

Sygn. akt: KIO 1849/15
KIO 1850/15

WYROK

z dnia 10 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 sierpnia 2015 r. przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Mosty Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (sygn. akt: KIO 1849/15),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, MPRB sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt: KIO 1850/15),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – INGENIEURBURO DIPL. ING. H. VOSSING GMBH z siedzibą w Dusseldorfie, VOESSING POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1849/15 po stronie Zamawiającego,
2. wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o. z siedzibą w Gdańsku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1850/15 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołujących – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Mosty Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, MPRB sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 30.000,00 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1849/15

KIO 1850/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowania o udzielenie zamówień publicznych na wykonanie dokumentacji projektowej w stadium koncepcji programowej dla przedsięwzięcia pn. „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku Moczydło (granica z woj. Świętokrzyskim) – Szczepanowice – Widoma – Zastów – Kraków (do węzła „Igołomska”) – odcinek II: węzeł „Szczepanowice” (wraz z węzłem) – węzeł Widoma (wraz z węzłem) długość ok. 14,0 km” (znak sprawy: O.KR.D-3.2413.9.2015), zwane dalej: „Postępowaniem na odc. II” oraz na wykonanie dokumentacji projektowej w stadium koncepcji programowej dla przedsięwzięcia pn. „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku Moczydło (granica z woj. Świętokrzyskim) – Szczepanowice – Widoma – Zastów – Kraków (do węzła „Igołomska”) – odcinek III: węzeł „Widoma” (bez węzła) – Kraków (z włączeniem do węzła „Igołomska”) – długość ok. 18,3 km” (znak sprawy: O.KR.D-3.2413.8.2015), zwane dalej „Postępowaniem na odc. III”, zwane dalej łącznie „Postępowaniami”. Wartość zamówień przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odpowiednio w dniu 2 maja 2015 r. pod numerem 2015/S 085-152618 i 25 kwietnia 2015 r. pod numerem 2015/S 081-143844.

Pismami z dnia 13 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniach o wyborze najkorzystniejszych ofert. W Postępowaniu na odc. II wybrana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – INGENIEURBURO DIPL.ING. H. VOSSING GMBH z siedzibą w Dusseldorfie, VOESSING POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Konsorcjum Voessing”), natomiast w Postępowaniu na odc. III – oferta wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Wykonawca TG”). Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Mosty Katowice sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach złożonej w Postępowaniu na odc. II i oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – MP MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, MPRB sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie złożonej w Postępowaniu na odc. III.

W dniu 24 sierpnia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęły odwołania ww. wykonawców (dalej: „Odwołujący”), w których zaskarżono wskazane powyżej czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez błędne przyjęcie, że oferty Odwołujących nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) i zawierają cenę rażąco niską, w sytuacji gdy Odwołujący, składając wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, potwierdzili, że ceny ofertowe nie są rażąco niskie i obejmują wykonanie całego przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ,
2. art. 90 Pzp przez zaniechanie dalej idących wyjaśnień ceny w razie powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości wobec złożonych przez Odwołujących wyjaśnień.

Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru ofert Odwołujących.

Odwołujący podali, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp ich interes w uzyskaniu zamówień może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołujących możliwości realizacji zamówień w sytuacji, gdy Odwołujący złożyli oferty sporządzone w sposób prawidłowy i które stanowią dla Zamawiającego oferty najkorzystniejsze w znaczeniu określonym przez Pzp oraz Zamawiającego, w szczególności są ofertami z cenami rynkowymi i ich treść odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniach odwołań wskazano, że w Postępowaniu na odc. II Zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę Konsorcjum Voessing z ceną 1.875.000,00 zł brutto. Z kolei w Postępowaniu na odc. III wybrano ofertę Wykonawcy TG z ceną 3.043.020,00 zł brutto. Oferty Odwołujących, będące ofertami z najniższymi cenami spośród złożonych ofert, tj. z ceną odpowiednio: 1.562.100,00 zł brutto i 2.376.360,00 zł brutto, zostały odrzucone. W uzasadnieniu tych czynności Zamawiający stwierdził, że: „[...]Oferta Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na podstawie art. 90 ust. 3, ponieważ złożone wyjaśnienia potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W związku z podejrzeniem, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień. Wykonawca został także wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1. Wyjaśnienia wskazały na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie przyjęcia nieprawidłowego rozstawu wierceń, co wpłynęło na niedoszacowanie zamówienia i zbyt niską cenę oferty.[...]”.

Z taką decyzją Zamawiającego nie sposób, zdaniem Odwołujących, się zgodzić.

Zgodnie z pkt II.1.5 ogłoszeń o zamówieniach oraz 5.1. Tomu I SIWZ – Instrukcja dla Wykonawców (dalej: „IDW”) przedmiot każdego z zamówień obejmuje w szczególności wykonanie:

1. Mapy sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowania dróg,
2. Analizy i prognozy ruchu,
3. Opracowań geologiczno-inżynierskich, hydrogeologicznych i geotechnicznych,
4. Koncepcji organizacji ruchu i materiałów do Audytu BRD,
5. Wielobranżowej Koncepcji Programowej.

Ponadto zamówienia obejmują wprowadzenie do Dokumentacji Projektowej: poprawek, korekt, zmian, uzupełnień, wynikających z ewentualnych uwag lub zaleceń protokołów z posiedzeń Zespołu Oceny Przedsięwzięć Inwestycyjnych (ZOPI) i Komisji Oceny Przedsięwzięć Inwestycyjnych (KOPI) oraz wytycznych Zamawiającego zawartych w SIWZ.

Na opracowania geologiczno-inżynierskie, hydrogeologiczne i geotechniczne składają się, zgodnie z pkt IV.1 OPZ ST nr IV, następujące dokumenty:

1. Projekt robót geologicznych,
2. Dokumentacja geologiczno-inżynierska,
3. Dokumentacja hydrogeologiczna,
4. Geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych w zakresie dokumentacji badań podłoża gruntowego.

Wartość szacunkowa zamówienia w Postępowaniu na odc. II została ustalona na kwotę 2.669.942,65 zł, tj. 3.284.029,45 zł brutto. Taką też kwotę Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W Postępowaniu na odc. III kwota ta wynosi 3.974.744,06 zł, tj. 4.888.935,20 zł brutto.

W Postępowaniu na odc. II zostało złożonych 10 ofert:

1. Transprojekt Warszawa z ceną 2.575.620,00 zł brutto,
2. Konsorcjum Getinsa z ceną 3.567.000,00 zł brutto,
3. Transprojekt Gdański z ceną 1.988.049,00 zł brutto,
4. URS Polska z ceną 2.448.930,00 zł brutto,
5. DROSYSTEM z ceną 2.140.359,90 zł brutto,
6. Egis Polska Inżynieria z ceną 2.407.110,00 zł brutto,
7. Konsorcjum Schuessler-Plan Inżynierzy z ceną 2.622.052,50 zł brutto,
8. COMPLEX PROJEKT z ceną 1.784.853,00 zł brutto,
9. Odwołujący z ceną 1.562 100,00 zł brutto,

10. Konsorcjum Voessing z ceną 1 .875.000,00 zł brutto.

W Postępowaniu na odc. III złożono 9 ofert:

1. Wykonawca TG z ceną 3.043.020,00 zł brutto,
2. Konsorcjum Schuessler – Plan Inżynierzy z ceną 2.986.440,00 zł brutto,
3. Konsorcjum Getinsa z ceną 4.235.677,20 zł brutto,
4. URS Polska z ceną 3.506.348,70 zł brutto,
5. Egis Polska Inżynieria z ceną 3.429.240,00 zł brutto,
6. COMPLEX PROJEKT z ceną 2.971.188,00 zł brutto,
7. SWECO POLSKA z ceną 4.204.017,00 zł brutto,
8. Odwołujący z ceną 2.376.360,00 zł brutto,
9. Konsorcjum Voessing z ceną 3.647.688,00 zł brutto.

W dniu 3 lipca 2015 r. Zamawiający, działając w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Odwołujących o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość cen oraz wyjaśnień dotyczących treści ofert, w celu ustalenia, czy oferty Odwołujących zawierają rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferty uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Co istotne, porównał on ceny brutto ofert Odwołujących do kwot szacunkowych wartości zamówień, czyli kwot netto.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwania (pisma z dnia 14 lipca 2015 r.) złożyli obszernie wyjaśnienia, które potwierdzały, że zaoferowane przez nich ceny zawierają koszt wszystkich elementów określonych w SIWZ.

W dniu 24 lipca 2015 r. Zamawiający skierował do Odwołujących kolejne wezwania, wskazując, że złożone uprzednio wyjaśnienia nie rozwiały wszystkich wątpliwości co do możliwości realizacji zamówień za zaoferowane ceny oraz zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Odwołujący, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, udzielili kolejnych wyjaśnień, w których szczegółowo ustosunkowali się do konkretnych elementów mających budzić wątpliwości Zamawiającego (pisma Odwołujących z dnia 28 i 29 lipca 2015 r.).

W ocenie Zamawiającego, złożone przez Odwołujących wyjaśnienia ujawniły, że treść ich ofert nie odpowiada treści SIWZ, a jednocześnie potwierdziły, że oferty te zawierają rażąco niskie ceny, z czym, zdaniem Odwołujących, nie sposób się zgodzić.

W dalszej części uzasadnień odwołań, objętych przez Odwołujących tajemnicą przedsiębiorstwa, zawarta została argumentacja mająca potwierdzać zasadność ich stanowisk.

Zamawiający w pisemnych odpowiedziach na odwołania wniósł o ich oddalenie w oparciu o następującą argumentację.

Zarzuty Odwołujących dotyczące braku podania przez Zamawiającego rozstawu wierceń są niezasadne i nie znajdują poparcia w udostępnionych materiałach. Zamawiający stwierdził, że Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) opracowany został w oparciu o specyfikacje wzorcowe zamieszczone na stronie GDDKiA w części internetowego serwisu (Serwis GDDKiA – Wzorcowe Dokumenty Kontraktowe (WDK) dla systemów „Projektuj i buduj” i „Utrzymaj standard”). Dokumenty te (w tym specyfikacja dotycząca wykonywania badań geologicznych i geotechnicznych) zostały udostępnione ogólnie celom stałego i nieograniczonego zgłaszania propozycji zmian przez wszystkich uczestników rynku budowlanego. Jak wskazano na stronie internetowej dokumenty te są analizowane (do końca kwietnia każdego roku) a do końca maja, dokumenty te (m.in. specyfikacje techniczne – dalej: „ST”) ulegają stosownym modyfikacjom wynikającym z wniesionych uwag. Mając na względzie, że do specyfikacji dotyczącej badań geologicznych nie wniesiono poprawek dotyczących m.in. rozstawu wierceń uznano, iż występujące w niej ogólne zasady odwołujące do „Instrukcji badań podłoża gruntowego budowli drogowych i mostowych” są wystarczające i zrozumiałe dla środowiska branżowego.

Ponadto, mając na względzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia za pozycje dotyczące wykonania jednego egzemplarza opracowania geologiczno-inżynierskiego, hydrogeologicznego i geotechnicznego obejmującego m.in. odwierty Zamawiający nie określił szczegółowych ilości wierceń, które wykonawca powinien obliczyć sam na podstawie przekazanych i wskazanych ST materiałów. Takie podejście, tj. nieokreślanie przedmiarów/ilości robót terenowych (wierceń) znajduje *per analogiam* uzasadnienie w przepisach Rozporządzenia 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 (Dz.U.2013.1129 j.t.) Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że podanie zakładanych ilości i szczegółów dotyczących robót przy rozliczeniu ryczałtowym przez Zamawiającego często skutkuje roszczeniami wykonawcy na etapie wykonywania zamówienia.

Zamawiający stwierdził również, że nie można podzielić poglądu Odwołujących, jakoby w innych postępowaniach dotyczących zamówień publicznych na wykonanie tego typu usług (tj. wykonania koncepcji programowych) wprost podaje ile wierceń ma wykonać wykonawca przy tego rodzaju zamówieniu, na dowód czego powołał się na SIWZ z postępowania pn.: „Wykonanie koncepcji programowych budowy drogi S-61 od S-8 (Ostrów Mazowiecki) – Łomża – Stawiski – Szczuczyn – Ełk – Raczki – Suwałki – Budzisko (gr. państwa) ode. od m. Szczuczyn do m. Raczki w podziale na zadania: zad. 1. M. Szczuczyn

– w. Etk Południe – dł. około 23,0 km, zad. 2. w. Etk Południe – w. Wysokie – dł. około 21,0 km (wraz z wyplotem w ciągu dk 16 dł. 3,6 km), zad. 3. w. Wysokie – m. Raczki, dł. około 19,0 km, według wariantu wybranego do realizacji w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach”.

SIWZ na którą powołują się Odwołujący została opracowana w oparciu o specyfikacje wzorcowe, o których mowa na wstępie. Jediną różnicą tej specyfikacji od tych dostępnych na stronie internetowej jest przytoczenie w punkcie 3.3.1 zapisu „Instrukcji Badań Podłoża Gruntowego Budowli Drogowych i Mostowych” w zakresie rozmieszczenia wyrobisk badawczych bez określenia ilości wierceń oraz wskazania występujących warunków gruntowych (stopnia złożoności podłoża). Natomiast w specyfikacji wzorcowej użytej w Postępowaniach Zamawiający wskazuje odniesienie do konkretnych punktów instrukcji.

Tym samym nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołujących, jakoby „[...]Zamawiający w innych postępowaniach wprost podaje, ile wierceń ma wykonać wykonawca przy tego rodzaju zamówieniu.[...]”. Z powyższego zapisu wskazanej ST, wbrew zapewnieniu Odwołujących, nie wynika ilość wierceń.

Zamawiający przywołał postanowienie pkt 3.2 ST IV OPZ (str. 70), zgodnie z którym przy szczegółowym ustalaniu metod i zakresów pomiarów i badań należy kierować się ustaleniami punktu 3.3.2 i punktu 3.4. „Instrukcji badań podłoża gruntowego budowli drogowych i mostowych. Część I i II” (GDDP, Warszawa 1998), zwanej dalej „IBP” i wskazanym w pkt 3.3.2.2. i 3.4.2.1. rozmieszczeniem wyrobisk.

Mając na uwadze powyższe celem określenia rozstawu wierceń (m.in. do sporządzenia oferty) projektujący winien znać klasę drogi oraz stopień złożoności budowy podłoża. Informacje te zostały podane w SIWZ – klasa drogi została wskazana m. in. w tytule zamówienia, w OPZ (np. str. 6) oraz załączonych materiałach wyjściowych, natomiast stopień złożoności podłoża budowlanego (warunki gruntowe) zostały określony przez odesłanie do materiałów wyjściowych, tj. w pkt 3.1. ST IV OPZ (str. 69), w którym stwierdzono, że wykonawca przyjmuje założenia występowania warunków gruntowych przedstawione w materiałach wyjściowych.

Zamawiający dodał, że w wytycznych i podstawowych założeniach do OPZ zawarł zalecenie, aby oferta została sporządzona na podstawie materiałów wyjściowych do projektowania oraz SIWZ (w tym OPZ), a nadto, że wykonawca powinien rozpoznać stopień skomplikowania planowanej inwestycji i rzetelnie sporządzić ofertę. Złe rozpoznanie skomplikowania inwestycji i zbyt mały stopień złożoności sporządzanej oferty nie może być przedmiotem jakichkolwiek roszczeń bądź negocjacji po złożeniu oferty.

Mając określone powyżej założenia, wykonawca winien zapoznać się z opracowanymi przez doświadczonych ekspertów (geologów i projektantów) materiałami wyjściowymi,

tj. „Opinią Geotechniczną” (dalej: „OG”) i „Studium geologiczno-inżynierskim” (dalej: „SGI”). Wskazano w nich jednoznacznie, że na całym odcinku występują skomplikowane warunki podłoża gruntowego/skomplikowany stopień złożoności podłoża gruntowego.

Dodatkowo, z OG jednoznacznie wynika, że na terenie objętym zamówieniem występują warunki niekorzystne (m. in. tabela str. 53 do 79, kolumna „wnioski i zalecenia”, pkt 7, str. 81 „zalecenia dotyczące wykonawstwa robót ziemnych”).

Mając tak szczegółowo określony w materiałach wyjściowych stopień złożoności podłoża gruntowego (warunki gruntowe) wykonawca, zgodnie z pkt. 3.3.2.2 IBP, tabela 3.1, powinien był przyjąć do wyceny: rozstaw wyrobisk wzdłuż osi drogi ≤ 50 m, rozstaw wyrobisk w kierunku poprzecznym do osi drogi ≤ 20 m i liczba wyrobisk w kierunku poprzecznym do osi drogi ≥ 3 .

Ustosunkowując się do zarzutów odnoszących się do określeń zawartych w IBP Zamawiający stwierdził, że Odwołujący cytują wyrwane z kontekstu fragmenty OPZ, zaś zgodnie z wielokrotnymi wskazaniami Zamawiającego powinni byli traktować dokumentację przetargową całościowo. Takie podejście powoduje, że w niewłaściwy sposób interpretują oni treść tego dokumentu.

IBP zawiera wymagania i wytyczne dotyczące badań geologiczno-inżynierskich i geotechnicznych podłoża pod drogi, obiekty mostowe i towarzyszące oraz informacje dotyczące metod badań i interpretacji ich wyników. Rzeczywiście w części dotyczącej rozmieszczenia wyrobisk użyto słowa „zalecenia”, niemniej jednak, biorąc pod uwagę Zarządzenie nr 2 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 11 lutego 1998 r. w sprawie Wprowadzenia IBP drogowych i mostowych (dalej: „Zarządzenie”), które to wprowadza nakaz (nie zalecenie) jej stosowania przy projektowaniu, programowaniu i wykonywaniu badań podłoża dla potrzeb budownictwa drogowego, znaczenie słowa „zalecenie” uległo diametralnej zmianie i stanowi wytyczną.

W ocenie Zamawiającego twierdzenia Odwołujących, że materiały wyjściowe w świetle SIWZ były traktowane jako materiały pomocnicze są nieuprawnione, ponieważ wniosek ten nie jest poparty postanowieniami SIWZ. Materiały te stanowią załączniki do OPZ zgodnie z pkt C spisu zawartości, zaś Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że materiały wyjściowe stanowią integralny element dokumentacji przetargowej (patrz komentarz pod spisem zawartości, str. 3 OPZ, a nadto powołane wcześniej wytyczne do OPZ).

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący pomijają okoliczność, że OG została opracowana nie tylko na podstawie 5 otworów geotechnicznych wykonanych przez autora opracowania, ale również w oparciu o interpretację około 660 otworów archiwalnych wykonanych dla potrzeb studium geologiczno-inżynierskiego przez wcześniejszego

wykonawcę tego studium (pkt 4, str. 50 OG). Nadmienić należy, iż 5 otworów geotechnicznych, na które szczególną uwagę zwrócili Odwołujący zostało wykonane dla potrzeb aktualizacji SGI i OG. Wykaz wcześniejszych otworów (około 660) znajduje się w załączniku numer 4 do OG. Udowadnia to po raz kolejny, że Odwołujący wrywkowo i niestarannie analizowali dokumentację przetargową, przez co przyjął błędne założenia w swoich ofertach.

W odpowiedzi na kwestionowaną przez Odwołujących jakość dokumentacji przetargowej Zamawiający podkreślił, że zdają sobie oni sprawę z tego, że dokumentacje opracowywane na potrzeby posiedzenia KOPI, w tym SGI i OG, przed ich akceptacją i ogłoszeniem prac nad koncepcją programową podlegają szczegółowej analizie i weryfikacji przez ekspertów różnych dziedzin specjalizacji budowlanej, drogowej i mostowej oraz geologów. W konsekwencji podważanie ustaleń ekspertów w oparciu o jedną wizję terenową wykonaną przez Odwołujących jest niewłaściwe. Analiza materiałów archiwalnych, w tym pominiętych przez Odwołujących około 660 otworów geologicznych oraz załączonych do SGI map tematycznych geologicznych, jednoznacznie wskazuje, iż na przedmiotowym terenie dominują grunty lessopodobne, pylaste, zaliczane do gruntów ekspansywnych i zapadowych. Występowanie tego typu gruntów, zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalenia geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych (Dz.U. 2012.463), jednoznacznie wskazuje, iż mamy do czynienia z warunkami skomplikowanymi. Zamawiający świadom, iż rozpoznanie wykonane na etapie STEŚ przedstawione w SGI i OG zawiera ogólny model warunków geologicznych oraz wstępne ustalenie warunków geotechnicznych, zakłada możliwość dokonania zmian w tych opracowaniach po wykonaniu szczegółowego rozpoznania warunków geologicznych, tj. zatwierdzenia dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, będącej m.in. przedmiotem Postępowań. Z uwagi na wiele niejasności co do warunków gruntowych na obecnym etapie prac projektowych, Zamawiający mając na względzie bezpieczeństwo wykonania i późniejszego użytkowania obiektów drogowych, w nawiązaniu do opracowanych materiałów wyjściowych, wymaga wykonania najbardziej szczegółowego z możliwych do opracowania zakresu badań warunków gruntowych (geologicznych i geotechnicznych) (zgodnie z pkt 3.2 ST IV OPZ, str. 74). Niezrozumiałym jest, dlaczego biuro projektowe dla którego priorytetem winno być bezpieczeństwo i stabilność projektowanych obiektów, które w głównej mierze zależy od jakości i dokładności rozpoznania podłoża (geologii), kwestionuje oczekiwany przez Zamawiającego zakres badań, wskazując iż jest zbyt szczegółowy.

Zamawiający stwierdził następnie, że nie podważa jakości metody badań warunków gruntowych zaproponowanej przez Odwołujących (wręcz zaleca jej wykorzystanie w obszarach występowania określonych zjawisk), niemniej jednak nie może ona stanowić

uzasadnienia dla przyjęcia zwiększonego rozstawu wierceń, ponieważ zgodnie z wymaganiami Zamawiającego dopiero odwierty we właściwych odstępach, przy jednoczesnym zastosowaniu wspomnianej metody, dadzą pełny obraz terenu, na którym realizowana ma być inwestycja. Przyjęcie odmiennego zapatrywania byłoby niezgodne z wytycznymi IBP i powodowałoby niemożność porównania złożonych ofert.

W części niejawniej odpowiedzi na odwołania Zamawiający przedstawił argumentację uzasadniającą odrzucenie ofert Odwołujących z uwagi na rażąco niską cenę.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosili: Konsorcjum Voessing (sygn. akt: KIO 1849/15) i Wykonawca TG (sygn. akt: KIO 1850/15). Wykonawcy zgłaszający przystąpienia wnieśli o oddalenie odwołań.

W piśmie procesowym z dnia 7 września 2015 r. Wykonawca TG zwrócił uwagę na konieczność przyjęcia rozstawu wyrobisk zgodnie IBP wprowadzoną do stosowania na mocy Zarządzenia, które ma charakter bezwzględnie obowiązujący.

Na rozprawie strony podtrzymały streszczoną powyżej argumentację.

Odwołujący wnieśli o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. materiałów poglądowych obejmujących zestawienie przykładowych wyników badań przy zastosowaniu metody badań podłoża przyjętej przez Odwołujących z wynikami badań metodą wymaganą przez Zamawiającego – na okoliczność lepszych efektów, jakie przy realizacji zamówień można osiągnąć uwzględniając koncepcję Odwołujących,
2. wyciągu z prezentacji pt.: „Badania geologiczno-inżynierskie terenów zagrożonych i objętych ruchami masowymi ziemi” przygotowanej przez pracowników naukowych Państwowego Instytutu Geologicznego – Państwowego Instytutu Badawczego – na okoliczność potencjalnych skutków złego rozpoznania warunków gruntowych,
3. wyciągu z SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie koncepcji programowych budowy drogi S-61 od S-8 (Ostrów Mazowiecki) – Łomża – Stawiski – Szczuczyn – Ełk – Raczki – Suwałki – Budzisko (gr. państwa) ode. od m. Szczuczyn do m. Raczki w podziale na zadania: zad. 1. M. Szczuczyn – w.Ełk Południe – dł. około 23,0 km, zad. 2. w. Ełk Południe – w. Wysokie – dł. około 21,0 km (wraz z wyplotem w ciągu dk 16 dł. 3,6 km), zad. 3. w. Wysokie – m. Raczki, dł. około 19,0 km, według wariantu wybranego do realizacji w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach” prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie – na okoliczność precyzowania przez innych zamawiających wymagań dotyczących rozstawu wyrobisk,

4. wyciągu z SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie koncepcji projektowej dla *Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 188 w m. Krajenka do skrzyżowania z drogą krajową nr 10 wraz z uzyskaniem decyzji środowiskowej*” prowadzonym przez Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu – na okoliczność jw.,
5. dokumentu stanowiącego założenia do wyceny sporządzonej przez podwykonawcę Odwołujących – na okoliczność prawidłowości kalkulacji cen w ofertach Odwołujących.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez wykonawców zgłaszających przystąpienia przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Skład orzekający stwierdził, że przytoczona powyżej treść pism procesowych w sposób kompleksowy oddaje stan faktyczny.

W powyższych okolicznościach Izba nie doszukała się podstaw uwzględnienia zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na rzekomo nieuzasadnione odrzucenie ofert Odwołujących z powodu ich sprzeczności z postanowieniami SIWZ.

W kontekście treści uzasadnienia odrzucenia ofert Odwołujących rozważenia wymagały dwie kwestie – po pierwsze – czy Zamawiający definitywnie przesądził stopień skomplikowania warunków gruntowych oraz, po drugie – czy w związku z tym ujął w treści SIWZ postanowienia dotyczące rozstawu wyrobisk i czy miały one charakter bezwzględnie obowiązujący. Powyższe kwestie pozostają ze sobą w ścisłym związku, ponieważ – jak twierdził Zamawiający, a czemu Odwołujący nie przeczyli – stopień skomplikowania warunków gruntowych determinuje częstotliwość wykonywania odwiertów.

W odpowiedzi na pierwsze ze sformułowanych zagadnień Izba uznała, że postanowienia SIWZ prowadzą do wniosku o wiążącym ustaleniu stopnia skomplikowania warunków gruntowych. Świadczy o tym pkt 3.1 ST IV OPZ, w którym stwierdzono, że –

po pierwsze – obowiązkiem wykonawcy na etapie projektowania zakresu badań podłoża było założenie występowania warunków gruntowych wynikających z materiałów wyjściowych, po drugie zaś – że zmiana klasyfikacji warunków gruntowych możliwa będzie dopiero po sporządzeniu i zatwierdzeniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, której sporządzenie stanowić będzie jeden z etapów realizacji zamówień, nie zaś w następstwie ustaleń będących wynikiem wizji lokalnej poprzedzającej składanie ofert.

Powyższą konkluzję wspiera ponadto treść dokumentów stanowiących integralną część dokumentacji Postępowania, a zawierających wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia, tj. SGI i OG. W ocenie Izby z zawartego w pierwszym z dokumentów stwierdzenia, że „[...]na projektowanej trasie przebiegu drogi ekspresowej S-7 występują skomplikowane warunki gruntowe[...]” wynika że dla całej drogi przyjęto kategorię III zgodnie z nomenklaturą IBP. Zaznaczyć należy przy tym, że stanowisko Odwoływających, jakoby sformułowanie owo wskazywać miało, że warunki skomplikowane występują jedynie miejscami, skład orzekający uznał za nieprzekonywujące, ponieważ stoi ono w sprzeczności z wnioskami płynącymi z zawartej w treści SGI tabeli omawianej na rozprawie, w której warunki te zostały opisane kilometr po kilometrze.

Ponadto Izba stwierdziła, że argumentacja Odwoływających, koncentrująca się na kwestionowaniu rzetelności materiałów wyjściowych (SGI i OG) była spóźniona. Skoro bowiem dokumenty te stanowiły integralną część SIWZ (patrz pkt 3.1.11 i 3.1.12 ST 1 OPZ), to kwestie z nimi związane należało ewentualnie podnosić na wcześniejszym etapie Postępowania, czy to w drodze składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, czy też przez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Co więcej, stanowisko Odwoływających oparte było na błędnym utożsamianiu warunków geologicznych z warunkami gruntowymi, które to są pojęciami odrębnymi, definiowanymi za pomocą różnych skal. W związku z powyższym nie sposób przyjąć, że nawet bardzo dobre/dobre warunki geologiczne uzasadniać miałyby przyjęcie występowania na trasie planowanej inwestycji lepszych niż skomplikowane warunków gruntowych. Izba miała przy tym na względzie, że zgodnie z tabelą 3.1 IBP rozstaw wyrobisk określa się w 3-stopniowej skali trudności warunków gruntowych, a warunki geologiczne – w skali 4-stopniowej.

Odpowiadając na drugą z postawionych na wstępie kwestii należy mieć na uwadze, że obowiązkiem wykonawcy jest całościowa analiza postanowień SIWZ. Jeżeli w jej wyniku wykonawca dojdzie do wniosku, że jej treść dotknięta jest brakami, nieścisłościami, czy też może powodować wątpliwości interpretacyjne wykonawca powinien skorzystać z możliwości przewidzianej przepisem art. 38 ust. 1 Pzp i zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie postanowień SIWZ. W praktyce instytucja ta wykorzystywana jest również niejednokrotnie do proponowania zamawiającym odmiennego od przewidzianego postanowieniami SIWZ

sposobu realizacji zamówienia. Wykonawcy, których zamiarem jest odstąpienie od wymagań zamawiających korzystają z wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ w celu upewnienia się, czy ich oferty nie zostaną odrzucone z uwagi na niezgodność z SIWZ. W ocenie Izby uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który nie przejawiał w jego toku aktywności w tym zakresie pozbawia się możliwości posługiwania się argumentem, że treść SIWZ powinna być interpretowana na jego korzyść, zwłaszcza w sytuacji, gdy oferuje świadczenie odmienne od oczekiwanego przez zamawiającego.

Osią sporu dotyczącego rozstawu odwiertów była interpretacja postanowień IBP. Izba uznała, że jakkolwiek analiza pkt 3.3.2.2. IBP może prowadzić do wniosku, jakoby wskazane w tabeli 3.1 rozstawy odwiertów nie miały charakteru bezwzględnie obowiązującego, tym niemniej na gruncie Postępowania Zamawiający takie znaczenie im nadał. Na wniosek taki naprowadza przedstawiona powyżej argumentacja dotycząca braku możliwości samodzielnej zmiany klasyfikacji warunków gruntowych, czego Odwołujący dokonali przy użyciu metody, której wyższości nad wierceniami starali się dowieść w toku postępowania odwoławczego (nie przedstawiając *nota bene* wyników tych badań, mających uzasadniać zwiększenie rozstawu wyrobisk). W konsekwencji zawarte w pkt 3.3.2.2. IBP stwierdzenie o możliwości zastosowania większego rozstawu wyrobisk w warunkach korzystnych nie obowiązywało (nie można było bowiem zmienić ich klasyfikacji), a zalecany rozstaw wyrobisk stać musiał się rozstawem wymaganym. Co więcej, wbrew twierdzeniom Odwołujących, z treści Zarządzenia stanowiącego integralną część IBP, którego treść powinna być im znana, wynikało wprost, że ma ono charakter wytycznych, skoro zostało przyjęte do stosowania.

W konsekwencji dowody przedstawione przez Odwołujących na rozprawie (pkt 1 i 2 powyżej) nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania, ponieważ nie dotyczyły kwestii spornych. Ustaleniu podlegała zgodność sposobu realizacji zamówienia zaproponowanego przez Odwołujących z zawartymi w postanowieniach SIWZ oczekiwaniami Zamawiającego. Co zaś dotyczy wysokiej jakości metody zaproponowanej przez Odwołujących, na którą to zwracali uwagę w toku rozprawy (i której wykazaniu służyć miały wspomniane dowody), skład orzekający stwierdził, że okoliczności tej Zamawiający nie kwestionował.

Izba uznała, że także przedstawione przez Odwołujących wyciągi z SIWZ (dowody wymienione w pkt 3 i 4) były irrelewantne dla oceny zarzutu odwołania. Okoliczność w jaki sposób inni zamawiający formułują swoje oczekiwania odnośnie przedmiotu zamówienia nie może mieć bowiem znaczenia dla interpretacji SIWZ w Postępowaniach.

Niezależnie od powyższego skład orzekający stwierdził, że zarzucanie Zamawiającemu, jakoby w odpowiedzi na złożone przez innych uczestników Postępowania wnioski o wyjaśnienie postanowień SIWZ nie przesądził jednoznacznie kwestii rozstawu wierceń (jak to chociażby zrobiła GDDKiA Oddział w Olsztynie wskazując w powołanej przez Odwoływających SIWZ wprost na wymagane rozstawy) było chybione, ponieważ stało się to nie przez wskazanie wartości liczbowych, jak chcieli tego Odwoływający, a przez odesłanie do konkretnych postanowień IBP, z których dane te wynikały. Było to, w ocenie Izby, wystarczające do przyjęcia prawidłowych założeń odnośnie omawianego aspektu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający stwierdził, że oferty Odwoływających były niezgodne z SIWZ w zakresie przyjętych w nich ilości odwiertów, do czego *de facto* przyznali się Zamawiającemu składając pierwsze wyjaśnienia, w których wskazali na rozstaw wyrobisk właściwy warunkom złożonych, nie zaś skomplikowanym. Niezgodność ofert Odwoływających z SIWZ była wynikiem przyjęcia przez nich błędnego założenia o możliwości dokonania własnych ustaleń w zakresie warunków gruntowych, do czego – w świetle przytoczonej argumentacji – nie było podstaw. Okoliczności sprawy wskazują, że Odwoływający, przygotowując oferty, odstąpili od sposobu realizacji zamówienia oczekiwanego przez Zamawiającego, mimo iż mogli, a wręcz powinni w takiej sytuacji skorzystać z instytucji przewidzianej przepisem art. 38 ust. 1 Pzp i skonfrontować swoje zamierzenia z oczekiwaniami Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu nieuprawnionego odrzucenia ofert Odwoływających z uwagi na rażąco niskie ceny, stanowiącego konsekwencję przedstawionych powyżej ustaleń w kwestii rozstawu wyrobisk, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w *petitum* odwołania.

Zdaniem składu orzekającego Zamawiający prawidłowo ustalił, że w wyniku przyjęcia błędnego założenia co do minimalnej liczby wierceń oferty Odwoływających są niedoszacowane, a zatem – biorąc pod uwagę prawidłowe zakresy badań niezbędnych do wykonania – zawierały rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Składając wyjaśnienia Odwoływający potwierdzili niejako, że oferta ich podwykonawcy przewiduje wykonanie mniejszej niż wymagana liczby badań warunków gruntowych. Uwzględniając nawet, zgodnie z treścią dowodu wskazanego powyżej, w pkt 5, 10-15% rezerwę na wykonanie dodatkowych badań, podkreślić należy, że nie pokrywa ona całej różnicy pomiędzy wymaganą, a przewidzianą przez Odwoływających liczbą wierceń.

Z kolei twierdzenia, że w przypadku konieczności przekroczenia wspomnianej rezerwy zyski z realizacji tej części zamówień pokryją koszty dodatkowych badań nie zostało udowodnione. Odwoływający ograniczyli się do ogólnikowych twierdzeń o systematycznym

zmniejszaniu się ceny jednostkowej za jedno badanie w miarę zwiększania się liczby badań (tzw. efekt skali), jednak nie przedstawili wyników oddziaływania tego zjawiska na skalkulowaną przez nich cenę za wykonanie wymaganych badań. Zdaniem Izby powoływanie się na efekt skali było w ogóle wątpliwe, ponieważ różnice pomiędzy liczbą odwiertów przewidzianą przez Zamawiającego, a skalkulowaną przez Odwołujących nie były tak duże, aby możliwe było znaczne obniżenie ceny jednego odwiertu.

Podkreślić również należy, że Odwołujący czynili nieprawidłowe założenia, jakoby ze względu na korzystanie z usług tego samego podwykonawcy należało wziąć pod uwagę całkowitą liczbę wierceń, jakie zostały przewidziane do wykonania w ramach wszystkich zamówień, o których udzielenie ubiegali się u Zamawiającego. Założenie takie nie uwzględnia jednak okoliczności, że Odwołujący mogą nie wygrać wszystkich postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w których biorą udział, wobec czego uznane zostało za zbyt daleko idące.

Skład orzekający nie uwzględnił natomiast argumentacji Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie wycenili części niezbędnych do wykonania badań. Jakkolwiek w kalkulacjach podwykonawcy załączonych do pierwszych wyjaśnień Odwołujących rzeczywiście nie wskazano cen jednostkowych poz. 4.01 – 4.07, tym niemniej z treści złożonych na rozprawie założeń do wyceny wynikało, że badania podstawowe ujęto w cenie wierceń.

Powyższe uzasadnia jednak dodatkowo, zdaniem Izby, wnioski o niedoszacowaniu ofert Odwołujących w zakresie kosztów wykonania wymaganej przez Zamawiającego liczby wierceń, tym bardziej, że oświadczyli oni na rozprawie, że w cenie wierceń uwzględniono również koszty przebadania całego obszaru, na którym będzie realizowana inwestycja, przy zastosowaniu przyjętej przez nich metody badań warunków gruntowych. Ergo, uprawnione jest twierdzenie, że realizacja dodatkowych wierceń, przy znacznym obciążeniu tej pozycji kalkulacji innymi elementami, nie została przez Odwołujących uwzględniona, a oni sami nie przedstawili argumentów przemawiających za przyjęciem odmiennego stanowiska.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 i § 6 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.2010.41.238).

Przewodniczący: