

Sygn. akt: KIO 1938/17

WYROK
z dnia 5 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Paweł Trojan
Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 października 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 września 2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm: 1. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (Lider); 2. Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madrid, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa, Polska** w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa; prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin

przy udziale wykonawcy **Mota - Engil Central Europe S.A., ul. Wadowicka 8w, 30 - 415 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

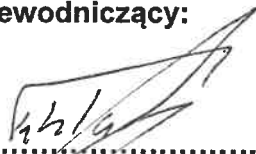
2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (Lider); 2. Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madrid, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa, Polska i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (Lider); 2. Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madrid, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa, Polska tytułem wpisu od odwołania;

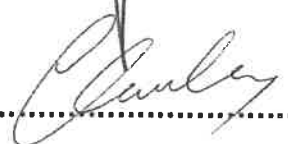
2.2. zasądza od wykonawców Konsorcjum Firm: 1. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (Lider); 2. Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madrid, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa, Polska na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa; prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Lublinie**.

Przewodniczący:


.....

Członkowie:


.....

.....

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej


Magdalena Grabarczyk

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Warszawa - Hrebenne, odc. obwodnica Tomaszowa Lubelskiego, dł. ok. 10 km”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 192 - 346638 z 03.10.2015 r., przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-874 Warszawa, ul. Wronia 53; prowadzący postępowanie: Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 05.09.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Mota - Engil Central Europe S.A. Budimex S.A. uplasował się na trzeciej pozycji. Ponadto, Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” ofertę Konsorcjum Firm: 1. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (Lider); 2. Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madrid, Hiszpania; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa, Polska zwanego dalej: „Konsorcjum Aldesa” albo „Odwołującym”.

W dniu 15.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Aldesa wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 15.09.2017 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum Aldesa, pomimo że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum Aldesa jako niezgodnej z treścią SIWZ, pomimo że oferta Konsorcjum Aldesa uwzględnia wszystkie wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” i jest zgodna z SIWZ; oraz
- w konsekwencji art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., pomimo faktu, że oferta ta jest mniej korzystna niż oferta Konsorcjum Aldesa, która została bezzasadnie odrzucona przez Zamawiającego. Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert;
- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MOTA- ENGIL CENTRAL EUROPE S.A.
- unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Aldesa;
- wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez, Konsorcjum Aldesa.

Ponadto Odwołujący wnosił o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych przez Odwołującego. Konsorcjum Aldesa złożyło w niniejszym postępowaniu ofertę na kwotę 154.686.947,47 zł, która to oferta została niezasadnie odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, że w ocenie Zamawiającego jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a także na podstawie art. 90.ust. 3 Pzp, z uwagi na fakt, że w ocenie Zamawiającego *„dokonana ocena wyjaśnień ceny rażąco niskiej. potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”*. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający wskazał, że: *„Cena oferty Wykonawcy wynosi 154 686 947,47 PLN brutto, co w porównaniu z szacunkową wartością zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług VAT wynoszącą 233 553 689,48 PLN brutto wskazuje, że jest ona niższa o 33,77 % od szacunkowej wartości zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła zarówno cena oferty ogółem, jak również poszczególne elementy oferty, mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o udzielenie wyjaśnień w związku z podejrzeniem, iż Oferta Wykonawcy może zawierać rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz może nie uwzględniać wszystkich wymagań zawartych w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca udzielając wyjaśnień na poniższe pytania nie udowodnił, że jego oferta jest zgodna z SIWZ oraz że cena oferty nie jest rażąco niska”*.

1. Odnosnie Pytania B.7e. Zamawiający pismem z 04.07.2017 r. zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie, czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie konieczność zaprojektowania wzmocnienia podłoża dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz powierzchniowego umocnienia skarp? Wykonawca w piśmie z 12.07.2017 r. poinformował, iż z uwagi na fakt, że przedmiotowa inwestycja realizowana jest w rejonie występowania złożonych warunków geotechnicznych i gruntów słabonośnych założono konieczność zaprojektowania wzmocnień podłoża pod nasypami drogowymi oraz obiektami inżynierskimi. W cenie Oferty uwzględniono wykonanie m. in. ponad 7800mb kolumn DSM dla potrzeb posadowienia obiektów, wymianę ponad 600m3 gruntu celem wzmocnienia gruntu pod posadowienie obiektów. Z kolei dla potrzeb posadowienia nasypów drogowych w cenie Oferty przyjęto m.in. wykonanie ponad 52 000 mb kolumn DSM, wykonanie materacy geosyntetycznych grubości 50 cm w ilości ponad 64000 m3, wymianę prawie 9 000

m³ gruntu słabonośnego, zastosowanie nasypów przeciążeniowych (ponad 86 000 m³) wraz z drenażem wgłębnym celem poprawienia parametrów gruntów spoistych poprzez ich konsolidację, a także powierzchniowe wzmocnienie skarp z zastosowaniem geosyntetyków i łącznej powierzchni przekraczającej 52 000 m². Dodatkowo w wyjaśnieniach (pkt d) Odwołujący wskazał, że: Wykonawca uwzględnił wykonanie sprawdzających badań gruntów w celu weryfikacji przyjętych metod wzmocnienia gruntu oraz posadowienia obiektów. Po wykonaniu badań sprawdzających wykonawca dokona ewentualnych korekt projektu wzmocnienia w zakresie metody, jak i zakresu wzmocnienia gruntu jak i posadowienia obiektów budowlanych. W ofercie po przeanalizowaniu warunków gruntowych przyjęto wzmocnienie podłoża pod posadowienie obiektów budowlanych jako rozwiązanie niosące mniejsze ryzyko. Nie zakładano w ofercie, że w wyniku badań uzupełniających okaże się, że grunty będą miały parametry korzystniejsze, pozwalające ograniczyć bądź zmniejszyć zakres wzmocnienia.

Pomimo braku występowania w SIWZ zapisów odnoszących się do konieczności wykonania na etapie ofertowania jakichkolwiek nowych badań gruntowych, czy geologicznych, zamawiający pismem z 28.07.2017 r. wobec udzielonej odpowiedzi, że w cenie oferty przyjęto m.in. zastosowanie nasypów przeciążeniowych w ilości 86.000 m³, zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia, czy to rozwiązanie projektowe zostało na etapie oferty poparte jakimiś założeniami, co do parametrów gruntu? Jeżeli tak, zwrócono się o przedstawienie tych założeń. Poproszono również o informację, jaki czas konsolidacji podłoża uwzględniono dla wskazanej metody i czy został on uwzględniony w Czasie na Ukończenie? Wykonawca w piśmie z 01.08.2017 r. w sposób jasny i precyzyjny potwierdził, że wszystkie dane geotechniczne, użyte do określenia zakresu przewidywanych wzmocnień podłoża gruntowego, w tym przeciążeń, zostały przyjęte z dokumentacji geologiczno - inżynierskiej, będącej dokumentem wiążącym w zakresie rozpoznania podłoża gruntowego. W związku z powyższym, ściśle wyznaczenie parametrów geotechnicznych poszczególnych warstw gruntowych (w szczególności modułu ściśliwości, ciężaru objętościowego, spójności, kąta tarcia wewnętrznego), pozwoliło na obliczeniowe oszacowanie przewidywanych osiadań podłoża w określonych warunkach obciążenia. Odwołujący wyjaśnił, że zastosowany nasyp przeciążeniowy na okres co najmniej 3 miesięcy pozwala na osiągnięcie wystarczającego stopnia konsolidacji przy odpowiednio niewielkich wartościach pozostałych teoretycznych osiadań w całym okresie eksploatacji drogi (po okresie przewidywanej konsolidacji z użyciem przeciążenia). Odwołujący wskazał jednocześnie, że przyjęty czas konsolidacji podłoża został uwzględniony w czasie na ukończenie robót, załączając do wyjaśnień graficzne przedstawienie projektowanych metod wzmocnienia słabego podłoża gruntowego dróg i sposoby posadowień obiektów inżynierskich. Mając na względzie ww. wyjaśnienia,

Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy, na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, w uzasadnieniu odrzucenia podkreślając, że:

a) udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie zawierają żadnej argumentacji wskazującej na fakt, aby Wykonawca sporządzając ofertę wykonał dodatkowe badania gruntowo-wodne wykonane na terenie przyszłej inwestycji.

b) przekazana w Tomie III SIWZ, jako dokument wiążący w pkt. 10 „*Dokumentacja Geotechniczna dotycząca budowy obwodnicy miasta Tomaszów Lubelski w ciągu drogi krajowej Nr 17 (Warszawa) Zakręt - Lublin - Zamość - Hrebenne (Lwów) z dnia 22.08.2006r.*” oraz w pkt. 11 „*Dokumentacja prac geologicznych dla określenia warunków geologiczno-inżynierskich*” dla budowy obwodnicy m. Tomaszów Lubelski - 02.2009r., przyjęta przez Starostwo Powiatowe w Tomaszowie Lubelskim w dniu 14.04.2009r. wraz z aneksem z sierpnia 2009r.” wskazuje, na złożone warunki geotechniczne, a obiekty należą do II oraz w przypadku estakady do III kategorii geotechnicznej.

c) Załączone do udzielonych odpowiedzi przez Wykonawcę graficzne przedstawienie projektowanych metod wzmocnienia słabego podłoża gruntowego dróg i sposoby posadowień obiektów inżynierskich, wskazują, że Wykonawca nie przeanalizował przekazanych do PFU wyżej wymienionych dokumentów (wiązących) dotyczących wyników badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów, jak również dokumentów przekazanych przez Zamawiającego w celach informacyjnych dotyczących poprzednich stadiów dokumentacji projektowej tj. Projektu Budowlanego i Wykonawczego (branży drogowej i obiektów inżynierskich) oraz załączonych do nich opinii (Koreferat do wzmocnienia nasypów). Przekazane przez Zamawiającego dokumenty nie wskazują, aby w tak złożonych warunkach gruntowych i wodnych można zastosować posadowienie bezpośrednie obiektów jak wskazuje Wykonawca. Zdaniem Zamawiającego obiekty winny być posadowione pośrednio.

d) Nie ma również przesłanek do przyjęcia założeń, że wystarczą same wzmocnienia podłoża pod konstrukcję obiektów inżynierskich. Przykład (w celu porównania): Obiekt PD-1 - PRZYJĘTA W ARCHIWALNEJ DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ metoda posadowienia przepustu PD-1 w km 0+122,30 obliczona na bazie wyników badań i uzyskanych parametrów gruntu z w/w dokumentacji prac geologicznych (wiązących do PFU), to posadowienie pośrednie poprzez ławy fundamentowe na palach skrzynkowych stalowych szer. 1,6 m o długości wbicia pod ławą 17,0 m.

- wskazane przez Wykonawcę w załączniku do udzielonej odpowiedzi posadowienie obiektu PD-1 to posadowienie bezpośrednie, obiekt ramowy zatopiony w korpusie drogi posadowiony bezpośrednio na podłożu wzmocnionym wg projektu drogowego (tzn. kolumny DSM). Wykonawca wskazał, że również ta sama dokumentacja w zakresie rozpoznania

gruntowego została użyta do określenia przewidywanych wzmocnień podłoża. Mając na względzie powyższe, Zamawiający uznał, że:

- Wykonawca opracowując zakres przewidywanych wzmocnień podłoża i posadowienia obiektów „nie przeanalizował przekazanych dokumentów” i „w związku z tym przyjął bardzo optymistyczne założenia”, co znalazło odzwierciedlenie w cenie oferty Konsorcjum Aldesa.
- skoro Odwołujący wskazał, w wyjaśnieniach kwoty za wykonanie robót ziemnych - 9.916.510,06 zł oraz wzmocnienie podłoża i nasypów - 12.184.332,98 zł, co łącznie daje kwotę 22.100.843,04 zł, zaś zgodnie z kosztorysem inwestorskim Zamawiający oszacował wykonanie robót w tych samych asortymentach na łączną kwotę 49.268.150,50 zł., to należy uznać, że Odwołujący zaniżył wycenę tych pozycji z powodu: „błędnie przyjętych przez Wykonawcę założeń do kosztorysowania i nie uwzględnia bardzo niekorzystnych w obszarze planowanej inwestycji warunków gruntowo-wodnych. Z argumentacją powyższą nie można się zgodzić. W pierwszej kolejności wskazał, że inwestycja jest planowana do realizacji w formule „Zaprojektuj i Zbuduj”. Odwołujący podkreśla, że budowa z projektowaniem (także występujące nazwy: zaprojektuj i wybuduj, zaprojektuj i zbuduj, D&B) to wariant umowy ryczałtowej, w którym Zamawiający przygotowuje program funkcjonalno - użytkowy (PFU, ang. Employer's Brief, Employer's Requirements), na podstawie którego wykonawca zaprojektuje obiekt i zrealizuje go za cenę ryczałtową. Design and Build nie nadaje się do stosowania w wariantcie kontraktu obmiarowego lub innej formy opartej o faktycznie wykonane prace. Wówczas nie ma żadnej motywacji dla wykonawcy dokonywania jakiegokolwiek optymalizacji kosztów. W przygotowaniu programu funkcjonalno-użytkowego inwestor / zamawiający przekazuje wykonawcy informacje raczej jaki efekt ma uzyskać projektując, a nie jakie konkretnie rozwiązania techniczne ma zastosować. System „Zaprojektuj i Zbuduj” realizowany jest na bazie żółtej książki FIDIC oraz wymaga przygotowania przez zamawiającego materiałów przetargowych najczęściej opracowanych przez niezależnego konsultanta. W skład SIWZ wchodzi m.in.: Instrukcja dla Wykonawców, Warunki Kontraktu, Program Funkcjonalno-Użytkowy. Materiały te mają wiążący charakter.

W SIWZ (IDW) wskazano, że przekazana wykonawcom dokumentacja postępowania składa się z następujących dokumentów:

„Tom I: INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW WRAZ Z FORMULARZAMI

Rozdział 1 Instrukcja dla Wykonawców (IDW)

Rozdział 2 Formularz Oferty

Tom II: WARUNKI KONTRAKTU

Rozdział 1 Akt Umowy Rozdział 2 Gwarancja Jakości Rozdział 3 Dane Kontraktowe

Rozdział 4 Warunki Ogólne Kontraktu stanowią „Warunki kontraktu na urządzenia i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych

i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę". COSMOPOLI CONSULTANTS wydanie angielsko - polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999.

Rozdział 5 Warunki Szczególne Kontraktu

Rozdział 6 Umowa o powierzenie przetwarzania danych osobowych

Tom III: PROGRAM FUNKCJONALNO-UŻYTKOWY Z ZAŁĄCZNIKAMI

Tom IV:

1. Wykaz płatności

2. Opis sposobu obliczenia Ceny oferty

Tom V: MATERIAŁY INFORMACYJNE"

Tym samym w niniejszym postępowaniu Zamawiający załączył do dokumentacji również archiwalną dokumentację projektową (Materiały dołączone do Tomu V SIWZ), której nie nadał jednak wiążącego charakteru. Zgodnie z treścią dokumentacji postępowania dokumenty te miały wyłącznie walor informacyjny. Potwierdzenie powyższego można znaleźć w szeregu zapisów dokumentacji postępowania, w tym w Warunkach Szczegółowych Kontraktu, zgodnie z którymi:

> Subklauzula 1.9 Błędy w Wymaganiach Zamawiającego. W Subklauzuli 1.9 wprowadza się następujące zmiany: Na końcu drugiego akapitu Subklauzuli 1.9 dodaje się następującą treść: Materiały dołączone do Tomu V SIWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym jako wiążący. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko. Jeżeli zaistnieje jakakolwiek rozbieżność pomiędzy danymi zawartymi w Tomie V SIWZ (z wyjątkiem danych w zakresie wskazanym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym jako wiążący) a stanem faktycznym, Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu.

> Subklauzula 1.10 Prawa autorskie. Zamawiający upoważnia Wykonawcę do wprowadzania zmian do utworów zawartych w Wymaganiach Zamawiającego oraz materiałach dołączonych do Tomu V SIWZ wyłącznie w zakresie niezbędnym do należytego wykonania Umowy .

> Klauzula 5 Projektowanie. > klauzula 5.1 Ogólne zobowiązania projektowe W Subklauzuli 5.1 wprowadza się następujące zmiany: Usunięto całą treść pierwszego zdania pierwszego akapitu Subklauzuli 5.1 rozpoczynającego się od wyrazów „Wykonawca sporządzi projekt...” i zastąpiono ją następującą treścią: Wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia projektu budowlanego obejmującego Roboty określone w Wymaganiach Zamawiającego, zgodnego z Prawem budowlanym, oraz pozostałe projekty przewidziane w Umowie, w tym w szczególności projekty wykonawcze o stopniu szczegółowości wystarczającym do sprawdzenia, weryfikacji, zatwierdzenia lub zaopiniowania Robót przez Inżyniera oraz

wykonania Robót i dokonania ich odbioru, a także Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru Robót budowlanych, wykonawca jest uprawniony wykorzystać opracowania projektowe przekazane przez zamawiającego w celach informacyjnych. wykonawca będzie odpowiedzialny za projekty jak projektant w rozumieniu prawa budowlanego. wykonawca jest zobowiązany zapewnić stały nadzór autorski zgodnie z wymogami prawa budowlanego. Mając na względzie powyższe, Odwołujący w pierwszej kolejności podkreśla, że przewidzenie na podstawie wiążącej dokumentacji rozwiązania zoptymalizowanego w stosunku do przewidzianego w mającej charakter informacyjny archiwalnej dokumentacji projektowej w żadnej mierze nie może przesądzać o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Za zgodne z prawem i wymaganiami Zamawiającego zaprojektowanie całej inwestycji odpowiadać miał wykonawca składający ofertę. To Wykonawca, na bazie wiążących dokumentów szacował koszty i dokonywał wyboru optymalnych metod realizacji zamówienia. Taka jest zresztą istota realizacji Inwestycji w formule „Zaprojektuj i zbuduj”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie narzucił w sposób wiążący żadnego konkretnego projektu, ani rozwiązania technicznego. Wnioskowanie o niemożliwości i nieprawidłowej wycenie zaoferowanego przez Odwołującego rozwiązania tylko w oparciu o sporządzony przez około 8 - ma latami projekt (archiwalna dokumentacja projektowa), któremu w postępowaniu nadano walor „informacyjny” jest całkowicie nieuzasadniona i błędna. Odwołujący podkreślił, że zaproponowane przez niego rozwiązania techniczne w zakresie posadowienia bezpośredniego obiektów i wzmocnień podłoża były następstwem wnikliwej analizy przekazanych w postępowaniu dokumentów, w tym wyników badań gruntowo- wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów. Zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie techniczne zostało przygotowane przez profesjonalny zespół projektowy, który uznał je za prawnie i konstrukcyjnie możliwe i prawidłowe. W obliczu braku określenia w dokumentacji wiążącego rozwiązania w zakresie posadowienia obiektów, argumentacja Zamawiającego o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ jest całkowicie nieuzasadniona. Zaoferowane zoptymalizowane rozwiązanie projektowe, z uwagi na odmienną specyfikę, jest znacznie tańsze od przestarzałego rozwiązania technicznego wynikającego z archiwalnej dokumentacji projektowej sprzed kilku lat. Podkreślił, że postęp technologiczny w dziedzinie budownictwa sprawia, że rozwiązania technologiczne stosowane kilka lat temu, mogą już nie być najbardziej trafione i optymalne z punktu widzenia technicznego. W związku z powyższym nieuzasadniony jest również zarzut niedoszacowania tej pozycji. Skoro bowiem Zamawiający w ramach kosztorysu inwestorskiego szacował zupełnie inne, znacznie droższe i bardziej czasochłonne rozwiązanie, którego zastosowanie w świetle dokumentacji technicznej Postępowania w ocenie Odwołującego nie jest zasadne, ani tym bardziej konieczne, wyceny tej nie można

porównywać z wyceną dokonaną przez Konsorcjum Aldesa, która odnosi się do rozwiązania bardziej zaawansowanego technologicznie i znacznie tańszego, które zoptymalizuje proces realizacji inwestycji w aspekcie kosztowym i technologicznym. Wobec porównania cen zupełnie różnych rozwiązań, nie może być mowy o zaoferowaniu za omawiany zakres realizacji przedmiotu zamówienia ceny rażąco niskiej, czy zaniżonej. Tym samym argumentacja Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 90 ust. 3 Pzp jest całkowicie nietrafiona.

Odwołujący wskazał jednocześnie, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony wymagał, by Wykonawca, oferując rozwiązanie odmienne od zawartego w dokumentacji archiwalnej, wykonał uprzednio dodatkowe badania gruntowo-wodnego. Odwołujący podkreśla, że gdyby wykonał dodatkowe badania, co stanowiłoby powielenie części przedmiotu zamówienia, który miał być realizowany w toku Umowy, Zamawiający zapewne twierdziłby, że Konsorcjum Aldesa nie bazowało na dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, która została określona jako wiążąca. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że przekazane przy PFU wyniki badań gruntowo-wodnych miały charakter wiążący. Tym samym bezzasadnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Aldesa Zamawiający twierdzi, że aby przekazać inne rozwiązania niż te, które były zaproponowane w projekcie wykonanym przez firmę Drogoprojekt w roku 2009, rozwiązania techniczne trzeba było zrobić dodatkowe badania. Takie twierdzenie jest niezgodne z obowiązkami potencjalnego wykonawcy w etapie przed podpisaniem umowy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawca nie ma obowiązku wykonywania dodatkowych badań (obowiązek taki nie wynikał w szczególności z Dokumentacji Postępowania). Wykonanie dodatkowych badań geologicznych, gruntowo-wodnych wchodzi w zakres zamówienia (zakres prac projektowych). Wykonawca musi zrobić badania uzupełniające zgodnie ze Specyfikacją na projektowanie SP.40.20.00, SP.40.30.00, SP.40.40.00, SP.40.50.00, które stanowią część Dokumentów Wykonawcy (część II. 6 wykazu płatności: *„Geologia (Projekt robót geologicznych, Dokumentacja geologiczno - inżynierska, Dokumentacja hydrogeologiczna, Opinia geotechniczna, Dokumentacja badań podłoża gruntowego, Projekt geotechniczny), w tym prawa autorskie.”*).

W odpowiedzi B.7c i B.7d pierwszego wezwania, oraz pytania 15 i 16 drugiego wezwania, Wykonawca szczegółowo wyjaśnił kwestie związane z wartościami uwzględnionymi w ofercie związane z badaniami uzupełniającymi: Wykonawca uwzględnił wykonanie uzupełniającej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej w formie dodatkowego opracowania. W dokumentach wykonawcy wartość uzupełniającej dokumentacji wynosi 520.000 zł. Wskazana pozycja 520.000,00 zł jako koszt wykonania uzupełniającej dokumentacji geologicznej obejmuje również wszystkie niezbędne elementy potrzebne do

zatwierdzenia, dokumentacji geologicznej w tym opracowanie projektu robót geologicznych oraz dokumentację hydrogeologiczną i geotechniczne warunki posadowienia, prawa autorskie wraz z niezbędnymi badaniami.

Wykonawca uwzględnił wykonanie sprawdzających badań gruntów w celu dodatkowej weryfikacji przyjętych metod wzmocnienia gruntu oraz posadowienia obiektów w toku realizacji Umowy. W ofercie po szczegółowym przeanalizowaniu warunków gruntowych przyjęto wzmocnienie podłoża pod posadowienie obiektów budowlanych jako rozwiązanie niosące mniejsze ryzyko. W ofercie nie zakładano w szczególności, że w wyniku badań uzupełniających okaże się, że grunty będą miały parametry korzystniejsze, pozwalające ograniczyć bądź zmniejszyć zakres wzmocnienia.

Odwołujący podkreślił dodatkowo, że w wycenie prac projektowych Wykonawca uwzględnił, zgodnie z PFU, konieczność uzyskania opinii zewnętrznej Jednostki Specjalistycznej (uzgodnionej z Zamawiającym) na temat zaprojektowanej technologii wzmocnienia. Wykonawca przewidział kwotę 12 000 zł. Kwota ta jest zawarta w kwocie przeznaczonej na PB, poz. 7 tabeli 2.2. Odwołujący zaznacza jednocześnie, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości wykonania prac obejmujących dodatkowe badania gruntowe zgodnie z prawem, biorąc pod uwagę, że przed podpisaniem umowy z Zamawiającym, Wykonawca nie ma prawa wchodzenia na tereny przyszłej budowy z wielką maszyną i wiercenia do głębokości nawet do 30 metrów. Odwołujący dodaje, że przyczółki obiektów mostowych znajdują się w regionie istniejących dróg, np. obiekt nr PD-1. Wykonywanie badań w tym miejscu byłoby bardzo niebezpieczne. Tym samym, nie znajduje uzasadnienia żądanie Zamawiającego wykonania na etapie ofertowania „dodatkowych badań” - Odwołujący wskazuje, że - wedle Zamawiającego - aby Wykonawca mógł udowodnić założenia uwzględnione w ofercie, Zamawiający chce zmusić Wykonawcę, aby dopuścił się czynności niezgodnych z prawem, tzn. wchodzenia na tereny prywatne oraz publiczne.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający stwierdził, że rozwiązania zaproponowane przez Wykonawcę są niewystarczające bez podania żadnego argumentu technicznego, bez opinii geologa. W uzasadnieniu odrzucenia oferowanego przez Wykonawcę rozwiązania technicznego, poza wskazaniem, że w dokumentacji archiwalnej zastosowano inne rozwiązanie, nie zawierają żadnego merytorycznego, ani prawnego uzasadnienia. Poza głównymi tezami, brak jest jakichkolwiek argumentów technicznych przemawiających za brakiem możliwości zastosowania zaoferowanej przez Konsorcjum Aldesa technologii. Odwołujący jeszcze raz podkreślił, że sam Inwestor zlecił realizację przedmiotowego kontraktu w formule „zaprojektuj i wybuduj”, dając Wykonawcy możliwość proponowania innych rozwiązań, bardziej optymalnych niż wynikające z archiwalnej dokumentacji sprzed

kilku lat, która nie miała charakteru wiążącego. Rozwiązanie zaproponowane przez Wykonawcę (kolumny w technologii Deep Soil Mixing) - jest to technologia służąca do wzmocnienia słabych gruntów stosowana na całym świecie od lat 1970, stosowana również w Polsce przez najbardziej profesjonalne firmy specjalizujące się w pracach związanych ze wzmocnieniem podłoża, jak Keller, Menard, Pol bud-Po morze, i wiele innych.

Wykonawca uważa, że zaproponowane rozwiązania, zakładające m.in. wykonanie ponad 7 800 m kolumn, ponad 64 000 m³ materacy geosyntetycznych, zastosowanie nasypów przeciążeniowych celem przyspieszenia konsolidacji gruntu, jest w pełni wystarczające dla odcinka drogi o długości 10 km, którego około 70% stanowi przekrój jednojezdniowy (przekrój dwujezdniowy jedynie w miejscach występowania węzłów). Dodał, że archiwalny projekt, na którym bazuje zamawiający jest bardzo nieaktualny. GDDKiA zleciła badania w roku 2006 i 2009 r. (dokumentacja Drogprojekt i Gekon). Projekt został wykonany w roku 2009, i Zamawiający bezzasadnie oczekuje, aby wykonawcy zaproponowali to samo rozwiązanie, które wskazał projektant 8 lat temu, uznając - nie wiadomo na jakiej podstawie - że każde inne rozwiązanie jest niewłaściwe. Odwołując wskazał na koniec, że również całkowicie nieuzasadnione są argumenty Zamawiającego np. odnośnie posadowienia obiektów PD-1 i ED-3 (podane przez Zamawiającego, jako przykład). Wykonawca przyjął odmienne konstrukcje w stosunku do typów konstrukcji zamieszczonych w dokumentacji archiwalnej, konstrukcje te przekazują inne obciążenia na podłoże gruntowe, konstrukcja w inny sposób współpracuje z ośrodkiem gruntowym, parametry ośrodka gruntowego (podłoża) zostały diametralnie zmienione poprzez zastosowanie wzmocnienia podłoża palami DSM - w przypadku obiektu ED-3 a. Obiekt PD-1 zostanie posadowiony na podłożu wzmocnionym wg projektu drogowego. Proste porównanie konstrukcji zamieszczonych w SIWZ i konstrukcji zoptymalizowanych jest zdaniem Wykonawcy całkowicie niezasadne. Wykorzystywanie również wniosków zawartych w dokumentacji geologicznej określonych dla innych konstrukcji i niezmodyfikowanego podłoża, zdaniem Wykonawcy jest nieuprawnione.

2. Odnośnie Pytania B.13. Zamawiający pismem z 04.07.2017 r. zwrócił się do Wykonawcy o wskazanie ujętych w cenie Oferty obiektów inżynierskich, z określeniem lokalizacji obiektu, typu obiektu (estakada, wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt itp.), klasy obciążenia, wskazanie długości obiektu, szerokości i rodzaju konstrukcji oraz sposobu posadowienia obiektu. Wykonawca w dniu 12.07.2017 r. w ramach odpowiedzi przedstawił zestawienie tabelaryczne obiektów inżynierskich wskazanych w ofercie. Wobec udzielonej odpowiedzi Zamawiający pismem z 28.07.2017 r. zwrócił się do Wykonawcy z prośbą o podanie powodów zmiany ilości obiektów inżynierskich wskazanych w udzielonej odpowiedzi na uprzednio zadane pytanie B.13 w stosunku do wskazanej w PFU tabeli 1.1.

"Wykaz planowanych obiektów inżynierskich" (str. 46 PFU). Ponadto zamawiający znowu wskazał, że „że sposób posadowienia obiektów znacząco różni się od sposobu posadowienia wskazanego w przekazanej Oferentom dokumentacji geologiczno-inżynierskiej - w PFU, jako dokumentacja wiążąca”. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie „na podstawie, jakich dodatkowych badań, założeń, wyliczeń, Wykonawca dla większości obiektów przewidział w Ofercie posadowienie bezpośrednie obiektów inżynierskich? Jakie inne założenia wyjątkowo sprzyjające Wykonawcy zostały uwzględnione przez Wykonawcę w Ofercie w stosunku do warunków opisanych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej przekazanej przez Zamawiającego, jako dokumentacji wiążącej? Jakie dodatkowe rozpoznanie warunków gruntowych przeprowadził Wykonawca przed złożeniem Oferty, które pozwoliło mu na przyjęcie odmiennych warunków w stosunku do danych wynikających z przekazanej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej?” W dniu 01.08.2017 r. Odwołujący wyjaśnił, że ilość i parametry obiektów inżynierskich zostały określone na podstawie wiążących wymogów zawartych w PFU oraz na podstawie uwarunkowań środowiskowych zawartych w DOŚ. Odwołujący podkreślił, że parametry przewidywanych obiektów inżynierskich zamieszczone w tabeli 1.1 miały charakter informacyjny, niewiążący, a jednocześnie stały w częściowej sprzeczności z zapisami decyzji środowiskowej w zakresie wymogów, jakie muszą spełniać obiekty przewidziane do przeprowadzenia szlaków migracyjnych. Ilość i charakterystyka tych obiektów została dostosowana do wymogów opisanych w wiążących materiałach przetargowych. Na tej podstawie Wykonawca zrezygnował z części obiektów ekologicznych znajdujących się w ciągu dróg serwisowych biegnących równolegle do trasy głównej. W materiałach poglądowych dołączonych do dokumentacji przetargowej (archiwalna dokumentacja projektowa o charakterze niewiążącymi przedstawione były rozwiązania, polegające na budowie równoległych do siebie przejść ekologicznych, które przeprowadzały szlak migracyjny zwierząt pod drogami serwisowymi i drogą ekspresową. W opinii Wykonawcy takie rozwiązanie jest nieprzyjemne dla zwierząt, gdyż zmusza migrujące zwierzęta do pokonania bardzo długiej przeszkody zmuszając je do przejścia pod kilkoma wiaduktami. Decyzja środowiskowa w tym zakresie pozostawia dowolność projektantowi: „W przypadku, gdy w sąsiedztwie drogi zlokalizowane są drogi serwisowe, przejścia powinny być umieszczone także na nich poprzez wykonanie przepustów będących kontynuacją przejścia lub umożliwienie przejścia zwierząt po powierzchni drogi serwisowej poprzez odpowiednie ukształtowanie skarp”. W związku z powyższym, Wykonawca w koncepcji przyjął rozwiązanie polegające na rezygnacji z dodatkowych przejść i ograniczeniu się do jednego obiektu przeprowadzającego szlak pod drogą ekspresową oraz takiego ukształtowania terenu, które pozwoli na swobodne przemieszczanie się zwierząt. Dodatkowo w miejscu przekraczania przez szlaki migracyjne

dróg serwisowych, na drogach tych, przewidział zastosowanie przyjaznej dla zwierząt nawierzchni tłuczniowej. Podobne argumenty stały za inną z zaproponowanych w ramach oferty zmianą w stosunku do NIEWIĄŻĄCEJ ARCHIWALNEJ DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ, polegającej na zastąpieniu estakady w km 4+070.00 dwoma obiektami z zachowaniem wszystkich funkcji ruchowych i środowiskowych, które uprzednio spełniała estakada, a jednocześnie w ocenie Odwołującego były obiektami korzystniejszymi w świetle kryteriów ekonomicznych i utrzymaniowych. Odwołujący wyjaśnił, że sposób posadowienia obiektów inżynierskich został dobrany optymalnie pod względem wymogów stanów granicznych nośności i użyteczności indywidualnie dla każdego z obiektów, w oparciu o wiążące dane geologiczne zawarte w dokumentacji geologiczno- inżynierskiej. Odwołujący wskazał ponownie, że na podstawie Jego wiedzy, jak i doświadczenia w realizacji podobnych inwestycji, zaproponowane rozwiązania techniczne posadowień obiektów inżynierskich są poprawne i nie stoją w sprzeczności z danymi geologicznymi zawartymi w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Zaproponowane rozwiązania należy traktować jako równoważne, do rozwiązań prezentowanych w niewiążących materiałach poglądowych (archiwalna dokumentacja projektowa), dołączonych do dokumentacji przetargowej. Odwołujący podkreślił, że dokumentacja geologiczno- inżynierska jest dokumentem wiążącym w zakresie warunków gruntowo-wodnych. Obowiązek ostatecznego doboru sposobu posadowień obiektów inżynierskich spoczywa na projektancie, autorze projektów technicznych, i to na nim spoczywa odpowiedzialność za przyjęte rozwiązania. Opinie autora dokumentacji geologiczno- inżynierskiej w tym zakresie stanowią sugestie dla projektanta, który uwzględnił je w procesie projektowania. Zamawiający wobec udzielonej odpowiedzi, podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując, że:

„- o ile Wykonawca zgodnie z zapisami Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach znak WOŚ.4200.2.2016. LP z dn. 10.01.2017 r. dokonał rezygnacji z części obiektów ekologicznych, tak nie... dopuszczalne było zdaniem Zamawiającego zrezygnowanie z obiektów służących nie tylko, jako przejścia dla zwierząt, ale przeprowadzających wody opadowe i roztopowe. Są to m.in. wg PFU obiekt WD-4b w śladzie drogi obsługującej DD10 oraz WD-4C w śladzie drogi obsługującej DD12. Zgodnie z zapisami Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach znak WOŚ.4200.2.2016.LP z dn. 10.01.2017 r. w km 5+486 należy wykonać przejście dolne dla małych zwierząt, zespolone z ciekiem o min. wym. 3,0 x 1,5 m. Rezygnując z wyżej wymienionych obiektów Wykonawca nie będzie spełniał zapisów wiążącej decyzji środowiskowej, która na str. 18 wskazuje, „że odbiornikiem wód opadowych i roztopowych będzie obniżenie terenu stanowiące własność Inwestora (np. w km 5+486 drogi S 17)“:

- Ponadto zastąpienie estakady ED-3 w km 4+070.00 dwoma obiektami (wiadukt i most) z zachowaniem wszystkich funkcji ruchowych i środowiskowych jest niedopuszczalne, ze względu na zapisy wiążącej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach znak WOOŚ.4200.2.2016.LP z dn. 10.01.2017 r. gdzie na str. 5 wskazano, że w „km 4+070 - zostanie wybudowane przejście dolne dla średnich i małych zwierząt, zespolone z ciekim, estakada o minimalnych wymiarach 10,0 m x 3,5 m, długości około 287 m” natomiast na str. 18 wskazano, że „w ramach planowanego przedsięwzięcia przewidziano m.in. przekroczenie rzeki Sołokiji estakadą ED-3 na długości około 287m (środek obiektu w km 4+070)”.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający przywołał treść odpowiedzi udzielonych na pytania nr 205, 249, 266, 303, 426, 620, z których w ocenie Zamawiającego wynika „w sposób jednoznaczny (siei), jak ma wyglądać obiekt w km 4+070”. Powołując się na ww. odpowiedzi, Zamawiający uznał, że: „Wobec tak udzielonych odpowiedzi należy wskazać, że przyjęcie przez Wykonawcę dwóch obiektów inżynierskich wskazanych w tabeli jw. nie może być przez Zamawiającego zaakceptowane. Wskazana w odpowiedzi Wykonawcy ad. A.3 wartość obiektów inżynierskich wliczona w cenę oferty to 15.530.923,99 zł. Zamawiający w kosztorysie inwestorskim oszacował wykonanie obiektów inżynierskich na kwotę 42.916.103,58 zł. Kwota podana przez Wykonawcę stanowi 36,19% wyceny szacunkowej za wykonanie obiektów inżynierskich”. Odnosząc się do wskazanego wyżej uzasadnienia odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa ponownie wskazuje, że jest ono pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.

W tym miejscu Konsorcjum Aldesa odwołuje się do przedstawionej wyżej argumentacji dotyczącej istoty realizacji inwestycji w formule zaprojektuj i wybuduj. Wykonawca podtrzymuje swoje wcześniejsze wywody dotyczące dopuszczalności zaoferowanego rozwiązania w zakresie posadowienia obiektów inżynierskich i wzmocnienia podłoża gruntowego, wskazują ponownie, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw, by w oparciu o archiwalną dokumentację projektową zakwestionować zaoferowane przez Odwołującego rozwiązania techniczne. Odwołujący odsyła również do przedstawionej wyżej argumentacji w zakresie braku podstaw do żądania wykonania dodatkowych badań i braku możliwości kontestowania wyników wiążących badań geologicznych stanowiących część dokumentacji mającej wiążący charakter. Odwołujący ponownie podkreśla, że uznał, iż dokumentacja geologiczna przedstawiona w Tomie III SIWZ zawiera wystarczająco dużo informacji do oszacowania wielkości i zakresu robót do sporządzenia rzetelnej technicznie oferty. Na etapie wykonywania projektu w ramach umowy zostaną wykonane uzupełniające badania geologiczne, które uściślą zakres wzmocnień słabego podłoża pod obiekty inżynierskie i nasypy drogowe. Zamawiający bezpodstawnie podkreślił, że Wykonawca zaproponował posadowienie bezpośrednie dla obiektów inżynierskich, nie odnosząc się do

wyjaśnień Odwołującego mówiących o wzmocnieniu podłoża poprzez zastosowanie pali DSM oraz konsolidacji gruntu poprzez zastosowanie nasypów przeciążających. Jest rzeczą powszechnie wiadomą, że zastosowanie ww. technologii w istotny sposób zmienia parametry gruntu, pozwalając na zastosowanie posadowienia bezpośredniego. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że zastosowane technologie nie są rozwiązaniami eksperymentalnymi, a posadowienie obiektów i nasypów w takiej technologii jest rozwiązaniem powszechnie stosowanym w budownictwie drogowym. Zamawiający nie przedstawia żadnych argumentów mówiących, że zaproponowane wzmocnienia (pale DSM i przeciążenia nasypów przyspieszających konsolidację) w danych warunkach są niezasadne. Wręcz przeciwnie, zastosowane technologie są adekwatne do występujących warunków gruntowych. W ramach ryzyka kontraktowego Wykonawcy pozostanie dokładny zakres zastosowanych wzmocnień możliwy do określenia dopiero po wykonaniu szczegółowych badań na podstawie, których zostaną wyznaczone dokładne parametry gruntu. Badania te będą wykonywane na etapie wykonywania projektu, usytuowanie otworów ich długość będzie wyznaczona w dostosowaniu do zoptymalizowanych rozwiązań. Odwołujący jeszcze raz wskazuje, że inwestycja jest realizowana w systemie projektuj i buduj i Wykonawca ma pełne prawo do stosowania wydajniejszych technologii prowadzących do oszczędności oraz do mniejszego zużycia energii.

Przechodząc do kwestii niedopuszczalnej w ocenie Zamawiającego rezygnacji z obiektów (WD - 4b, WD - 4c) służących nie tylko jako przejścia dla zwierząt, ale przeprowadzających także wody opadowe i roztopowe - Odwołujący wskazuje, co następuje.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że bezpodstawnie zrezygnował z części obiektów inżynierskich. Odwołujący podtrzymuje wskazaną w wyjaśnieniach argumentację, że ilości i parametry obiektów inżynierskich zostały przez Odwołującego określone w sposób zgodny z Dokumentacją i na podstawie wiążących wymogów zawartych w PFU oraz na podstawie uwarunkowań środowiskowych zawartych W DOŚ. Wykonawca jest w pełni świadomy, że na etapie wykonywania projektu budowlanego jest obowiązek wykonania uzasadnienia przyjętych rozwiązań w Raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Wykonawca wskazuje, że przyjęte przez Niego rozwiązania jest zdolny w sposób kompletny i zasadny technicznie i ekonomicznie uzasadnić. Wykonawca podtrzymuje swoje stanowisko, że zastosowane rozwiązania są, co najmniej równoważne (ze względów środowiskowych) w stosunku do rozwiązań przedstawionych w PFU. Nie zgodził się z twierdzeniami Zamawiającego, jakoby zrezygnowanie z obiektów WD 4b i WD 4c powodowało, że nie będą spełnione zapisy wiążącej decyzji środowiskowej, która wskazuje „że odbiornikiem wód opadowych roztopowych będzie obniżenie terenu stanowiące własność Inwestora (np. w km 5+486 drogi S 17)”. Wykonawca wskazuje, że

pomimo rezygnacji z budowy obiektów WD 4b i WD 4c, odwodnienie terenu w tym rejonie będzie zrealizowane analogicznie, jak w archiwalnym projekcie budowlanym, w którym ciek pod obiektami jest skanalizowany. Wykonawca nie zmienia tych rozwiązań związanych z prowadzeniem cieku jako kanału. Zaoferowane rozwiązanie jest w pełni zgodne z decyzją środowiskową. Wymiary przejścia ekologicznego (przyjęte przez Wykonawcę) są zgodne z wymiarami podanymi w DOŚ. Przywołał str. 4 DOŚ: - III. Wymagania dotyczące ochrony środowisku konieczne do uwzględnienia w dokumentacji wymaganej do wydania decyzji, o których mowa w art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r., w szczególności w projekcie budowlanym w przypadku decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej. Str. 5 DOŚ, pkt 10.i): - 10. W celu minimalizacji wpływu projektowanej drogi na ciągłość obszarów siedliskowych i korytarzy ekologicznych należy wykonać przejścia dla zwierząt średnich, małych w tym-płazów: - i) 5+486 - przejście dolne dla małych zwierząt, zespolone z ciekami, o minimalnych wymiarach 3,0 m x 1,5 m.

Zaproponowany obiekt ma wymiary 10,7 m x 13,45 m, a więc jest dużo większy niż minimalne wymagania. W pierwotnym projekcie z uwagi na odwodnienie rowów dróg dojazdowych w obrębie obiektów 4a, 4b, 4c i odprowadzenia wód opadowych z samych obiektów był wykonany kanał kanalizacyjny o łącznej długości 65m. Wykonawca przyjął, że pomimo rezygnacji z obiektów 4c i 4b, wykona analogiczną kanalizację, która będzie pełniła analogiczną funkcję do tej, którą miała pełnić pierwotnie, czyli odprowadzać wodę z rowów dróg dojazdowych i drogi głównej. Tym samym Odwołujący zaoferował wykonanie stosownej i zgodnej z PFU i DOŚ kanalizacji, skalkulował jej cenę w sposób konkurencyjny i rzetelny i uwzględnił jej wykonanie w ofercie, w branży sanitarnej. W nawiązaniu do odpowiedzi Zamawiającego (numer 205, 266, 620), które zostały przywołane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, jak również poniżej, Odwołujący wskazuje, że zastąpienie estakady w km 4+070,00 dwoma mniejszymi obiektami było spowodowane optymalizacją kosztów budowy oraz utrzymania (zgodnie z odpowiedzią 205). Odwołujący wskazuje, że w odpowiedzi na pytanie 205 Zamawiający sam wskazał, że „Zgodnie z pkt. 1.4.1.4. PFU parametry planowanych obiektów inżynierskich podane w tabeli 1.1. mają charakter informacyjny, niewiążący wykonawcę. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany konstrukcji obiektów i posadowienia na dalszym etapie projektowania, wyłącznie pod warunkiem optymalizacji kosztów budowy i utrzymania. Z ww. odpowiedzi Zamawiającego wynika więc wprost możliwość zmiany konstrukcji wskazanych obiektów i ich posadowienia.

Z odpowiedzi na pyt. 266: „Zgodnie z punktem 1.4.1.1. PFU decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach znak WOOŚ. 4200.2.2016. LP z dnia 10 stycznia 2017 r. jest dokumentem wiążącym. Niemniej jednak parametry estakady ED-3 na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko mogą ulec zmianie wyłącznie na podstawie Procedury

Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu." Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 620: „Zamawiający informuje, że na zasadach podanych w odpowiedzi do pytania nr 266 *zmianie mogą ulec długość i liczba przęseł estakady.*” Z cytowanych odpowiedzi na pytania udzielonych przez Zamawiającego wynika zatem wprost możliwość zmiany konstrukcji obiektów inżynierskich, w tym estakad na wiadukt/most, posadowienia, wszystkich istotnych parametrów tych obiektów, w tym długości i ilości przęseł. Powyższe odpowiedzi są również spójne z PFU, w którym pod tabelą nr 1.1. zawierającą wykaz planowanych obiektów inżynierskich (s. 46 PFU) Zamawiający wskazał: Parametry i lokalizacja planowanych obiektów inżynierskich podane w tabeli nr 1.1 mają charakter informacyjny. Przy projektowaniu obiektów będących przejściami dla zwierząt wiążące są zapisy decyzji środowiskowej znak WOŚ.4200.2.2016.LP z dnia 10.01.2017r."

Mając na względzie powyższe, pozostając w zgodzie z wymogami DOŚ, Odwołujący dostosował ilość i charakterystykę konstrukcyjną obiektów inżynierskich do wymogów opisanych w wiążących elementach Dokumentacji postępowania. Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że wszelkie niejasności wynikające z odpowiedzi Zamawiającego, należy interpretować na korzyść Wykonawców. Mając na względzie powyższe, wskazał, że projektanci działający na zlecenie Odwołującego wykonali projekt koncepcyjny, który zakładał zmniejszenie długości i ilości przęseł estakady (zgodnie z odpowiedzią 620). Zmiana ta korzystnie wpłynęła na zmniejszenie kosztów budowy i utrzymania, a w konsekwencji cenę oferty. Zaprojektowane obiekty (wiadukt i most) w miejsce estakady w km 4+070,00 spełniają wszystkie funkcje ruchowe (przeprowadzenie ciągu komunikacyjnego - w tym przypadku drogi) i środowiskowe (funkcje przejścia dla zwierząt i wyprowadzenia wody do istniejącego ścieku), a jednocześnie są znacznie tańsze niż wybudowanie estakady, której koszty są znacznie wyższe. Tym samym Wykonawca dokonał optymalizacji kosztów budowy i utrzymania, pozostając w zgodności z wszystkimi Dokumentami Postępowania. Oferta zaś została skalkulowana rzetelnie na podstawie aktualnych cen rynkowych. Tym samym, zarzuty Zamawiającego wobec planowanych rozwiązań projektowych Odwołującego, są w świetle powyżej przedstawionej argumentacji całkowicie bezzasadne. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający podejmując takie niczym nieuzasadnione decyzje, działa przeciwko podstawowym warunkom kontraktu i przeciwko interesowi Skarbu Państwa, zlecając kontrakt w formule „zaprojektuj i wybuduj” i jednocześnie nie dając Wykonawcy możliwości zaproponowania innych, a bardziej optymalnych, rozwiązań.

Na takiej samej zasadzie Zamawiający dopuszczał zmianę lokalizacji i parametrów przepustów. Według odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 249 „Zamawiający informuje, że zmiana lokalizacji i parametrów przejść dla zwierząt określonych w decyzji

o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia (...) jest dopuszczalna na etapie dokonywania ponownej oceny oddziaływania na środowisko, jeżeli będzie to miało potwierdzenie w Raporcie (...)". Wykonawca był świadomy, że przepusty realizowały również funkcję wyprowadzenia wody, co zaowocowało zaproponowaniem stosownych rozwiązań projektowych przez projektantów współpracujących z Odwołującym. Mając na względzie powyżej wskazaną argumentację, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego za niezgodność z SIWZ. Jednocześnie całkowicie nieuzasadniona jest również argumentacja wskazująca na konieczność odrzucenia oferty z uwagi na fakt rażącej dysproporcji w wycenie omawianego w ramach tego punktu zakresu zamówienia. Odwołujący ponownie wskazuje, że Zamawiający widzi podstawę odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa w zaoferowaniu niższej ceny za całkowicie inne rozwiązania projektowo-realizacyjne, niż te, które podlegały wstępnej wycenie w ramach kosztorysu inwestorskiego. Z oczywistych względów nie można porównać cen opartych na całkowicie innych rozwiązaniach i założeniach, co wskazuje wprost, że argumentacja Zamawiającego jest błędna i nie ma podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Argumentacja w zakresie odrzucenia oferty za niezgodność z SIWZ.

1. W zakresie dot. Pytania B. 7f. Zamawiający pismem z 04.07.2017 r. zwrócił się z prośbą o wskazanie czy w cenie Oferty Wykonawca uwzględnił zaprojektowanie i wykonanie obustronnych pasów technologicznych, jeżeli tak to, jakiej nawierzchni, jakiej szerokości i w jakiej orientacyjnej długości? Wykonawca w odpowiedzi z 12.07.2017 r. poinformował, że uwzględnił w ofercie zaprojektowanie i wykonanie obustronnych pasów technologicznych o orientacyjnej długości pasów techn. ok. 5.500 m (bez dróg serwisowych, które przewidziano do wykorzystania); szer. 3 m, nawierzchnia tłuczniowa:

- Umocnienie powierzchniowe kruszywem łamanym gr. 22 cm
- Podbudowa z mieszanki niezwiązanej łamanej 0/31.5 mm stabilizowanej mechanicznie gr. 20 cm (drogi technologiczne).

Zamawiający pismem z 28.07.2017 r. zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie domniemanych rozbieżności w stosunku do wymagań Zamawiającego postawionych we WWiORB D. 05.03.03 „Nawierzchnia z płyt żelbetowych” pkt. 5.1, gdzie według Zamawiającego wskazano, że „*nawierzchnia pasów technologicznych ma być wykonana z betonowych płyt żelbetowych z zastosowaniem konkretnych warstw podbudowy*”.

W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie Odwołujący w piśmie z 01.08.2017 r. wskazał, że uwzględniając wykonanie nawierzchni pasów technologicznych przyjął zapisy PFU zawarte w pkt 1.4.1.3.1 Droga ekspresowa, mówiące, że pasy technologiczne mają mieć nawierzchnię utwardzoną na całej szerokości. Poniżej Odwołujący cytuje treść ww.

zapisu PFU (str. 37-38): „Na całej długości drogi ekspresowej po obu jej stronach, należy zaprojektować i wybudować pas technologiczny zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. 1.4.1.1. niniejszego PFU. Pas ten ma służyć służbom utrzymującym drogę ekspresową (pielęgnacja, strzyżenie zieleni, konserwacja urządzeń odwadniających itp.) oraz służbom ratowniczym, jako dojazd awaryjny. Dopuszcza się przerwanie ciągłości pasa technologicznego w miejscach przekroczenia rzek oraz kanałów wodnych. Nie dopuszcza się przerywania ciągłości pasa technologicznego (przy przekroczeniu cieku sztucznego) poprzez zastąpienie przepustu brodem. Dopuszcza się możliwość niewykonania pasów technologicznych na odcinkach, na których czynności utrzymaniowe będą mogły być prowadzone z dróg obsługujących lub tam gdzie ich brak nie utrudni dostępu do utrzymania wszystkich elementów jednojezdniowej drogi ekspresowej a wykonanie ich wymagałoby konieczności pozyskania dodatkowego terenu pod inwestycję.

Parametry pasa technologicznego: szerokość - 3 m pochylenie poprzeczne - 5% -10%

konstrukcja nawierzchni - utwardzona na całej szerokości

skrajnia pionowa - min. 3,5 m

Droga pasa technologicznego powinna posiadać na końcach miejsca do zawracania o promieniu nie mniejszym niż 9 m. Dopuszcza się też kształt kwadratu o boku nie mniejszym niż 12,5 m". Tym samym w PFU Zamawiający nie przyjął konkretnego rozwiązania technicznego, tj. nie wskazał, że pasy technologiczne mają być zbudowane z płyt żelbetowych. W PFU znajduje się jedynie zapis, że ich nawierzchnia ma być utwardzona.

Wykonawca przyjął w kontrakcie „projektuj i buduj” nawierzchnię utwardzoną z kruszywa tłuczniowego zgodną z wymaganiami PFU, jako rozwiązanie zoptymalizowane. Podkreślił, że w WWIORB D.05.03.03. nie występuje pojęcie „konstrukcji nawierzchni pasów technologicznych”. W ww. WWIORB wskazano, że: „1. WSTĘP: Przedmiotem niniejszych Warunków Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych są wytyczne do przygotowania przez Wykonawcę Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych dla robót związanych z wykonaniem nawierzchni z płyt żelbetowych (w tym: nawierzchni z prefabrykowanych płyt ażurowych (zbrojonych)”. W pkt. 5. Pn. Wykonanie robót wskazano, że: „Nawierzchnię pasa technologicznego z prefabrykowanych, betonowych płyt ażurowych o grubości min. 10 cm należy ułożyć na podbudowie składającej się z: - warstwy odsączającej z zagęszczonego piasku o grubości min. 10 cm, - warstwy podbudowy zasadniczej z kruszywa łamanego 0-31,5 mm stabilizowanego mechanicznie o grubości min. 15 cm”. Konstrukcja zapisów PFU wskazuje zatem jasno, że Zamawiający wymaga by pasy technologiczne miały nawierzchnię utwardzoną. Nie ma w ww. zapisach wymogu, by pasy były zbudowane z płyt żelbetowych. Jest to oczywista nadinterpretacja Zamawiającego.

Zaoferowane w ofercie Konsorcjum Aldesa rozwiązanie techniczne jest zgodne z PFU, bowiem przewiduje dla pasów technologicznych nawierzchnię utwardzoną, jednakże z kruszywa tłuczniewego. Oczywiście jeżeli Odwołujący zdecydowałby się zastosować przy realizacji zamówienia na utwardzenie z płyt żelbetowych, do stworzenia STWiORB znalazłoby zastosowanie zapisy WWiORB właściwe dla wykonania prac przy zastosowaniu tej konstrukcji. Tym samym, w przypadku, gdyby jako rozwiązanie projektowe Odwołujący zastosowałby nawierzchnię utwardzoną z płyt betonowych byłaby ona wykonana z płyt żelbetowych zgodnie z WWiORB D. 05.03.03. Kierując się jednak zapisami PFU, należy uznać, że dopuszczalna była każda nawierzchnia utwardzona, a zatem zarówno nawierzchnia z płyt, jak i nawierzchnia tłuczniewa, jako rozwiązania równoważne. Niezależnie od tego pasy technologiczne przecinają szlaki migracji dla zwierząt. W takim przypadku korzystniejsze jest zastosowanie nawierzchni pasów technologicznych z kruszywa tłuczniewego. Wykonawca uważa, iż takie rozwiązanie, przyjazne środowisku, nie będzie pociągało za sobą ryzyka odmowy przy powtórnym raporcie o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko. Powyższe potwierdzają również odpowiedzi, jakich udzielał Zamawiający na pytania związane z pasami technologicznymi w trakcie postępowania, w których za każdym razem odsyłał wykonawców jedynie do powyżej wskazanego punktu PFU. Ponadto pytanie nr 503 Wykonawców na etapie zadawania pytań i odpowiedzi brzmiało „Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie utwardzenia pasów technologicznych jedynie w śladzie kół pojazdu?” wobec tak zadanego pytania Zamawiający udzielił odpowiedzi *„Zamawiający informuje, że pasy technologiczne należy wykonać zgodnie z pkt 1.4.1.3.1 PFU”*, czyli utwardzone na całej szerokości. Jakkolwiek Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje, że: *„Pytanie nie dotyczyło konstrukcji nawierzchni, z jakiej ma być wykonany pas technologiczny. W zakresie konstrukcji nawierzchni pasa technologicznego, na etapie wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego nie wpłynęło od Wykonawców żadne pytanie. W związku z powyższym Zamawiający wskazuje, że konstrukcja pasa technologicznego była dla wszystkich Wykonawców opisana w sposób jednoznaczny i nie budziła wątpliwości”*, to Odwołujący podkreśla, że Zamawiający w sposób jasny w odpowiedzi tej wskazał, że wymogi odnośnie budowy, konstrukcji i innych parametrów technicznych co do pasów technologicznych wskazane są właśnie w pkt 1.4.1.3.1. PFU, co potwierdza prawidłowość stanowiska Odwołującego. Mając na względzie powyższe, brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum Aldesa jest niezgodne z SIWZ. Przywołał wyrok KIO z 13.8.2013 r., sygn. akt: KIO 1845/13.

2. W zakresie dotyczącym pytania A.3. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, co następuje: „Zamawiający pismem z 04.07.2017 r. zwrócił się do

Wykonawcy o przedłożenie założeń oraz wyliczeń na podstawie, których ustalona została wartość Kosztów ogólnych Wykonawcy. Wykonawca w piśmie z 12.07.2017 r. nie wskazał założeń oraz wyliczeń, na podstawie, których ustalił wartość Kosztów ogólnych Wykonawcy. Pismem z 28.07.2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedłożenia w układzie tabelarycznym wszystkich kosztów ogólnych składających się na łączną kwotę 7.480.000,00 zł wskazanych w Wykazie płatności które nie stanowią robót budowlanych ani dokumentacji projektowej które Wykonawca uwzględnił w Ofercie. Zamawiający wskazał, jakie koszty w szczególności Wykonawca ma wskazać. Były to m.in.

- polisy ubezpieczeniowe wymagane Kontraktem, Subkluzula 18.2, 18.3, 18.5 Warunków Kontraktu, - ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Subklauzula 4.2 Warunków Kontraktu, - laboratorium Wykonawcy, -obsługi geodezyjnej Kontraktu, - innych składowych kosztów ogólnych np. (zaplecza budowy, utrzymanie dróg, tymczasowe zajęcia nieruchomości, tymczasowe organizacje ruchu, wykonanie tymczasowych dróg, zabezpieczenia drzew, inwentaryzacje budynków i nieruchomości, koszty usunięcia odpadów, rozpoznanie saperskie, BHP, wynagrodzenia personelu Wykonawcy, itp.)

W dniu 01.08.2017 r. Wykonawca wskazał w układzie tabelarycznym koszty ogólne, jakie zostały ujęte w Wykazie płatności poz. I „Wymagania ogólne” na łączną kwotę 7.480.000, 00 zł. W odrębnej tabeli zostały zestawione koszty polis ubezpieczeniowych, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zabezpieczenia zwrotów zaliczki oraz koszty finansowania na łączną kwotę 2.414.769,00 zł, które to według Wykonawcy nie zostały ujęte w kosztach ogólnych z uwagi na fakt, iż wartość kosztów ogólnych Zamawiający określił, jako cenę ryczałtową podaną jako wielkość proporcjonalną do całkowitej wartości kontraktu na roboty budowlane nieprzekraczającą 6% co uniemożliwiło Wykonawcy przekroczenie wskazanej wartości procentowej. Wobec powyższego koszty polis ubezpieczeniowych, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zabezpieczenia zwrotów zaliczki oraz koszty finansowania na łączną kwotę 2.414.769,00 zł Wykonawca zobowiązany był uwzględnić w pozycji II Dokumenty Wykonawcy. Ponadto w swojej odpowiedzi Wykonawca wskazuje, że wyżej wymienione koszty pojawiają się od samego początku po podpisaniu umowy z Zamawiającym, Wykonawca uwzględnił te koszty w pozycji II Dokumenty Wykonawcy, aby możliwie jak najwcześniej otrzymać zapłatę, nie czekając do momentu rozpoczęcia prac budowlanych (pozycja III Roboty)". Oceniając ww. stan faktyczny Zamawiający wywiódł następujące wnioski: „Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, iż sporządzając ofertę, w sposób nieuprawniony dokonał innego podziału poszczególnych czynników kosztotwórczych, niż wskazany przez Zamawiającego w Tom IV Wykaz Płatności. W pozycji 1.1 Wykazu Płatności Wykonawca winien był zawrzeć wszelkie koszty ogólne Wykonawcy. Tymczasem w swoich

wyjaśnieniach Wykonawca wskazuje, że szereg kosztów ogólnych ujął w pozycji II Dokumenty Wykonawcy.

Po pierwsze należy wskazać, że nie można uznać polis ubezpieczeniowych, zabezpieczeń należytego wykonania umowy oraz zabezpieczeń zwrotów zaliczki i kosztów finansowania za Dokumenty Wykonawcy. Zgodnie z Warunkami Kontraktu Subklauzula 5.2 „Na Dokumenty Wykonawcy będą składały się: dokumenty techniczne wyszczególnione z Wymaganiach Zamawiającego, dokumenty pozwalające uzyskać wszystkie wymagane przepisami zatwierdzenia oraz dokumenty opisane w Subklauzuli 5.6 [Dokumentacja Powykonawcza] / w Subklauzuli 5.7 [Instrukcje obsługi i konserwacji].”

Po drugie koszty zawarte w Tom IV Wykaz Płatności w poz. 1.1 „Koszty ogólne” zostały przez Wykonawcę zanizone o kwotę 2.414.769,00 zł netto. Wskazać należy, że pozycja 1.1 została obwarowana limitem 6-procentowym tj. całkowite koszty ogólne Wykonawcy nie mogą przekroczyć 6% oferty Wykonawcy netto. Uwzględnienie wykazanych wyżej kosztów ogólnych w dokumentach wykonawcy powoduje, iż zmniejszeniu ulega wartość dokumentów wykonawcy. Koszt dokumentów nie będzie wynosił 6.210.000,00 zł netto, lecz będzie niższy i wyniesie 3.795.231,00 zł netto. Po uwzględnieniu wyżej wykazanych kosztów w. pozycji 1.1 okazałoby się, że koszty ogólne Wykonawcy wynoszą 9.894.769,00 PLN netto tj. 7,87% oferty netto (7.480.000 + 2.414.769,00) i przekraczają dopuszczalny limit o kwotę 2 349 064,25 zł netto (limit 6% wynosi 7 545 704,75 zł netto).

Po trzecie Wykonawca w sposób nieuprawniony przyjmuje, iż wcześniej dostanie zapłatę za Dokumenty Wykonawcy, niż za Roboty. Należy wskazać, iż Wykonawcy zobowiązani byli do zapoznania się z Opisem sposobu obliczania Ceny Oferty załączonym do Tomu IV SIWZ, gdzie w opisie punktu a) Zamawiający wskazuje, że kwota za Wymagania ogólne zawarta w części I Wykazu Płatności będzie równomiernie podzielona na wszystkie miesiące w Czasie na Ukończenie wskazanym w Ofercie Wykonawcy, wynika z tego, że Wykonawcy przysługuje zapłata przez 34 miesiące w równych kwotach za koszty ogólne Wykonawcy, natomiast warunki zapłaty za poszczególne Dokumenty Wykonawcy regulują zapisy SP.00.00.00 pkt. 7 Płatność. Wykonawca przygotowując ofertę w sposób niezgodny z Wymaganiami zawartymi w SIWZ dokonał istotnej modyfikacji składników kosztów, które powinien ująć w Wymaganiach Ogólnych a ujął w Dokumentach Wykonawcy, co jest niezgodne z treścią SIWZ. Zamawiający w Tomie IV SIWZ jasno i wyraźnie opisał, w jaki sposób powinna być obliczona cena Oferty”. Ww. wywody Zamawiającego legły u podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa jako niezgodnej z SIWZ. W ocenie Odwołującego przedstawiona w uzasadnieniu odrzucenia argumentacja faktyczna i prawna w kontekście zapisów Dokumentacji Postępowania nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty

Odwołującego. W pierwszej kolejności Odwołujący chciałby wskazać na kilka istotnych faktów i zapisów Dokumentacji Postępowania.

- a) Postępowanie jest prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj (okoliczność bezsporna)
- b) W Dokumentacji przewidziano ryczałtową formułę wynagrodzenia wykonawcy (okoliczność bezsporna)
- c) W Tomie IV Zamawiający określił następujące Zasady obliczenia Ceny oferty (okoliczność bezsporna)

„Tom IV Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty.

Wykonawca powinien dokładnie przeanalizować wszystko, co zostało zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, aby przygotować swoją propozycję Ceny Oferty (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej), będąc w pełni świadomym, że nie będzie ona podlegać zmianom w czasie trwania Kontraktu, z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w Kontrakcie.

Cena Oferty określa całkowitą cenę, za którą Wykonawca zgodnie z Kontraktem wykona przedmiot zamówienia obejmujący rezultaty rzeczowe określone w Programie funkcjonalno-użytkowym wraz z załącznikami.

W Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki zgodnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego, oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy.

Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych, zawartych w niniejszym Wykazie Płatności. W związku z tym Wykaz Płatności należy odczytywać i interpretować łącznie z pozostałymi dokumentami wchodzącymi w skład Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I-V.

Wykonawca wyceniając poszczególne pozycje, weźmie pod uwagę postanowienia Warunków Kontraktu i Programu funkcjonalno-użytkowego wraz z załącznikami zawierające opis ciążących na nim zobowiązań, a w Cenie Oferty zawrze swoje wynagrodzenie za opracowanie wszystkich Dokumentów Wykonawcy, wykonanie Robót, dostaw i usług oraz usunięcie wad i zapewnienie gwarancji jakości, zgodnie z Kontraktem.

Krótkie opisy pozycji, przedstawione w Wykazie Płatności są podane tylko dla celów identyfikacyjnych i w żaden sposób nie modyfikują czy anulują szczegółowych opisów zawartych w Warunkach Kontraktu i Programie funkcjonalno-użytkowym wraz z załącznikami.

Niezależnie od ograniczeń, jakie mogą sugerować sformułowania dotyczące poszczególnych pozycji w Wykazie Płatności i wyjaśnienia w niniejszym wstępie. Wykonawca musi mieć pełną świadomość, że kwoty, które wprowadził do Wykazu Płatności, dotyczą Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług zakończonych całkowicie pod każdym względem i bez jakichkolwiek wad.

Przyjmuje się, że Wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań, wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych, objętych każdą częścią niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I-V i że stosownie do nich wycenił wszystkie pożytcie. Kwoty (wartości) za wykonane, kompletne elementy zryczałtowane składające się na Cenę Oferty. Wykonawca wylicza samodzielnie na o odstawie jego własnej kalkulacji i wpisuje w odpowiednim wierszu w Wykazie Płatności w kolumnie z nagłówkiem „Wartość”.

Wartości tych elementów będą wartościami globalnymi dla Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług opisanych w tych pozycjach, uwzględniającymi wszystkie koszty, opłaty i wydatki określone w trzecim akapicie niniejszych zasad obliczenia ceny oferty, przy zachowaniu następujących zasad:

- a) Wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdy element zryczałtowany wyszczególniony w Wykazie Płatności i dla każdego elementu musi podać adekwatną jego wartość, przy czym kwota za Wymagania Ogólne zawarta w części I Wykazu Płatności, nie może być większa niż 6 % sumy „Ogółem netto” i będzie równomiernie podzielona na wszystkie miesiące w Czasie na Ukończenie wskazanym w Ofercie Wykonawcy, a kwota za opracowanie Dokumentów Wykonawcy, zawarta w części II Wykazu Płatności, nie może być większa niż 5 % sumy „Ogółem netto”,
- b) kwoty (wartości) elementów zryczałtowanych powinny zawierać wszelkie podatki opłaty celne bądź inne płatności (z wyłączeniem podatku VAT), które nie zostały określone osobno,
- c) kwoty (wartości) elementów zryczałtowanych są stałe i nie będą podlegać zmianom w czasie trwania kontraktu, z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w Kontrakcie,
- d) wszystkie kwoty (wartości) należy podawać w złotych polskich (PLN), z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,
- e) Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Wykazu Płatności,
- f) dla zapewnienia porównywalności ofert przyjęto, że będą uważane za zawarte w innych pozycjach Wykazu Płatności, kwoty (wartości):
 - i. elementów (pozycji) Wykazu Płatności wycenionych przez Wykonawcę na kwotę „zero” (liczbą „0” lub „0,00”), lub oznaczone, np. znakiem „x” lub innym, oraz
 - ii. Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług nie wymienionych w Wykazie Płatności, lecz wymaganych zgodnie z Kontraktem, których wykonanie jest niezbędne dla osiągnięcia

rezultatów rzeczowych określonych w Programie funkcjonalno-użytkowym wraz z załącznikami.

W ostatnich trzech wierszach Wykazu Płatności zostanie obliczona Cena Oferty. Suma wszystkich kwot i wartości elementów zryczałtowanych, wycenionych przez Wykonawcę w Wykazie Płatności, będzie stanowić Cena Oferty netto. Cena Oferty netto powiększona o podatek VAT będzie stanowiła Cenę Oferty brutto. Oferta zostanie odrzucona jako niespełniająca warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jeżeli Wykonawca przekroczy limity określone w powyższym punkcie (a)".

Z przytoczonych wyżej zapisów wynika w sposób jasny, że porównaniu w ramach kryterium ceny podlega Cena Oferty (obliczona z sumy zawartych w Wykazie płatności poz. I-III), przy czym oferta będzie odrzucona jako niespełniająca warunków SIWZ jeżeli Wykonawca przekroczy limity określone w powyższym punkcie (a), tj. limit 6% w odniesieniu do Kosztów ogólnych i limit 5% w odniesieniu do Dokumentacji Wykonawcy. Co niezwykle istotne z ww. zapisów w żadnej mierze nie wynikało, że przy cenie ryczałtowej oferta będzie podlegała odrzuceniu z uwagi na fakt ujęcia kosztów w innej pozycji w Wykazie płatności. Co więcej, Zamawiający sam wskazał, że w przypadku, gdyby np. wycenił jakąś pozycję na kwotę „0” - zero, wówczas uznaje się, że kwota za realizację tego zakresu jest ujęta w innych pozycjach w ramach ceny ryczałtowej. Tym samym całkowicie niezrozumiałe są wywody Zamawiającego jakoby ujęcie kosztów m.in. w zakresie polis i zabezpieczenia w poz. II Wykazy płatności powodować może odrzucenie oferty. Odwołujący podkreśla, że jak wynika ze złożonych przez niego wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp, koszty wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia zostały ujęte w cenie oferty. Zamawiający nie zakwestionował wysokości, czy prawidłowości wyceny tych kosztów, akceptując ich wysokość, wskazując jednak, że w jego ocenie ujęcie ich w cenie ryczałtowej w ramach innych pozycji, niż tego oczekiwał Zamawiający, skutkować powinno odrzuceniem oferty. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wskazał postanowienia SIWZ, z którym taka wycena oferty byłaby sprzeczna. Argumentacja Zamawiającego wskazana w uzasadnieniu odrzucenia wydaje się absurdalna w kontekście faktu, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym za realizację całości kontraktu, które ma z natury niezmienny i stały charakter. Tak też cenę oferty traktuje sam Zamawiający podkreślając wielokrotnie w ramach opisu sposobu obliczania ceny, że „Przyjmuje się, że Wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań, wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych, objętych każdą częścią niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I-V i że stosownie do nich wycenił wszystkie pozycje. Kwoty (wartości) za wykonane, kompletne elementy zryczałtowane składające się na Cenę Oferty, Wykonawca

wylicza samodzielnie na podstawie jego własnej kalkulacji i wpisuje w odpowiednim wierszu w Wykazie Płatności w kolumnie z nagłówkiem „Wartość”.

Dalej Zamawiający wskazuje, że: Wartości tych elementów (a więc kompletnych elementów zryczałtowanych składających się na cenę oferty, nie zaś Części I-III Wyceny) będą wartościami globalnymi dla Dokumentów Wykonawcy. Robót, dostaw i usług opisanych w tych pozycjach, uwzględniającymi wszystkie koszty, opłaty i wydatki określone w trzecim akapicie niniejszych zasad obliczenia ceny oferty, przy zachowaniu wskazanych dalej zasad. Wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdy element zryczałtowany wyszczególniony w Wykazie Płatności (czyli każdy element objęty przedmiotem zamówienia) i dla każdego elementu musi podać adekwatną jego wartość, przy czym kwota za Wymagania Ogólne zawarta w części I Wykazu Płatności, nie może być większa niż 6 % sumy „Ogółem netto” i będzie równomiernie podzielona na wszystkie miesiące w Czasie na Ukończenie wskazanym w Ofercie Wykonawcy, a kwota za opracowanie Dokumentów Wykonawcy, zawarta w części II Wykazu Płatności, nie może być większa niż 5 % sumy „Ogółem netto”.

Co więcej, nawet, gdyby wykonawca wpisał w jakiejś pozycji „0” - wedle zasad SIWZ, Zamawiający przyjąłby, że koszty tych elementów są skalkulowane gdzieś indziej - ergo - w innych pozycjach i stanowią część Ceny Oferty brutto za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Skoro zatem Zamawiający sam dopuszcza taką sytuację - a więc uznanie, że koszty z Części I wykazu płatności wycenione na „0” należałoby uznać za wliczone do Części II i III Wykazu płatności i ujęte w Cenie Oferty Brutto, to niezrozumiałym jest na jakiej podstawie Zamawiający kwestionuje sposób wyceny zastosowany przez Wykonawcę - Konsorcjum Aldesa.

W niezwykle obszernych wyjaśnieniach ceny i treści oferty, Odwołujący szczegółowo odniósł się do cen poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający nie miał wątpliwości co do rzetelności i prawidłowości dokonanej wyceny. Dodatkowo Odwołujący zastosował się do narzuconych zapisami specyfikacji poziomów procentowych progów w ramach Części I i II Wykazu płatności. Tym samym, Odwołujący zastosował się do wszystkich zapisów SIWZ, a pomimo to został przez Zamawiającego odrzucony. W ocenie Odwołującego argumentacja przedstawiona w tym zakresie w uzasadnieniu odrzuceniu jest całkowicie nieuzasadniona i nie znajduje żadnych podstaw w zapisach SIWZ. Odwołujący podkreślił, że idąc „tokiem myślenia Zamawiającego”, Wykonawca, który zdecydowałaby się na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy w pieniądzu, które w SIWZ i WU ustalono na kwotę 10% wartości Umowy, nigdy nie mógłby złożyć oferty zgodnej z SIWZ, bo przecież nie mieściłby się już z kwotą samego zabezpieczenia w Kosztach ogólnych, które zostały ograniczone do 6% wartości kontraktu (nie wspominając o kalkulacji dalszych kosztów).

Co więcej Odwołujący podkreśla również, że w Dokumentacji Postępowania nie ma żadnej definicji legalnej „Kosztów ogólnych”. Nie wiadomo więc na jakiej podstawie Zamawiający kwalifikuje koszty i przyporządkowuje je do tej czy innej pozycji w Wykazie płatności, dodatkowo wywodząc, że inne przyporządkowanie stanowi niezgodność z SIWZ. W SIWZ nie wskazano co należy rozumieć pod pojęciem koszty ogóle. Tym samym z innego rozumienia tego pojęcia przez Wykonawców nie można wywodzić dla wykonawców negatywnych skutków.

Ponadto Odwołujący wskazał, że również pojęcie Dokumentów postępowania nie zostało zdefiniowane w sposób Zamknięty, jak to zdaje się przedstawiać Zamawiający. Odwołujący wskazuje, że w pkt 1.1.6.1. Szczegółowych Warunków Kontraktu wskazano, że: *„Tam gdzie Warunki Kontraktu odnoszą się do „Dokumentów Wykonawcy” należy czytać jako „Dokumentacja Projektowa i inne Dokumenty Wykonawcy”*. W skład Dokumentacji Projektowej i innych Dokumentów Wykonawcy wchodzi w szczególności: Projekt budowlany oraz specyfikacje techniczne, projekty wykonawcze o stopniu szczegółowości niezbędnym do prawidłowego wykonania Robót i umożliwiające prawidłową ich weryfikację, przegląd, sprawdzenie lub zatwierdzenie przez Inżyniera w tym obliczenia, rysunki, podręczniki, modele, dokumenty o charakterze technicznym i prawnym wymienione w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz inne dokumenty niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia, dostarczane przez Wykonawcę według Kontraktu”. Na otwarty katalog ww. dokumentów wskazuje już zatem samo określenie „w szczególności”.

Wreszcie w ostatniej kolejności Konsorcjum Aldesa składając ofertę wyraźnie oświadczyło, że za kwotę podaną w ofercie wykona całościowy - a więc zgodny z SIWZ i określony jego zapisami - zakres zamówienia. Tym samym, wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy tytułem realizacji zamówienia publicznego określa podana przez niego kwota wynagrodzenia ryczałtowego, przy czym w kwocie tej zastosowano zgodny z SIWZ i z niej wynikający podział procentowy na Część I i II.

Nie ulega wątpliwości, że każdy wykonawca w cenie ryczałtowej oferty winien uwzględnić wszystkie koszty realizacji zamówienia, które uważa za niezbędne na podstawie wszystkich udostępnionych mu przez Zamawiającego dokumentów. Powyższe potwierdza także KIO, która w licznych orzeczeniach przyjmuje, że określenie przez Zamawiającego wynagrodzenia, jako ryczałtowe oznacza m.in., że załączane do oferty dokumenty „doprecyzowujące” cenę ryczałtową mają zasadniczo charakter pomocniczy i nie oddziałują wprost na ostateczną cenę ryczałtową. Powyższe odnosi się do kosztorysów, tabel elementów scalonych, wymogów rozbicia cen ryczałtowych na składowe ceny.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że kwestia kwalifikacji prawnej skutków błędów w kosztorysach ofertowych w przypadkach, gdy cena oferty ma charakter ryczałtowy była

rozważana w orzecznictwie KIO. Doktryna i orzecznictwo praktycznie jednolicie wypowiadają się, że w sytuacji, gdy zamawiający ustalił ryczałtową formę wynagrodzenia, nie ma możliwości odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 czy 6 Pzp z uwagi na braki/błędy/inne sformułowanie kosztorysów. Przedmiotowe, stanowisko prezentowane jest od lat, wyroku KIO z 31.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 345/09; w wyroku KIO z 12.06.2008 r., sygn. akt: KIO 527/08.

3. W zakresie Pytania B.1. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający pismem z dnia 04.07.2017 r. zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie, w jaki sposób Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił wymagania Zamawiającego w zakresie Dokumentów Wykonawcy, jednocześnie osiągając przedstawioną cenę ofertową. Wykonawca w piśmie z dnia 12.07.2017 r. załączył do wyjaśnień tabelę 2.2 z PFU przedstawiając w formie tabelarycznej koszty wszystkich wymaganych z tabeli Dokumentów Wykonawcy pozycje od nr 1 do nr 18 wskazując, że niektóre Dokumenty Wykonawcy ujęto w kosztach ogólnych. Pismem z 28.07.2017 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie do wskazanych w odpowiedzi B.1 kosztów dokumentów Wykonawcy. Zauważono, że z nieznanych Zamawiającemu powodów Wykonawca ujął część kosztów za dokumenty Wykonawcy w kosztach ogólnych, a łączna kwota nie odpowiada sumie pozycji II Dokumenty Wykonawcy z Wykazu Płatności. Wobec powyższego Zamawiający zwrócił się z prośbą o wskazanie kwot dla wszystkich dokumentów, jakie uwzględniono w poz. II od 1 do 6 „Dokumenty Wykonawcy” Wykazu Płatności, gdyż wskazana na podstawie tabeli 2.2 z PFU przez Wykonawcę łączna kwota to 5.983.000,00 zł wobec kwoty z Wykazu płatności o wartości 6.210.000,00 zł. Wykonawca w piśmie z 01.08.2017 r. ponownie przedstawił tożsamą tabelę 2.2 z PFU wskazując takie same wartości dla Dokumentów Wykonawcy jak uprzednio. Wprowadzono dodatkową kolumnę dla Dokumentów Wykonawcy, których wartości przyporządkowano do kosztów ogólnych. Dodatkowo Wykonawca wyjaśnił, że uwzględnił w tabeli elementy zryczałtowanych kwot dotyczących dokumentów podanych w kolumnie 3 tejże tabeli. Wyszczególnienie elementów danej pozycji elementów zryczałtowanych w kolumnie 3, nie pokrywa się w pełni z elementami i określonymi w Specyfikacjach Projektowych. Np. SP. 10.30.00 zawiera dokumentację powykonawczą a nie jest ona ujęta w opisie w kolumnie 3 ani w pozycji II. 1 i II.2 Natomiast dokumentacja powykonawcza jest podana, jako dokument Wykonawcy w tabeli 2.2 PFU, podobnie jest z innymi pozycjami np. mapa powykonawcza, która nie figuruje w żadnym opisie kolumny 3 tabeli elementów zryczałtowanych. Z tego powodu część Dokumentów wykonawcy podanych w tabeli 2.2. PFU, Wykonawca przypisał do pozycji kosztów ogólnych. Nadmieniamy również, że część pozycji zawartych w tabeli 2.2 PFU, np. poz. 2 i 4 (wypisy i wyrisy) są

tylko częścią kosztów pozycji II.5 Dokumentacja kartograficzna i geodezyjna, tabeli elementów zryczałtowanych. Wykonawca wskazał, że w wyżej wymienionych powodów suma ryczału za Dokumenty Wykonawcy wg tabeli elementów zryczałtowanych nie pokrywa się z sumą kosztów pozycji tabeli 2.2. PFU. Zamawiający nie może zgodzić się z wyjaśnieniami Wykonawcy; gdyż po dwukrotnej prośbie o wyjaśnienia nie uzyskał jasnej odpowiedzi, jakie dokumenty Wykonawcy składają się na kwotę poz. II Dokumenty Wykonawcy z Wykazu Płatności o wartości 6.210.000,00 zł netto. Ponadto Wykonawca z niewiadomych powodów i wbrew zasadzie opisanej w Tomie IV SIWZ- Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty, gdzie Zamawiający zawarł informację, że „Krótkie opisy pozycji, przedstawione w Wykazie Płatności są podane tylko dla celów identyfikacyjnych i w żaden sposób nie modyfikują czy anulują szczegółowych opisów zawartych w Warunkach Kontraktu i Programie funkcjonalno- użytkowym wraz z załącznikami. Niezależnie od ograniczeń, jakie mogą sugerować dotyczące poszczególnych pozycji w Wykazie Płatności, Wykonawca musi mieć pełną świadomość, że kwoty, które wprowadził do Wykazu Płatności, dotyczą Dokumentów Wykonawcy, dostaw i usług zakończonych całkowicie pod każdym względem i bez jakichkolwiek wad ” przeniósł część z Dokumentów Wykonawcy z poz. II tj. Dokumentację powykonawczą w skład, której wchodzi m. in. (Dokumentacja budowy z naniesionymi zmianami dokonanymi w toku wykonywania robót, Mapa powykonawcza) oraz Instrukcje eksploatacji i utrzymania w skład których wchodzi m.in. (Instrukcje eksploatacji i utrzymania szczególnie skomplikowanych obiektów dla potrzeb utrzymania, Instrukcje użytkowania i konserwacji każdego z zastosowanych elementów) do poz. I Wymagania ogólne Wykazu płatności. Zdaniem Zamawiającego takie postępowanie jest niezgodne z Opisem Przedmiotu Zamówienia, gdyż w sposób jednoznaczny w opisie pozycji II. 2 Wykazu płatności wskazano, jakie dokumenty powinny być uwzględnione w cenie oferty i są to: „Projekt Wykonawczy, Instrukcje eksploatacji i utrzymania, Dokumentacja ewidencyjna, Dokumentacja powykonawcza w tym prawa autorskie Warunki Kontraktu określają w Subklauzuli 5.2 że *„Na Dokumenty Wykonawcy będą składały się: dokumenty techniczne wyszczególnione z Wymaganiach Zamawiającego, dokumenty pozwalające uzyskać wszystkie wymagane przepisami zatwierdzenia oraz dokumenty opisane w Subklauzuli 5.6 [Dokumentacja Powykonawcza] i w Subklauzuli 5.7 [Instrukcje obsługi i konserwacji].”* Dodatkowo należy wskazać, że w tabeli 2.2. PFU kolumna „Wymagania”, wskazano kolejne numery Specyfikacji projektowych, które to przyporządkowują dokumenty Wykonawcy do pozycji *„Wyszczególnionych elementów zryczałtowanych”* opisanych w Wykazie płatności. Zgodnie z pkt. 2.3.1 PFU, „Specyfikacje na projektowanie stanowiące część niniejszego PFU, określają wymagania dotyczące wykonania i odbioru Dokumentów Wykonawcy przewidzianych do wykonania w ramach niniejszej Umowy.”

Przy założeniu, że Zamawiający przyjąłby wyjaśnienia Wykonawcy mogłaby zaistnieć sytuacja, że Wykonawca nie wykonałby w trakcie trwania Kontraktu wskazanych Dokumentów Wykonawcy, jakimi są Dokumentacja powykonawcza oraz Instrukcje eksploatacji i utrzymania, a otrzymałby zapłatę z tytułu kosztów ogólnych Wykonawcy. Na taką sytuację Zamawiający się nie zgadza, jest ona niezgodna z zapisami SIWZ. Wykonawca przygotowując ofertę w sposób niezgodny z Wymaganiami zawartymi w SIWZ dokonał istotnej modyfikacji składników kosztów, które powinien ująć w Dokumentach Wykonawcy a ujął w Kosztach ogólnych, co jest niezgodne z treścią SIWZ. Zamawiający w Tomie IV SIWZ jasno i wyraźnie opisał, w jaki sposób powinna być obliczona cena Oferty".

Odnosząc się do przedmiotowej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący w całości powołuje się na argumentację zawartą w pkt II.2. powyżej. Odwołujący podkreśla, że w ramach zaoferowanej ceny ryczałtowej wycenił pełny zakres zamówienia, w tym jego poszczególne elementy po rynkowych cenach, uwzględniając rozsądny zysk i wszystkie wynikające z Dokumentacji Postępowania koszty związane pośrednio lub bezpośrednio z jego realizacją. Dodatkowo Odwołujący wypełnił zawarte w SIWZ żądanie utrzymania pułapów procentowych. Tym samym oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z SIWZ i nie ma podstaw do jej odrzucenia. Odwołujący jeszcze raz wskazuje, że Zamawiający dopuszczał sytuacje wyceny określonej pozycji w wykazie płatności na poziomie zero złotych, przyjmując w takim przypadku, że cena za realizację takiego zakresu prac została uwzględniona w ofercie. Tym samym argumentacja Zamawiającego odnośnie ujęcia kosztów w ramach Kosztów Ogólnych zamiast Dokumentacji, czy na odwrót, jest w świetle zapisów SIWZ całkowicie pozbawiona sensu. W opisie sposobu obliczania ceny wprost przyjmuje się, że wartości elementów zryczałtowanych Wykazu Płatności wycenione przez Wykonawcę na kwotę „zero”, lub oznaczone, np. znakiem „x” lub innym oraz kwoty za wykonanie Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług, niewyodrębnionych w Wykazie Płatności, których wykonanie jest niezbędne dla osiągnięcia rezultatów rzeczowych określonych w Programie funkcjonalno- użytkowym wraz z załącznikami, zostały ujęte w wycenionych przez Wykonawcę pozycjach Wykazu Płatności. Podkreślił, że Wykonawca zachował progi procentowe i nie dokonał samoczynnej zmiany treści Wykazu płatności. Wycenił pełen zakres zamówienia w sposób zgodny z SIWZ za kwotę ryczałtową wskazaną w treści oferty. Brak jest zatem podstaw do uznania, że oferta Wykonawcy podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

4. W zakresie dotyczącym Pytania B.6. W uzasadnieniu odrzuceniu Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający pismem z dnia 04.07.2017 r. zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie, Jaką wysokość środków finansowych Wykonawca zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe lub pierwszej faktury zaliczkowej? Czy

będą to środki własne czy pochodzące z kredytu, jeżeli z kredytu, to czy Wykonawca posiada uruchomioną linię kredytową lub wstępną umowę kredytową? Wykonawca w piśmie z 12.07.2017 r. poinformował, że zamierza zaangażować ilość środków, które pochodzą ze środków własnych oraz finansowania w ramach grupy Aldesa (finansowanie wewnętrzne). Poinformowano również, że umowa kredytowa została już zawarta i obejmuje wszystkie spółki z grupy Aldesa. Zamawiający pismem z 28.07.2017 r. w związku z udzieloną ogólnikową odpowiedzią B.6. Wykonawcy zwrócił się o wskazanie wysokości środków finansowych, jakie Wykonawca zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe lub pierwszej faktury zaliczkowej. Poproszono o wyjaśnienie, czy we wskazanej kwocie Wykonawca uwzględnił koszt ustanowienia zabezpieczenia zaliczki, koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zorganizowania biura projektowego, wynagrodzeń personelu? Zwrócono się o szczegółowe rozbieżności planowanych do poniesienia kosztów do czasu wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe lub pierwszej faktury zaliczkowej. Wykonawca pismem z 01.08.2017 r. wskazał, że oczekuje pierwszej raty zaliczki, o wartości 1 % maksymalnie do dwóch miesięcy od daty podpisania umowy. Podczas tego okresu wskazuje, że szacuje koszty na kwotę ok. 222.330,00 zł z tytułu kosztów gwarancji należytego wykonania umowy, zabezpieczenia pierwszej raty zaliczki, kosztów personelu, kosztów transportu na potrzeby budowy, biura wykonawcy, koszty zorganizowania biura projektowego, oraz personelu projektantów. Zamawiający wskazuje, że wyjaśnienie pozostaje w sprzeczności z wcześniejszymi wyjaśnieniami udzielonymi w zakresie odpowiedzi na pytanie A.3, gdzie Wykonawca wskazuje, że koszty gwarancji należytego wykonania umowy-, zabezpieczenie zwrotów zaliczek oraz kosztów finansowania ujął w poz. II Dokumenty Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego treść udzielonych wyjaśnień jest niezgodna z SIWZ". Odnosząc się do tak wskazanej podstawy odrzucenia Odwołujący wskazał, że w podstawie tej Zamawiający nie był nawet w stanie wskazać z którym postanowieniem SIWZ ww. kalkulacja jest niezgodna. Brak wskazania takiego zapisu wystąpił z prostej przyczyny: W SIWZ NIE MA TAKIEGO ZAPISU. Zamawiający wskazał bowiem, że odrzuca ofertę z powodu „sprzeczności w wyjaśnieniach”. Nie wiadomo natomiast na czym konkretnie sprzeczność ta polega, i z którym postanowieniem SIWZ jest sprzeczna. Analiza zacytowanej powyżej treści z uzasadnienia Zamawiającego nie pozwala zatem ustalić na czym wspomniana niezgodność z SIWZ miałaby polegać. Pytania Zamawiającego dotyczyły bowiem wysokości środków własnych, które Wykonawca zaangażuje w początkowej fazie realizacji inwestycji i źródeł pochodzenia tych środków. Następnie szczegółowego rozbieżności tych kosztów. Wszystkie ww. informacje Odwołujący w sposób precyzyjny opisał w wyjaśnieniach, w których brak jest jakiegokolwiek wewnętrznej sprzeczności. Nie jest wiadome w czym sprzeczność taką dostrzega Zamawiający.

Zamawiający w dniu 18.09.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Mota - Engil Central Europe S.A., ul. Wadowicka 8w, 30-415 Kraków zwana dalej: „Mota - Engil Central Europe S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 20.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zwanej dalej: „Budimex S.A.” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W zakresie niniejszego zgłoszonego przystąpienia została zgłoszona na posiedzeniu opozycja przez Odwołującego, którą Izba uwzględniła, w konsekwencji uznając, że Budimex S.A. nie ma interesu w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego. Uzasadnienie w dalszej części poniżej.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń stron i Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta została odrzucona, i nie została skalsyfikowana w zakresie kryteriów oceny ofert, wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba uwzględniła opozycję Odwołującego w zakresie zgłoszonego przystąpienia Budimex S.A., uznając, że wykonawca ten nie wykazał w sposób niewystarczający interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego. W wypadku bowiem utrzymania odrzucenia oferty Odwołującego, wykonawca ten nadal nie będzie miał szans na uzyskanie zamówienia, albowiem plasuje się na trzeciej pozycji w rankingu ofert. W ocenie Izby hipotetyczna możliwość nie zawarcia kontraktu przez wykonawców poprzedzających Budimex nie jest wystraczającym wykazaniem interesu w przystąpieniu po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, wszystkich modyfikacji SIWZ oraz wszystkich 621 odpowiedzi na pytania, oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do wyjaśnień z 04.07.2017 r. w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust.1 Pzp, odpowiedzi z 14.07.2017 r. wraz z załącznikami, wezwania z 28.07.2017 r. w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust.1 Pzp, odpowiedzi z 01.08.2017 r. wraz z załącznikami, pisma Zamawiającego z 18.08.2017 r. wraz z odpowiedzią z 23.08.2017 r. (oba pisma w zakresie identyfikacji treści wyjaśnień z 01.08.2017 r. stanowiących „tajemnice przedsiębiorstwa”) oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 05.09.2017 r.

W poczet materiału dowodowego zaliczono również złożone na rozprawie przez Odwołującego wraz z pismem przygotowawczym lub w trakcie rozprawy:

- Obliczeniowe sprawdzenie posadowienie obiektu ED-3a (zał. nr 1 – 1 skoroszyt);
- Obliczeniowe sprawdzenie posadowienie obiektu PD-1 (zał. nr 1 – 2 skoroszyt);
- Obliczeniowe sprawdzenie podłoża nasypów (zał. nr 1 – 3 skoroszyt);
- rysunek – rzut obiektu ED-3 w wersji pierwotnej oraz zaoferowanej – widok z góry (zał. nr 2);
- rysunek – rzut obiektu ED-3 w wersji pierwotnej oraz zaoferowanej – widok z boku (zał. nr 3);
- Obliczenia hydrauliczno-hydrologiczne obiektu WD 4a i przepustów drogowych P1A, P2B, P2A, P2B (zał. nr 4);
- Rysunek – graficzne przedstawienie przejść dla zwierząt oraz przepustów w wersji pierwotnej oraz zaoferowanej (załącznik do załącznika nr 4);
- Wykaz płatności w formie tabelarycznej obejmujący wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, pismo przygotowawcze Odwołującego wraz z opinią prywatną uznaną za stanowisko strony, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 90 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum Aldesa, pomimo że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum Aldesa jako niezgodnej z treścią SIWZ, pomimo że oferta Konsorcjum Aldesa uwzględnia wszystkie wymagania SIWZ i jest zgodna z SIWZ; oraz
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., pomimo faktu, że oferta ta jest mniej korzystna niż oferta Konsorcjum Aldesa, która została bezzasadnie odrzucona przez Zamawiającego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, pisma przygotowawczego Odwołującego wraz z opinią prywatną uznaną za stanowisko strony złożonych na rozprawie. W tym zakresie, Izba wskazuje na przywołane w treści odwołania i pozostałych wskazanych pism odpowiedzi na pytania udzielone przez Zamawiającego, postanowienia Instrukcji dla Wykonawców (Tom I, Rozdz. 1), Programu Funkcjonalno – Użytkowego (Tom III SIWZ) zwanego dalej: „PFU” wraz z załącznikami (Decyzji Środowiskowej, Dokumentu Geologicznego i WWiORB – szczegółowo podane poniżej), Wykazu Płatności (Tom IV SIWZ), treść wezwania Odwołującego do wyjaśnień z 04.07.2017 r. w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust.1 Pzp, odpowiedzi z 14.07.2017 r. wraz z załącznikami, wezwania z 28.07.2017 r. w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust.1 Pzp, odpowiedzi z 01.08.2017 r. wraz z załącznikami, pisma Zamawiającego z 18.08.2017 r. wraz z odpowiedzią z 23.08.2017 r., jak i treść zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 05.09.2017 r. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zbiorczo odnosząc się do przywołanych powyżej zarzutów, wskazując na poszczególne kwestie w odniesieniu do poszczególnych podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego, Izba podnosi.

Odnosnie posadowienia – pośrednie (Zamawiający), bezpośrednie (Odwołujący), zarzuty podlegają oddaleniu. Stanowisko Odwołującego, co do z jeden strony wiążącego charakteru załączonych badań geologicznych (wprost przyznał na rozprawie, a co potwierdza dodatkowo TOM III SIWZ pkt 1.4.1.1. PFU w ppkt 10 i 11: „10. Dokumentację

Geotechniczną dotyczącą budowy obwodnicy miasta Tomaszów Lubelski w ciągu drogi krajowej Nr 17 (Warszawa) Zakręt - Lublin - Zamość Hrebenne (Lwów) - 22.08.2006r., 11. „Dokumentację prac geologicznych dla określenia warunków geologiczno-inżynierskich” dla budowy obwodnicy m. Tomaszów Lubelski - 022009 r, przyjęta przez Starostwo Powiatowe w Tomaszowie Lubelskim w dniu 14.04.2009 r. wraz z aneksem z sierpnia 2009r.”), z drugiej. wybiórczego traktowania ich elementu tj., wytycznych i zaleceń (pkt 7 - Dokumentacji Geotechnicznej dotyczącą budowy obwodnicy miasta Tomaszów Lubelski w ciągu drogi krajowej Nr 17 (Warszawa) Zakręt - Lublin - Zamość Hrebenne (Lwów) - 22.08.2006r.), jest niespójne logicznie. Jeśli bowiem, Zamawiający uznawał jakiś dokument za wiążący częściowo wprost to określał w PFU (str. 16-17): „Zamawiający udostępnił w TOM-ie V SIWZ dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie:

1. Decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia L.dz.: ŚiR.I.6650/20-5/07/08 z dnia- 30, 05.2008r., wydana przez Lubelski Urząd Wojewódzki w Lublinie - wiążąca w takim zakresie w jakim nie jest to uregulowane w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia znak WOOŚ.4200.2.2016.LP z dnia 10.01.2017r. wydanej przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Lublinie;
2. Postanowienie L.dz.: RDOŚ-06-WOO-6651-13-003-9/10/ik z dnia 23.09.2010r. związane z ponownym postępowaniem w sprawie oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, wydane przez Regionalną Dyрекcję Ochrony Środowiska w Lublinie wiążące w takim zakresie w jakim nie jest to uregulowane w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia znak WOOŚ.4200.2.2016.LP z dnia 10.01.2017r. wydanej przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Lublinie;
3. Decyzję o ustaleniu lokalizacji drogi L.dz.: IF.II/AS/7047/2/09 z dnia 30.04.2009r., wydana przez Wojewodę Lubelskiego - wiążąca w zakresie linii rozgraniczających;
4. Decyzję Pozwolenia na budowę nr 263/10, L.dz.: IF.I.6.JS.7111/1-49/10 z dnia 23.12.2010r., wydane przez Lubelski Urząd Wojewódzki w Lublinie wiążąca w zakresie niwelety drogi ekspresowej z wyłączeniem obszaru węzłów drogowych;
5. Archiwalną Dokumentacja Projektowa (AD”) wiążąca wyłącznie w zakresie:
 - niwelety drogi ekspresowej z wyłączeniem obszaru węzłów drogowych,
 - typu węzła drogowego WI „Tomaszów Lub. Północ” (nazwa wg ADP: „Tomaszów Północ”) - WB „karo”.
 - typu węzła drogowego 14/2 „Tomaszów Lub. Południe” (nazwa wg ADP: „Tomaszów Południe”). Z dokumentu geologicznego wynika że wiążąca była technologia posadowienia pośredniego.

W tym zakresie Izba, wskazuje również na odpowiedź na pytanie 205 (pełna treść poniżej) odnosząc się także do posadowienia. Z kolei pkt 2.1.11.2 d) odsyła do dokumentacji geotechnicznej wskazanej wyżej: „Wybór sposobu posadowienia obiektu powinien wynika (...)”. Przy czym, dalsze postanowienia PFU dotyczą posadowienia na etapu realizacji: „W przypadku konieczności wzmocnienia podłoża gruntowego przy posadowieniu bezpośrednim technologia wykonania takiego wzmocnienia powinna uzyskać akceptację Inżyniera pod kątem zgodności z przepisami obowiązującego prawa i PFU.” (czyli tak jak w odpowiedzi na pytanie 205). Odnośnie możliwości z pkt 1.1.11. 2 e) – „Dopuszcza się zastosowanie fundamentów bezpośrednich zespolonych trwale ze stalową ścianką szczelną wykonaną wokół fundamentu, zagłębioną min. 3 m poniżej obliczonej głębokości rozmycia.” - nie została ona powołana na etapie wyjaśnień Odwołującego – mimo przedłożenia do wyjaśnień z 01.08.2017 r. „graficznego przedstawienie projektowanej metody wzmocnienia słabego podłoża gruntowego dróg i sposoby posadowienia obiektów inżynierskich”(do odpowiedzi na pytanie 17), a dopiero na rozprawie. Przy czym, stwierdza się tam również, jako zasadę: „Mosty należy wykonać na fundamentach pośrednich”. W konsekwencji powyższych ustaleń należy uznać, że z wiążących dokumentów wynikała wprost - wiążąca technologia posadowienia pośredniego. Jej zmiana była dopuszczalna na etapie realizacji i tylko w uzgodnieniu. Wyjątek był wobec mostów, lecz kwestie ta przywołano dopiero na etapie rozprawy. Należy także zauważyć, że podstawą odrzucenia było generalnie zastosowanie innej technologii posadowienia względem obiektów inżynierskich, zaś PD - 1 i ED - 3 Zamawiający wskazał jedynie przykładowo: „Przekazane przez Zamawiającego dokumenty nie wskazują, aby w tak złożonych warunkach gruntowych i wodnych można zastosować posadowienie bezpośrednie obiektów jak wskazuje Wykonawca. Zdaniem Zamawiającego obiekty winny być posadowione pośrednio. Nie ma także założeń, że wystarczą same wzmocnienia podłoża pod konstrukcją obiektów inżynierskich. Przykład (w celu porównania): Obiekt PD-1 (...) Obiekt ED03 (...)”. W rezultacie Zamawiający zasadnie odrzucił z tej podstawy faktycznej ofertę Odwołującego.

Odnośnie liczby obiektów inżynierskich, zarzuty podlegają oddaleniu. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 205 - dopuścił generalnie wobec obiektów inżynierskich - zmianę konstrukcji obiektów i posadowienia na dalszym etapie projektowania po warunkiem optymalizacji kosztów budowy i utrzymania. W odpowiedzi na pytanie 266 – w pytaniu dotyczącym estakady - Zamawiający stwierdził, że parametry mogą być zmienione na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko wyłącznie na podstawie procedury zmian zgodnie z Warunkami Kontraktu. W odpowiedzi na pytanie 303 ma miejsce wprost odesłanie

do odpowiedzi na pytanie 266, nadto stwierdza się dodatkowo, że Wykonawca ma zaprojektować przejście dla zwierząt średnich i małych o określonym minimalnym „wymiarze” oraz estakadę o określonej „długości 287 m”. Z kolei w odpowiedzi na pytanie 426, gdzie wprost pytano o zmianę liczby obiektów inżynierskich stwierdzano, że liczba i lokalizacja ma być zgodna z dokumentami wiążącymi oraz wymaganiami PFU (Pytanie 426 - *„Prosimy o potwierdzenie, że w związku z niewiążącym charakterem parametrów obiektów inżynierskich podanych w tabeli nr 1.1 możliwa jest zmiana liczby obiektów”*). Odpowiedź 426 - *„Zamawiający wskazuje, że liczba oraz lokalizacja obiektów inżynierskich powinna być zgodna z zapisami dokumentów wiążących oraz wymogami zawartymi w PFU.”*. W odpowiedzi na pytanie 249 odniesiono się do lokalizacji i przejść dla zwierząt stwierdzając że – że dopiero na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko jest możliwa zmiana ich lokalizacji i parametrów. Z odpowiedzi na pytanie 474 – zgodnie z PFU, Decyzją Środowiskową i przepisami – na obecnym etapie nie zamierza dokonywać szczegółowych uzgodnień (Pytanie 474 – *„Czy zamawiający dopuszcza rozwiązanie polegające na indywidualnym ukształtowaniu odwodnienia drogowego w strefie podpór obiektów, w celu polepszenia wartości użytkowych i dostępu do obiektu”*, Odpowiedź 474 - *„Zamawiający wyjaśnia, że do zadań Wykonawcy należy opracowanie rozwiązań projektowych, zgodnych z wymaganiami PFU, decyzją środowiskową i przepisami. Na tym etapie postępowania Zamawiający nie uzgadnia szczegółowych rozwiązań.”*). W samej, zaś Decyzji Środowiskowej pkt III. 10 lit. f (str. 5) – wskazuje się na „przejście dolne dla średnich i małych zwierząt, zespolone z ciekim” oraz estakadę – o długości 287 m. Dodatkowo estakada („ED-3 na długości około 287 m”) został ponownie wskazana na str. 15 tej decyzji. W samej zaś, odpowiedzi na pytanie 620 – Zamawiający odwołuje się wprosi do odpowiedzi na pytanie 266 – zmiana długości i liczby prześel do estakady (*„Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie Nr 266 parametry estakady ED-3 mogą ulec zmianie na podstawie Procedury Zmian zgodnie z Warunkami Kontraktu. Natomiast zgodnie z odpowiedzią na pytanie Nr 303 w km 4+070 należy zaprojektować przejście dla zwierząt o wym. 10x3,5m oraz estakadę o długości 287 m. Prosimy o wyjaśnienie, jakie parametry estakady mogą ulec zmianie na zasadach podanych w odpowiedzi do pytania Nr 266 ?”*). Odpowiedź: *„Zamawiający informuje, że na zasadach podanych w odpowiedzi do pytania Nr 266 zmiane mogą ulec długość i liczba prześel estakady”*).

Niewątpliwie Zamawiający, biorąc pod uwagę udzielone i przytoczone powyżej odpowiedzi na pytania, nie zgodził się na możliwość zmiany liczby obiektów inżynierskich (odpowiedź na pytanie 426 – nie pozwalała na to – gdyż liczba oraz lokalizacja miał być zgodna z dokumentami wiążącymi). Analiza odpowiedzi na pytania dopuszczających

możliwość zmiany parametrów obiektów daje podstawę do twierdzenia, że taka zmiana była dopuszczalna na etapie realizacji, a nie przygotowania oferty (dotyczy to także estakady – patrz odpowiedź na pytanie 266, 303, 620). W rezultacie Odwołujący nie mógł zamienić estakady na dwa obiekty inżynierskie. W odpowiedzi na pytanie 303 – wprost jest mowa o estakadzie o długości 287 m. Przy czym, odpowiedź na pytanie 620 została błędnie zinterpretowana przez Odwołującego (choćby w jego opinii prywatnej dołączonej do pisma przygotowawczego złożonego na rozprawie), gdyż odwołuje się wprost do odpowiedzi na pytanie 266 (czyli etapu po podpisaniu umowy). Jednocześnie, należy zauważyć, iż także Decyzja Środowiskowa, czyli wiążący dokument, w pkt III.10 lit. f (str. 5 i 18) określała, że miała to być estakada - wprost bowiem się na nią, tj. estakadę - wskazuje, więc stanowisko Odwołującego, że z odpowiedzi na pytanie 426 wynika wprost możliwość zmiany lokalizacji i parametrów obiektów inżynierskich, gdyż nie było obwarowań w Decyzji Środowiskowej, co do estakady jest niezrozumiałe. Takie obwarowania były, zostało wprost wskazane co do oferty należało przyjąć.

Względem - obiektu WD 4b w śladzie drogi DD10 i WD – 4c w śladzie drogi DD12. Zamawiający przystał na działanie Odwołującego względem przejść dla zwierząt i zmiany w tym zakresie, jako zgodnej z Decyzją Środowiskową. Kwestia, z kolei: „*siedlisk nietoperzy*” pojawiła się dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie i rozprawy u Zamawiającego, nie była podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający zaakceptował zmiany z punktu widzenia środowiskowego uznał rozwiązanie alternatywne (przepust skrzyniowy – Decyzja Środowiskowa – pkt III. 21 – dawała możliwość wyboru rozwiązania: „*W przypadku, gdy w sąsiedztwie drogi zlokalizowane są drogi serwisowe, przejścia powinny być umieszczone także na nich poprzez wykonanie przepustów będących kontynuacją przejścia lub umożliwienie przejścia zwierzętom po powierzchni drogi serwisowej poprzez odpowiednie ukształtowanie skarp.*”). Jednakże, wobec kwestii odprowadzania wód opadowych (str. 18 Decyzji Środowiskowej - wymóg: „*odbiornikiem wód opadowych i roztopowych będzie obniżenie terenu stanowiące własność inwestora*”) niewątpliwie Zamawiający dowiedział się o przygotowywanym rozwiązaniu, po pierwsze w odwołaniu („*Wykonawca przyjął, że pomimo rezygnacji z obiektów 4c i 4b, wykona analogiczną kanalizację, która będzie pełniła analogiczną funkcję do tej, która miała pełnić pierwotnie, czyli odprowadzać wodę z rowów dróg dojazdowych i drogi głównej*”), a w szczególności na rozprawie „*z przedłużonego rysunku*” (załącznik do załącznika nr 4 do pisma przygotowawczego). Izba bierze pod uwagę i ocenia czynność Zamawiającego na datę jej podjęcia, biorąc pod uwagę taki zgromadzony materiał jakim dysponował, czyli to czym dysponował Zamawiający. O tym, że takie rozwiązanie planuje Odwołujący Zamawiający nie

wiedział z żadnego fragmentu wyjaśnień. Należy także zauważyć, że mimo wszystko zmiana liczby obiektów nie była dopuszczalna, a parametrów dopiero na późniejszym etapie. Zmiana taka jak zaproponował Odwołujący byłaby dopuszczalna na dalszym etapie. W rezultacie Zamawiający zasadnie odrzucił z tej podstawy faktycznej ofertę Odwołującego.

Odnosnie pasów technologicznych, zarzuty podlegają oddaleniu. Zgodnie z rozdziałem 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2.09.2014 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz programu funkcjonalno - użytkowego (tj. z 2013 r., poz. 1129) w § 18 stwierdza się, że Część opisowa PFU obejmuje m.in. opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia (ust. 1 pkt 2). Zaś, zgodnie z ust. 4 opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia obejmuje warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadających zawartości specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, o których mowa w rozdziale 3. W konsekwencji stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie (str. 12), że dołączając Warunki Wykonania i Odbioru Robót (tj. D.05.03.03) „Nawierzchnia z płyt żelbetonowych” wskazał w pkt 5.1 - uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia – w zakresie rodzaju nawierzchni pasów technologicznych, a w pkt 1.4.1.1. PFU w jaki sposób ma być wykonana „utwardzona na całej powierzchni” - jest uzasadnione. Niewątpliwie biorąc pod uwagę powszechnie obowiązujące przepisy przywołane powyżej. WWiORB miały charakter uzupełniający w stosunku do PFU.

Należy przy tym zauważyć, że tak też wynika z pkt 2.4.1 PFU (str. 168 – 169): „2.4.1. Przeznaczenie i ogólne zasady zastosowania Warunków Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (WWiORB) stanowiące część niniejszego PFU, określają wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru Robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tekst jednolity Dz. U. 2013, poz. 1129, z późn. zm.);

Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych/OST uzupełniają opis przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań technicznych a zawarte w nich wymagania w zakresie materiałów i ich jakości, sprzętu, środków transportowych, warunków wykonania Robót, badań i kontroli jakości należy traktować jako minimalne w stosunku do wymagań jakie będą

zawarte w opracowywanych przez Wykonawcę Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB)/ ST."

W ocenie, Izby, odpowiedzi na pytanie 503 nie zmieniała tego stanu rzeczy: „Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie utwardzenia pasów technologicznych jedynie w śladzie kół pojazdu?” Odpowiedź: „Zamawiający informuje, że pasy technologiczne należy wykonać zgodnie z pkt 1.4.1.3.1 PFU” i nie odnosiła się do kwestii nawierzchni, ale sposobu wykonania, stąd przywołanie pkt 1.4.1.1. PFU.

Przywołanie dodatkowo przez Zamawiającego oraz Przystępującego odpowiedzi na pytanie 97 („Jakie wymagania należy przyjąć kiedy WWiORB jest sprzeczny z PFU?” - „Zgodnie z Subklauzulą 1.5 Szczególnych Warunków Kontraktu dokumenty tworzące Kontrakt należy traktować jako wzajemnie się uzupełniające. Kontrakt tworzą dokumenty, które do celów interpretacji będą miały pierwszeństwo zgodnie z kolejnością określoną w Akcie Umowy. Jeżeli w dokumentach znajdzie się jakaś sprzeczność lub rozbieżność, to Inżynier jest zobowiązany wydać na piśmie wyjaśnienie lub polecenie, zachowując zasadę, że w przypadku sprzeczności postanowień pomiędzy poszczególnymi dokumentami, pierwszeństwo mają postanowienia podane w dokumencie umiejscowionym w podanej kolejności na wyższym miejscu. W przypadku rozbieżności w wymaganiach pomiędzy PFU a WWiORB należy jako minimalne stosować wyższe parametry.”) oraz na Subklauzule 1. 5 Szczegółowych Warunków Zamówienia jedynie wtórnie potwierdzają te okoliczności odnosząc się do etapu realizacji. Przy czym, wzajemnie uzupełniający charakter PFU oraz WWiORB wynikał, tak z przywołanego na wstępie rozporządzenia, jak i pkt 2.4.1 PFU (w którym także nota bene to rozporządzenie przywołano). W rezultacie Zamawiający zasadnie odrzucił z tej podstawy faktycznej ofertę Odwołującego.

Izba podnosi, że generalnie, ewentualna akceptacja działań Odwołującego wiązałaby się z nieporównywalnością ofert, kwestia optymalizacji była bowiem przewidziana na dalszym etapie postępowania (potwierdza to także odpowiedź na pytanie 205); w uzgodnieniu z Inżynierem Kontraktu, po uzyskaniu nowego uzgodnienia z RDOŚ i nowych badań. Kontynuując, Izba stoi na stanowisko, że Zamawiający przyjął taką formułę postępowania, że na etapie składania ofert wszyscy wykonawcy mieli wycenić ten sam zakres, zaś dopiero na etapie realizacji istniały możliwości optymalizacji kosztowej i organizacyjnej robót, o ile zmiany proponowane przez wykonawcę zostałyby zaakceptowane przez organ (RDOŚ) oraz Inżyniera Kontraktu i samego Zamawiającego.

W konsekwencji, mamy przywołane powyżej szczegółowo niezgodności z SIWZ (choćby w kontekście estakady) powodujące de facto, że zaoferowana przez Odwołującego cena nosi znamiona rażąco niskiej. Do tego, dopiero na etapie rozprawy Odwołujący

sprecyzował swoje wyjaśnienia pokazując, skąd wzięły się różnice w jego zaoferowanej cenie. Przy czym, Izba nie tyle uznaje wprost cenę rażąco niską u Odwołującego, ale brak wystarczających wyjaśnień w tym zakresie, które dopiero w konsekwencji potwierdziły, że Odwołujący wycenił inne (mniej kosztowne rozwiązanie), tj. nie to które powinien przyjąć na etapie składania ofert i które winien wycenić. Nadto, Izba w tym kontekście podnosi, że złożone na rozprawie załączniki do pisma przygotowawczego Odwołującego (wyczenia i rysunki) zawierają nowe informacje, które powinny zostać przedstawione na etapie wyjaśnień, zaś opinie prywatną Izba odczytuje jedynie jako stanowisko strony w sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W pierwszej kolejności, Izba podnosi, że pkt 8.10. Tomu I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) – *„Dla działów I i II Wykazu Płatności Zamawiający przewiduje określone w tym formularzu limity. W przypadku, gdy którykolwiek z wymienionych limitów zostanie przekroczony w ofercie Wykonawcy, Zamawiający odrzuci taką ofertę”* – nie był wskazany jako podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Podstawą była, jak stwierdził w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z 05.09.2017 r. - modyfikacja składników kosztów, które powinny zostać ujęte albo w Wymaganiach ogólnych, a zostały ujęte w Dokumentach Wykonawcy, albo w Dokumentach Wykonawcy a zostały ujęte w Wymaganiach ogólnych, co jest niezgodne z SIWZ (Tom IV SIWZ).

W zakresie kwestii szczegółowej, tj. ujęcia kosztów polis ubezpieczeniowych, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zabezpieczenia zwrotów zaliczki oraz kosztów finansowania - nie w poz. I - Wymagania ogólne formularz Wykaz płatności, ale w poz. II - Dokumenty Wykonawcy. Nie było nakazu uwzględnienia kosztów związanych z dokumentami w kosztach ogólnych. Dokumenty będące przedmiotem sporu nie były wydzielone w wykazie płatności [W konsekwencji Odwołujący nie mógł naruszyć postanowienia z Tomu IV – Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty - pkt e) Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Wykazu Płatności, ani z pkt a) – który dotyczy elementów wyszczególnionych w Wykazie Płatności].

Brak jest w SIWZ definicji kosztów ogólnych, a definicja kosztów związanych z dokumentami Wykonawców miała charakter otwarty, a co najmniej niejednoznaczny. W tym zakresie Izba przywołuje za Odwołującym pkt 1.1.6.1. Szczegółowych Warunków Kontraktu gdzie wskazano, że: *„Tam gdzie Warunki Kontraktu odnoszą się do „Dokumentów Wykonawcy” należy czytać jako „Dokumentacja Projektowa i inne Dokumenty Wykonawcy”. W skład Dokumentacji Projektowej i innych Dokumentów Wykonawcy wchodzi w szczególności: Projekt budowlany oraz specyfikacje techniczne, projekty wykonawcze*

o stopniu szczegółowości niezbędnym do prawidłowego wykonania Robót i umożliwiające prawidłową ich weryfikację, przegląd, sprawdzenie lub zatwierdzenie przez Inżyniera w tym obliczenia, rysunki, podręczniki, modele, dokumenty o charakterze technicznym i prawnym wymienione w Programie Funkcjonalno-Użytkowym oraz inne dokumenty niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia, dostarczane przez Wykonawcę według Kontraktu, jak to opisano w Subklauzuli 5.1 [Ogólne zobowiązania projektowe] i Subklauzuli 5.2 [Dokumenty Wykonawcy].". Z kolei za Zamawiającym Izba przytacza Subklauzulę 5.2 Warunków Kontraktu: „Na Dokumenty Wykonawcy będą składały się: dokumenty techniczne wyszczególnione z Wymaganiach Zamawiającego, dokumenty pozwalające uzyskać wszystkie wymagane przepisami zatwierdzenia oraz dokumenty opisane w Subklauzuli 5.6 [Dokumentacja Powykonawcza] / w Subklauzuli 5.7 [Instrukcje obsługi i konserwacji]". Nadto za Warunkami Szczególnymi Kontraktu – Klauzula 1 Postanowienia ogólne – „W razie jakiegokolwiek rozbieżności pomiędzy odpowiadającymi sobie Subklauzulami Warunków Ogólnych Kontraktu i Warunków Szczególnych Kontraktu, będą obowiązywać postanowienia zawarte w Warunkach Szczególnych Kontraktu.”.

Nadto, skoro Zamawiający uznał, że pozycje niewycenione znajdują się w innej pozycji [Tom IV – Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty – pkt f) dla zapewnienia porównywalności ofert przyjęto, że będą uważane za zawarte w innych pozycjach Wykazu Płatności, kwoty (wartości):

- i. elementów (pozycji) Wykazu Płatności wycenionych przez Wykonawcę na kwotę „zero” (liczbą „0” lub „0,00”), lub oznaczone, np. znakiem „x” lub innym, oraz*
- ii. Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług nie wymienionych w Wykazie Płatności, lecz wymaganych zgodnie z Kontraktem, których wykonanie jest niezbędne dla osiągnięcia rezultatów rzeczowych określonych w Programie funkcjonalno-użytkowym wraz z załącznikami], to tym bardziej przeniesienie między pozycjami było dopuszczalne (wykładnia ad maiori ad minus) (brak wyraźnego zakazu), tym bardziej, że cena ma charakter ryczałtowy (Tom IV – Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty – przedostatni akapit - Suma wszystkich kwot (wartości) elementów zryczałtowanych, wycenionych przez Wykonawcę w Wykazie Płatności, będzie stanowić Cena Oferty netto. Cena Oferty netto powiększona o podatek VAT będzie stanowiła Cenę Oferty brutto.).*

Ostatecznie w zakresie składników które powinny zostać ujęte w Wymaganiach ogólnych, a zostały ujęte w Dokumentach Wykonawców, Izba uznała zasadność argumentacji Odwołującego, uznając, że niejednoznaczne postanowienia SIWZ (pkt 1.1.6.1. Szczegółowych Warunków Kontraktu, Subklauzula 5.2 Warunków Kontraktu) nie mogą być interpretowane na niekorzyść Odwołującego, przy czym sytuacja w zakresie dokumentacji

powykonawczej i instrukcji jest inna bo Zamawiający zawarł wprost postanowienie SIWZ w tym zakresie, o czym poniżej. Przy czym, zasadność rozpatrywanego zarzutu Odwołującego, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, nie skutkuje to uwzględnieniem odwołania.

Odnośnie, dokumentacji powykonawczej, Izba uznała argumentację Zamawiającego po skonfrontowaniu argumentacji Odwołującego z wyjaśnieniami z 01.08.2017 r. udzielonymi na wezwanie Zamawiającego w kontekście opisu poz. II.2, gdzie wprosi statuuje się obowiązek wycenienia kosztów dokumentacji powykonawczej i instrukcji. W ocenie Izby w swoich wyjaśnieniach de facto Odwołujący odnosił się do innej wersji formularza Wykaz płatności, twierdził bowiem, że dokumentacja powykonawcza nie jest zawarta ani w opisie poz. II.1 ani w poz. II.2. Tak stan rzeczy miał miejsce na stan 16.03.2017 r. wersja ostateczna formularza z 23.05.2017 r. (zmiana SIWZ nr 7 przy okazji odpowiedzi na pytanie 607) obejmowała już dokumentację powykonawczą w opisie poz. II.2 Wykazu płatności. Nadto, także w kontekście tabeli 2.2 PFU kolumna „Wymagania” (str.161-166), Izba przywołuje okoliczność wskazania wprost w opisie wykazu płatności danych SP (Specyfikacji Projektowych) /SP.10.30.00/, co skutkuje brakiem możliwości uznania argumentacji Odwołującego. Względem obaw Przystępującego, ale i Zamawiającego, że uznanie działania Odwołującego i przeniesienie kosztów związanych z Dokumentacją powykonawczą oraz Instrukcją eksploatacji i utrzymania, do kosztów ogólnych mogłoby skutkować, że taki dokument nie zostałby wykonany, są one nieuzasadnione, gdyż wynagrodzenie ryczałtowe jest wynagrodzeniem za cały przedmiot zamówienia. Nawet jeśli Odwołujący otrzymałby wynagrodzenie z kosztów ogólnych, to i tak byłby zobligowany do wykonania niniejszych dokumentów. Zamawiający miałby podstawy do ich wyegzekwowania z tego tytułu.

Przy czym, generalnie z uwagi na wcześniejszą argumentację, Zamawiający zasadnie odrzucił z tej podstawy faktycznej ofertę Odwołującego.

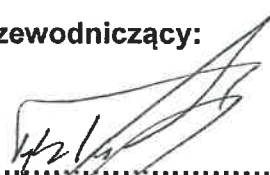
W ostatnim przypadku, Izba podnosi, że Zamawiający nie wskazał w piśmie z 05.09.2017 r. postanowień SIWZ z którymi zakwestionowana odpowiedź (w kontekście sprzeczności odpowiedzi na pytanie B.6 /pismo z 14.07.2017 r. oraz z 28.07.2017 r./ z odpowiedzią na pytanie A3) byłaby niezgodna, uczynił to dopiero na rozprawie (Subklauzla 4.2 Ogólnych Warunków Kontraktu), z tej przyczyny zarzut Odwołującego jest uzasadniony, jednakże z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, nie skutkuje to uwzględnieniem odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

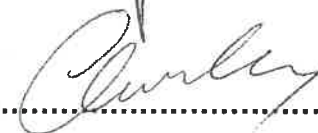
W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:


.....

Członkowie:


.....
.....

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej


Magdalena Grabarczyk