu orzeczenia argumentację, kolejne wyjaśnienia dotyczące elementów stanowiących podstawę wniesienia odwołania należy uznać za bezprzedmiotowe. Jakkolwiek Izba rozważyła stanowiska zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego Budimex S.A., to jednak podstawą rozstrzygnięcia była treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, do którego Konsorcjum Porr odnosiło zarzuty wniesionego

odwołania, Izba bowiem nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co wynika z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Uwzględniając powyższe w ocenie Izby doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny i odrzucenia oferty Konsorcjum Porr, a tym samym wyboru oferty Budimex S.A., czym potwierdził, że nierówno traktuje wykonawców w postępowaniu. W zakresie zaś naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz racjonalność przepisów, zasada ta dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, a więc w niniejszym stanie faktycznym doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanej zasady.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: