

Sygn. akt: KIO 2919/22

WYROK

z dnia 18 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Primost Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Będzinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Powiat Bielski w Bielsku-Białej**

przy udziale wykonawcy **INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Primost Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Będzinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Primost Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Będzinie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Bielski w Bielsku Białej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest rozbiórka tymczasowej przeprawy mostowej i budowa nowego mostu na rz. Soła wraz z przebudową połączenia drogowego z DW 948 i dr. powiatowymi 4480S i 1456S w m. Porąbka.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 listopada 2022 roku wykonawca Primost Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Będzinie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności (zaniechań) podjętych przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy P.z.p., polegających na:

1. Dokonaniu wyboru oferty Intop Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie (dalej zwanej „przystępującym” lub „Intop”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.
2. Zaniechaniu odrzucenia oferty Intop.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
2. Art. 226 ust. 1 pkt 10 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.
3. Art. 17 ust. 1 poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy P.z.p. odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty Intop jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny,

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy P.z.p. odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Oferta odwołującego plasuje się na drugim miejscu w rankingu ofert. Gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., to oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. W ocenie odwołującego, powyższe dowodzi naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 listopada 2022 roku wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości,

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa wg norm przepisanych.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 27 lipca 2022 r. zamawiający dokonał ogłoszenia o zamówienia pod nazwą: „Rozbiórka tymczasowej przeprawy mostowej i budowa nowego mostu na rz. Soła wraz z przebudową połączenia drogowego z DW 948 i dr. powiatowymi 4480S i 1456S w m.

Porąbka. Termin składania ofert ostatecznie wyznaczony został na dzień 31 sierpnia 2022 r. W postępowaniu oferty złożyło 10 wykonawców. W toku badania i oceny ofert jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę Intop. Wyboru oferty zamawiający dokonał w dniu 24 października 2022 r.

Przedmiotowe zamówienie w swych warunkach zakładało możliwość optymalizacji dokumentacji projektowej, tzn. dopuszczono możliwość zastosowania technologii zamiennych i/lub wykonania robót zamiennych (w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej), zgodnie z przyjętą formułą „optymalizuj i buduj”, o ile będzie to korzystne dla zamawiającego i pod warunkiem braku konieczności zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę oraz innych decyzji/ uzgodnień warunkujących wykonanie zamówienia.

Warunki możliwej optymalizacji zostały określone w dokumentach zamówienia bezpośrednio związanych z postępowaniem, zamieszczonych na stronie internetowej prowadzonego postępowania - w pliku: „WARUNKI OPTYMALIZACJI.pdf”.

Zgodnie z rozdziałem VII SWZ wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia wraz z ofertą załącznika nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) w postaci tabeli elementów scalonych sporządzonej wg załączonego wzoru. W tabeli należało wskazać zakres zastosowanej przez wykonawców optymalizacji (względem załączonej do materiałów przetargowych dokumentacji projektowej), tj. opis wprowadzonych zmian technologicznych i innych. Następnie w rozdziale XI SWZ zamawiający przewidział, iż treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Ponadto w rozdziale XIV SWZ stanowiącym opis kryterium oceny ofert zamawiający przewidział, iż najwyższym ocenianym kryterium pozostawać będzie cena, której przyznano wagę 60 pkt.

Zgodnie z przywołanym fragmentem SWZ optymalizacje zakładane przez wykonawców miały zawierać się w ramach przewidzianych w dokumencie WARUNKI OPTYMALIZACJI.pdf. i spełniać jego wymagania. Optymalizacje mogły dotyczyć:

- Zmiany technologii posadowienia obiektu.
- Możliwości dostosowania geometrii przyczółków do przyjętej przez wykonawcę technologii wykonania posadowienia obiektu.
- Możliwości dostosowania poszczególnych elementów konstrukcji obiektu do przyjętej technologii jego wznoszenia.
- Zmiany materiałów konstrukcji ustroju niosącego (belki, płyta, łuki, wieszaki).

- Zmiany przekrojów poprzecznych elementów konstrukcyjnych ustroju niosącego (belki, płyta, łuki, wieszaki).

- Dostosowania przekroju poprzecznego obiektu do przyjętych materiałów i przekrojów poprzecznych poszczególnych elementów konstrukcyjnych.

- Wprowadzenie innych zmian związanych z przyjętą technologią budowy mostu a także innych zmian wprowadzających rozwiązania i materiały równoważne względem rozwiązań przyjętych w Projekcie Budowlanym i Wykonawczym.

Powyższe optymalizacje mogły być wprowadzone pod warunkiem jednak, że pozostawałyby one zmianami nieistotnymi, niewymagającymi uzyskania decyzji o zmianie uzyskanego pozwolenia na budowę. Ponadto zmiany nieistotne w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego wynikające z optymalizacji nie mogą powodować zmian uzyskanej Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach nr ŚFP.6220.8.2020.JS z dnia 30.06.2020r., Decyzji o Pozwoleniu Wodnoprawnym nr KR.ZUZ.5.4210.1.34.2020.IŚ, oraz w szczególności Decyzji o pozwoleniu na budowę nr 386/21 z dnia 03.03.2021. Zamawiający przewidział również zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, iż wszelkie zmiany nieistotne w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego wymagają akceptacji Projektanta.

W trakcie udzielania przez Zamawiającego odpowiedzi na zapytania związane z treścią SWZ wskazane zostało wyraźnie kogo należy rozumieć przez przywołanego projektanta (wyjaśnienia treści SWZ z dnia 17.08.2022 r.; pytanie nr 9). Na pytanie o treści: „Kogo należy rozumieć pod pojęciem Projektanta, o którym mowa w dokumencie pt. Warunki optymalizacji” zamawiający odpowiedział: „Przez Projektanta należy rozumieć Głównego Projektanta całej dokumentacji projektowej – M. Ż.”.

Po przeprowadzeniu otwarcia ofert w postępowaniu zamawiający zwrócił się pismem z dnia 12 września 2022 r. m.in. do Intop z wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty. W wezwaniu tym zamawiający żądał uszczegółowienia opisów proponowanych optymalizacji zamieszczonych w Tabeli Elementów Scalonych w następującym zakresie:

- w odniesieniu do wskazanej „zmiany materiałów i przekrojów poprzecznych konstrukcji ustroju niosącego, w tym konstrukcji stalowej, wieszaków, płyty betonowej”- wyjaśnienia/uszczegółowienia, na jakie materiały będzie zmiana; ogólne stwierdzenie nie jest wystarczające do oceny zgodności względem wymagań SWZ,

- w odniesieniu do wskazanego „dostosowania przekrojów poprzecznych obiektu do przyjętych materiałów i przekrojów poprzecznych poszczególnych elementów

konstrukcyjnych” – wyjaśnienia, jakie wymiary przekroju poprzecznego ulegną zmianie; ogólne stwierdzenie nie jest wystarczające do oceny zgodności względem wymagań SWZ.

W odpowiedzi na powyższe pismo przystępujący wskazał:

1. W odniesieniu do wskazanej w ofercie:

„zmiany materiałów i przekrojów poprzecznych konstrukcji ustroju niosącego w tym konstrukcji stalowej, wieszaków, płyty betonowej” uszczegóławiamy, że powyższe zmiany dotyczą:

- zmiany materiałów i przekrojów poprzecznych konstrukcji ustroju niosącego w tym konstrukcji stalowej, wieszaków:

- zmiana gatunku stali konstrukcyjnej,

- zmiany przekrojów poprzecznych elementów konstrukcyjnych, zmiana przekrojów zamkniętych

stalowych łuku na przekroje z dwuteowników walcowanych stalowych,

- zmiany grubości blach przekrojów elementów konstrukcyjnych,

- zmiany przekrojów elementów konstrukcyjnych: poprzecznic, wiatrownic

- zmiana klasy wytrzymałości wieszaków (ciągnięć)

- zmiany materiałów i przekrojów poprzecznych konstrukcji ustroju niosącego w tym płyty betonowej:

- zmiana klasy betonu płyty,

- zmiana grubości płyty ustroju nośnego (pogrubienie),

Uszczegóławiając Wykonawca wskazuje, że nie następuje zmiana materiałów, a jedynie zmianie podlegają tylko parametry materiałów względem projektu Zamawiającego. Tym samym nie jest to propozycja istotnej zamiany materiałów w postaci: zmiana betonu na konstrukcję stalową albo np. konstrukcji stalowej łuków na przekroje żelbetowe.

(...)

Wprowadzenie powyższych zmian nie będzie powodować odstępień istotnych od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu lub projektu architektoniczno-budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę. Nie stanowią odstępienia w zakresie opisanym w art. 36a pkt. 5 Prawo Budowlane.

Powyższe zmiany są zmianami nieistotnymi w stosunku do dokumentów przetargowych, uzgodnień Zamawiającego w szczególności:

- zatwierdzonego projektu budowlanego,
- Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach nr ŚFP.6220.8.2020.JS z dnia 30.06.2020r.,
- Decyzji o Pozwoleniu Wodnoprawnym nr KR.ZUZ.5.4210.1.34.2020.IŚ z dnia 25.11.2020r.,
- Decyzji o pozwoleniu na budowę nr 386/21 z dnia 03.03.2021.

Zmiany proponowane przez wykonawcę zgodne są z załącznikiem do SWZ „WARUNKI OPTYMALIZACJI.pdf” oraz nie będą powodować zmian w wydanych już decyzjach.”

Zamawiający przesłał projektantowi treści zaproponowanych przez wykonawców optymalizacji wraz z wyjaśnieniami, w celu uzyskania jego opinii technicznej. Projektant w wiadomości mailowej z dnia 28 września 2022 r. przedstawił zamawiającemu swoje stanowisko. W odniesieniu do oferty przystępującego projektant wskazał, co następuje:

„Wykonawca proponuje zmianę łuku o przekroju zamkniętym na przekrój otwarty. Przekroje otwarte (jeszcze w przypadku stosowania żeber itp.) wprowadzają dużą ilość potencjalnych punktów korozyjnych (kosze) gdzie będzie zalegała woda, brud, liście itp. Będzie to powodowało szybszą degradację powłok antykorozyjnych co uniemożliwi spełnienie warunku postawionego w par 153 ust 2 pkt 15 lita i b rozporządzenia. Ponadto przekroje otwarte nie spełniają wprost zapisów rozporządzenia wskazanych w par 176 rozporządzenia mostowego ust 1 pkt 1 lit a, b, ust 2 c. Dlatego nie rekomenduje tego rozwiązania z punktu widzenia przepisów prawa. Dodatkowo informuję, że tylko jeden producent na rynku oferuje tego typu przekroje, nie ma konkurencji a w przypadku braku możliwości dostawy tych elementów na budowę (problemy produkcyjne, covid, wojna itp.) Wykonawca może wysuwać roszczenia do Zamawiającego w tym zakresie”.

Pismem z dnia 24 października 2022 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako ofert najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 2 listopada 2022 roku odwołujący zwrócił się do projektanta, Pana Macieja Żuchowicza „z prośbą o określenie czy zmiana przekrojów poprzecznych elementów stalowych konstrukcji ustroju nośnego mostu (łuku) – z zamkniętego na otwarty dwuteowy zostałyby przez Pana sklasyfikowane jako zmiana istotna czy też nieistotna w stosunku do projektu budowlanego”.

Pismem z dnia 3 listopada 2022 roku Pan M. Ż. udzielił następującej odpowiedzi:

„W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 02.11.2022 roku w sprawie określenia istotności zmiany konstrukcji przedmiotowego obiektu mostowego w świetle art. 36a ust.5 ustawy z dnia 7 lipca 1994r Prawo Budowlane (Dz.U. 2021 poz.2351 z późn. zmianami) jako Projektant tej Inwestycji informuję co następuje:

1. Projekt obiektu mostowego został wykonany w roku 2021. Dokumentacja wykonana została w oparciu o obowiązujące w tym czasie przepisy techniczno budowlane, w tym w szczególności w oparciu o Rozporządzenie MTiGM z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. 2000 nr 63, poz. 735, z późn. zm.). Na podstawie tak przygotowanej dokumentacji dnia 03.03.2021 roku została wydana decyzja pozwolenia na budowę.

2. Dokumentacja przygotowana została z należytą dbałością w oparciu o wiedzę techniczną i wieloletnie doświadczenie biura zarówno w zakresie projektowania jak i realizacji inwestycji mostowych. Szczególny nacisk położony został na trwałość konstrukcji, która jako stalowa charakteryzuje się znacznie większą podatnością na degradację w wieloletnim okresie użytkowania. Szczególna uwaga związana z trwałością obiektu wynikała po pierwsze z konieczności zastosowania stali jako głównego budulca a po drugie z typu przyjętej konstrukcji (most łukowy z jazdą dołem). Takie rozwiązania konstrukcyjne, choć często stosowane niosą ze sobą potencjalne ryzyko dużych późniejszych nakładów na utrzymanie konstrukcji w należytym stanie wynikających z konieczności napraw (wymiany co 5 lat) powłok antykorozyjnych w miejscach dostępnych wyłącznie przy pomocy specjalistycznego sprzętu oraz przy konieczności czasowego wyłączenia obiektu z użytkowania.

3. Z uwagi na opisaną powyżej problematykę ustawodawca w Rozporządzeniu MTiGM z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie wskazał wyraźnie wymagania i wytyczne, które należy spełnić przy projektowaniu mostowych konstrukcji stalowych

a. Zgodnie z § 152 w/w rozporządzenia „Obiekty inżynierskie powinny być tak zaprojektowane i wykonane, aby w przyjętym okresie użytkowania i poziome utrzymania była zapewniona ich trwałość rozumiana jako zdolność użytkowania obiektu przy zachowaniu cech wytrzymałościowych i eksploatacyjnych, których miernikiem są stany graniczne nośności i stany graniczne użytkowania”

b. Zgodnie z § 153 w/w okres użytkowania odnosi się zarówno do obiektów w całości, ich części a także elementów podlegających okresowej wymianie. Zgodnie z § 153

ust. 2 pkt. 15 lit. a” dla malarskich powłok ochronnych konstrukcji stalowych nowych obiektów okres trwałości przyjmuje się nie mniej niż 15 lat.

c. W celu zapewnienia trwałości powłoki antykorozyjnej (a co za tym idzie trwałości całej konstrukcji) również geometrię i kształt poszczególnych elementów obiektu projektować należy w sposób szczególny. Fakt ten opisany został w § 175 wskazującym, że „konstrukcje stalowe powinny być zabezpieczone poprzez ochronę konstrukcyjną, materiałowo strukturalną i powierzchniową” Zgodnie z § 176 „W ramach ochrony, o której mowa w § 175 pkt 1 konstrukcje obiektów mostowych oraz ich elementy nie powinny mieć w szczególności miejsc trudno dostępnych, nieprzewiewnych uniemożliwiających wykonanie powłok ochronnych oraz narażonych na zbieranie się kurzu, pyłów, wody lub skroplin pary wodnej”. Ponadto zgodnie z pkt 2 w/w paragrafu „powinny być przewidziane w szczególności z elementów zamkniętych hermetycznie lub zapewniających odprowadzenie skroplin pary wodnej bądź otwartych, o mało rozwiniętej powierzchni i wyokrąglonych narożach i krawędziach” a także „powinien zapewnić w szczególności ochronę przed gnieźdzeniem się ptactwa”.

4. Konstrukcja obiektu mostowego w tym w szczególności łuku jako elementu kluczowego została zaprojektowana w szczególności z uwzględnieniem wszystkich w/w zapisów rozporządzenia jako konstrukcja zamknięta (skrzynkowa) nie posiadająca miejsc trudno dostępnych oraz narażonych na zbieranie zabrudzeń lub wody oraz nie posiadająca miejsc potencjalnie sprzyjających gnieźdzeniu się ptactwa. Takie ukształtowanie konstrukcji zapewni też (przy zastosowaniu odpowiednich powłok malarskich) trwałość tych powłok wynoszącą minimum 15 lat. Stwierdza się zatem, że przy projektowaniu przedmiotowego mostu spełnione zostały zapisy aktualnie obowiązujących przepisów, w tym w szczególności zapisy dotyczące trwałości konstrukcji i ich elementów.

5. Jednocześnie należy stwierdzić, że założenie przekroju konstrukcyjnego łuku jako dwuteowy nie zapewnia geometrii i kształtu spełniającego zapisy rozporządzenia opisane powyżej. Co za tym idzie konstrukcja taka nie gwarantuje geometrii zapewniającej trwałość powłok malarskich zgodnie ze wskazaniem rozporządzenia. Tym samym konstrukcja taka nie spełnia wymagań i opisanych w Rozporządzeniu MTiGM z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie.

6. W związku z powyższym z uwagi na niespełnienie wymagań rozporządzenia MTiGM opisanych w pkt 3 a - c powyżej koniecznym byłoby uzyskanie dodatkowych uzgodnień i decyzji zezwalających na realizację Inwestycji.

Zgodnie z zapisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333, 2127, 2320, z 2021 r. poz. 11, 234) art. 36a ust. 5 „Istotne odstępnie od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu lub projektu architektoniczno-budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę stanowi odstępnie w zakresie (...) wymagającym uzyskania lub zmiany decyzji, pozwoleń lub uzgodnień, które są wymagane do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę.

Niewątpliwie konieczność uzyskania stosownego dodatkowego uzgodnienia mieści się w granicach w/w zapisu ustawy Prawo Budowlane. Tym samym należy stwierdzić, że konieczność uzyskania dodatkowych uzgodnień i decyzji w zakresie zmiany kształtu elementów nośnych konstrukcji stalowej jest przesłanką do stwierdzenia istotności zmiany z punktu widzenia ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane

Dodatkowo Projektant jednoznacznie nie rekomenduje takiego rozwiązania jako trudniejszego i droższego w utrzymaniu i eksploatacji.

Jednocześnie informuje się, że w świetle w/w ustawy to „Projektant dokonuje kwalifikacji zamierzonego odstępnie od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu lub projektu architektoniczno-budowlanego, lub innych warunków decyzji o pozwoleniu na budowę”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzane jest na podstawie ustawy P.z.p. Ustawa ta zawiera ogólne i szczególne regulacje obowiązujące podmioty biorące udział w postępowaniu. Gros tych przepisów adresowanych jest do zamawiającego, czyli podmiot, który na podstawie ustawy jest obowiązany do jej stosowania (art. 7 pkt 31 ustawy P.z.p.).

W szczególności zamawiający obowiązany jest – zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. – wybrać najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Jest to czynność przypisana wyłącznie zamawiającemu. Zamawiający, w celu wykonywania czynności przewidzianych ustawą, może lub ma

obowiązek powołania komisji przetargowej, a także – w określonych przypadkach – może powołać biegłych. Jednakowoż – zgodnie z art. 52 ust. 1 ustawy P.z.p. – za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada kierownik zamawiającego.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający w warunkach optymalizacji wskazał, że wszelkie zmiany nieistotne w stosunku do zatwierdzonego projektu budowlanego wymagają akceptacji Projektanta. W trakcie badania i oceny ofert zamawiający zwrócił się do projektanta, Pana Macieja Żuchowicza, z wnioskiem o dokonanie oceny optymalizacji i w dniu 28 września 2022 roku uzyskał informację, że projektant nie rekomenduje rozwiązania zaproponowanego przez przystępującego, wskazując na § 153 ust. 2 pkt 15 lit. a i b oraz § 176 ust. 1 pkt 1 lit. a i b oraz ust. 2 lit. c rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 roku, Nr 63, poz. 735).

Z opinii projektanta z dnia 28 września 2022 roku nie wynika zatem, że projektant uznał zaoferowane przez przystępującego rozwiązanie za niezgodne z warunkami optymalizacji, w tym – zawierające zmiany istotne lub też nieistotne, ale niez zaakceptowane przez projektanta. Projektant wskazał jedynie, że nie rekomenduje zaoferowanego rozwiązania. Podkreślić należy, że sformułowanie „rekomendować” oznacza jedynie „zalecanie, pochwalanie” czegoś. Znaczenie tego wyrażenia jest zatem słabsze aniżeli użyte przez zamawiającego w warunkach optymalizacji sformułowanie „akceptować”. Zaznaczyć należy, że w tej samej korespondencji z dnia 28 września 2022 roku projektant, odnosząc się do innej oferty, wyraźnie stwierdził, że jest to „oferta do odrzucenia”. W przypadku oferty przystępującego projektant nie wyraził tak kategorycznej oceny, poprzestając jedynie na braku rekomendacji.

W rezultacie zamawiający rozstrzygnął, że złożona zaproponowane przez przystępującego rozwiązanie odpowiada warunkom zamówienia, w tym – w szczególności – warunkom optymalizacji. Podkreślenia wymaga, że czynność oceny ofert jest – jak to już wyżej wskazano – czynnością należącą wyłącznie do zamawiającego. Czynności tej nie może dokonać za zamawiającego inna osoba, w tym również ekspert czy biegły wykonujący wobec zamawiającego czynności doradcze. Wskazać przy tym należy, że w treści odwołania odwołujący nie zarzucił zamawiającemu dokonania oceny oferty przystępującego z pominięciem opinii projektanta lub też wbrew wnioskowi płynącemu z takiej opinii.

Odwołujący oparł swoje stanowisko i argumentację podnoszoną w odwołaniu na opinię projektanta, którą uzyskał w dniu 3 listopada 2022 roku. Izba przeprowadziła dowód ze

wskazanej opinii i skonstatowała, że w opinii tej kluczowy jest jej końcowy fragment, z którego wynika, że założenie przekroju konstrukcyjnego łuku jako dwuteowy nie zapewnia geometrii i kształtu spełniającego zapisy rozporządzenia z dnia 30 maja 2000 roku, zatem konstrukcja taka nie gwarantuje geometrii zapewniającej trwałość powłok malarskich zgodnie ze wskazaniami rozporządzenia. Tym samym konstrukcja taka nie spełnia wymagań opisanych w rozporządzeniu. W ocenie projektanta realizacja inwestycji na podstawie rozwiązania zaproponowanego przez przystępującego wymagałaby uzyskania dodatkowych uzgodnień i decyzji, co jest przesłanką do stwierdzenia istotności zmiany z punktu widzenia ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

Zgodnie z art. 36a ust. 5 pkt 6 ustawy – Prawo budowlane, istotne odstępienie od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu lub projektu architektoniczno-budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę stanowi odstępienie w zakresie wymagającym uzyskania lub zmiany decyzji, pozwoleń lub uzgodnień, które są wymagane do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę lub do dokonania zgłoszenia.

W ocenie Izby wskazana opinia nie daje podstaw do rozstrzygnięcia, iż zaproponowane przez przystępującego rozwiązanie zawiera istotne zmiany projektu. W tym zakresie Izba przeprowadziła również dowód z opinii prof. dr. hab. inż. J.B. oraz prof. dr. hab. inż. Wojciecha Lorenca z dnia 10 listopada 2022 roku na okoliczność określenia, czy zastosowanie optymalizacji konstrukcji stalowej, w szczególności łuku (przekrój zamknięty) w postaci zastosowania przekroju dwuteowego może być zakwalifikowane jako zmiana istotna w stosunku do projektu budowlanego.

Przystępując do oceny obu opinii, Izba wskazuje, że zarówno opinia z dnia 3 listopada 2022 roku, jak i opinia z dnia 10 listopada 2022 roku, są opiniami prywatnymi, które Izba ocenia zgodnie z zasadami przyjętymi dla oceny tego rodzaju dokumentów. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 września 1956 r., stwierdził, że: „Nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego, choćby nim był stały biegły sądowy, sporządzona na piśmie na polecenie strony i złożona do akt sądowych” (sygn. akt: III CR 121/56). Niemniej jednak opinie te nie są w ogóle pozbawione znaczenia w postępowaniu odwoławczym. Stanowią one dowód z dokumentu prywatnego i podlegają ocenie stosownie do reguł oceny dowodów w postępowaniu przed Izbą.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r. stwierdził, że: „przedstawianie przez strony prywatnych opinii, do których stosuje się art. 253 k.p.c. jest zjawiskiem procesowym coraz częstszym. Niewątpliwie nie będąc dowodem z opinii biegłego (...) stanowią one, jak trafnie podniesiono w literaturze, element materiału procesowego i powinny być udostępnione stronie przeciwnej. Prywatne ekspertyzy opracowane na zlecenie stron przed

wszczęciem procesu, czy w jego toku są wyjaśnieniem, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, ich stanowiska (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1974 r. II CR 260/74 LexPolonica nr 322007).

Odnosząc się do opinii z dnia 3 listopada 2022 roku Izba wskazuje, że projektant, stwierdzając, że założenie przekroju konstrukcyjnego łuku jako dwuteowy nie zapewnia geometrii i kształtu, co z kolei nie gwarantuje trwałości powłok malarskich, w żaden sposób nie precyzuje, co leży u podstaw takiego rozstrzygnięcia. Jest to stwierdzenie lakoniczne i niczym nieuzasadnione. Jest to wyłącznie ocena projektanta, która nie została poparta żadną analizą, co jest o tyle ważne, że jest to jedyne istotne stwierdzenie w tej opinii. W szczególności wątpliwości w tym zakresie są uzasadnione tym, że zmiana w zakresie materiałów konstrukcji ustroju niosącego i elementów konstrukcyjnych ustroju niosącego (w tym również łuków) została dopuszczona w warunkach optymalizacji. Wobec tego, jeżeli projektant uznał, że w przypadku oferty przystępującego zmiana w tym zakresie jest zmianą istotną, wskazane byłoby przedstawienie okoliczności, które legły u podstaw takiej opinii.

Izba zwraca również uwagę na brak informacji w zakresie tego, jakiego rodzaju dodatkowe uzgodnienia czy decyzje byłyby wymagane w przypadku konieczności dokonania zmian w projekcie w zakresie przewidzianym w ofercie przystępującego. Projektant wskazuje co prawda na konieczność uzyskania „dodatkowych uzgodnień i decyzji”, niemniej jednak nie precyzuje, o jakie decyzje czy uzgodnienia chodzi. Podkreślenia wymaga, że ustawa – Prawo budowlane zawiera regulacje wskazujące, w jakich okolicznościach wymagane jest przeprowadzenie właściwych procedur dla uzyskania koniecznych uzgodnień czy decyzji, względnie – odsyła w tym zakresie do innych aktów prawnych. Ogólne stwierdzenie o konieczności uzyskania bliżej niesprecyzowanych uzgodnień czy decyzji nie wydaje się być miarodajne dla oceny zasadności i rzetelności wniosków płynących z opinii.

Z kolei w opinii z dnia 10 listopada 2022 roku autorzy wskazują na tego rodzaju zmianę jako typową optymalizację dopuszczoną przez zamawiającego w warunkach optymalizacji. W szczególności podkreślono ekonomiczny aspekt takiego rozwiązania, łatwość inspekcji, brak elementów na górnej powierzchni, co jest korzystne pod względem utrzymania obiektu. Autorzy wskazują na zgodność takiego rozwiązania z rozporządzeniem z dnia 30 maja 2000 roku, w tym na zapewnienie geometrii i kształtu spełniającego zapisy ww. rozporządzenia.

Izba uznała argumenty i wnioski zawarte w opinii z dnia 10 listopada 2022 roku za przekonujące i potwierdzające, iż zmiany konstrukcji zawarte w ofercie przystępującego nie wypełniają przesłanek istotności w rozumieniu art. 36a ust. 5 ustawy – Prawo budowlane.

Izba przeprowadziła dowód z opinii złożonych przez zamawiającego: L.M.z dnia 14 listopada 2022 roku i E.M.z dnia 14 listopada 2022 roku, niemniej jednak oceniła ich wartość dowodową jako znikomą. Autorzy opinii wskazują co prawda na dopuszczalność rozwiązania zaoferowanego przez przystępującego w świetle warunków zamówienia, niemniej jednak nie przedstawiają żadnej pogłębionej analizy, potwierdzającej ich stanowisko.

Izba, na podstawie art. 541 ustawy P.z.p., oddaliła wniosek przystępującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego w zakresie projektowania budowli inżynierskich na okoliczność możliwości i oceny pod kątem istotności/nieistotności zmian zaproponowanych przez Intop w ramach optymalizacji oraz ich zgodności z treścią rozporządzenia z dnia 30 maja 2000 roku, a ponadto oceny słuszności stanowiska projektanta M. Ż., w zakresie zagadnień, co do których wypowiedział się w opinii z dnia 3 listopada 2022 roku, stwierdzając, że fakty, będące przedmiotem opinii biegłego, zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Izba przeprowadziła dowód z opinii złożonych przez odwołującego: dr. inż. M. R. z dnia 14 listopada 2022 roku, Top-Projekt Sp. z o.o. z dnia 15 listopada 2022 roku, K. Ż.z dnia 14 listopada 2022 roku, Trasal Sp. z o.o. z dnia 15 listopada 2022 roku, D. P. z dnia 15 listopada 2022 roku, Ł. G. z dnia 15 listopada 2022 roku oraz D.M. z dnia 13 listopada 2022 roku, niemniej jednak stwierdziła, że nie zawierają one informacji istotnych dla oceny podniesionych zarzutów bądź też ich zakres wykracza poza zarzuty odwołania. Podstawowym i najbardziej akcentowanym zarzutem odwołania jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na fakt, że zaoferowane przez niego rozwiązanie stanowi istotną zmianę wobec projektu. Odwołujący jedynie w jednym akapicie uzasadnienia odwołania wskazał, jak sam określił – dodatkowo, że zaoferowane przez przystępującego rozwiązanie powoduje wzrost kosztów utrzymania i eksploatacji obiektu, zatem nie byłoby zgodne z interesem zamawiającego i nie byłoby rozwiązaniem równoważnym. Odwołujący nie wykazał, dlaczego – w jego przekonaniu – oraz w jaki sposób zaoferowane rozwiązanie wpłynęłoby na wzrost wskazanych kosztów, jak również nie określił nawet w przybliżeniu, jakiego rzędu mógłby to być wzrost. Uzasadnienie tak postawionego zarzutu nie wynika także z opinii projektanta z dnia 3 listopada 2022 roku, gdzie również wskazano wyłącznie na fakt, że zaoferowane rozwiązanie jest trudniejsze i droższe w utrzymaniu i eksploatacji.

W ocenie Izby tak postawiony zarzut nie spełnia wymogów pozwalających na uznanie, że został on podniesiony w sposób prawidłowy. W ocenie Izby zarzut został sformułowany w sposób blankietowy. Prawidłowo postawiony zarzut winien w szczególności wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny jego zasadności, powinien wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego

czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu ze wskazanych opinii wyłącznie na okoliczność braku zaoferowania przez przystępującego optymalizacji będących rozwiązaniami równoważnymi względem projektu.

Opinia Top-Projekt Sp. z o.o. z dnia 15 listopada 2022 roku, opinia K. Ż. z dnia 14 listopada 2022 roku, opinia Trasal Sp. z o.o. z dnia 15 listopada 2022 roku wskazują jedynie na fakt, że rozwiązanie przystępującego jest mniej korzystne pod względem funkcjonalnym. Autorzy opinii w żaden sposób nie odnoszą się do kwestii równoważności.

Pozostałe opinie wskazują na brak równoważności zaoferowanego rozwiązania z projektem, niemniej jednak, w ocenie Izby, wykraczają poza podniesiony w tym zakresie zarzut odwołania. Autorzy opinii wskazują na elementy konstrukcji, parametry wytrzymałościowe, trwałość itp. Okoliczności te nie były podnoszone przez odwołującego jako uzasadnienie zarzutu braku równoważności. Zdaniem Izby takie działanie stanowi nieuprawnione rozszerzenie zarzutu odwołania, który – zgodnie z art. 555 ustawy P.z.p. – nie może być przez Izbę rozpoznany.

Oddalenie wskazanych wyżej zarzutów przesądza o oddaleniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, który to zarzut był skorelowany z innymi zarzutami i oparty na takiej samej argumentacji. Z kolei oddalenie zarzutów oznaczonych numerami 1 i 2 jest równoznaczne z oddaleniem zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, których to okoliczności odwołujący nie wykazał.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020, poz. 2437).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: