

WYROK
z dnia 24 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Beata Konik
Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Białymstoku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Projekt i Budowa drogi S19 na odcinku Haćki - węzeł Bielsk Podlaski Zachód (z węzłem) z odcinkiem drogi krajowej nr 66 do istniejącej drogi krajowej nr 19”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2020 r., pod nr 2020/S 150-366805.

Dnia 22 stycznia 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 1 lutego 2021 roku wykonawca KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie przez zamawiającego oferty wykonawcy i uznanie, że oferta ta nie odpowiada treści s.i.w.z., co wynika z błędnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na kilku płaszczyznach i nieusprawiedliwionego przyjęcia, że została ona przygotowana bez uwzględnienia wszystkich wyników badań gruntowo-wodnych, podczas gdy oferta została przygotowana w oparciu o całość dokumentacji, odpowiada treści s.i.w.z. i obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, ewentualnie, gdyby Izba nie podzieliła zarzutu wykonawcy o uwzględnieniu całości dokumentacji postępowania, zarzucam naruszenie:
2. art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie przez zamawiającego, że niezgodność treści oferty wykonawcy z s.i.w.z. ma istotny charakter, a zatem brak jest możliwości jej poprawy w oparciu o treść przywołanego powyżej przepisu, przez co zachodzi podstawa do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - co nie polega na prawdzie, ponadto, z ostrożności procesowej, jedynie na wypadek twierdzeń zamawiającego, iż oferta wykonawcy została odrzucona także z innych powodów niż trzy bezpośrednio wymienione w treści uzasadnienia, odwołujący zarzucił naruszenie:
3. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez brak pełnego i wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności faktycznych i prawnych, które legły u podstaw odrzucenia oferty, w tym ograniczenie się - poza trzema kwestiami wprost wskazanymi w uzasadnieniu odrzucenia - do ogólnikowych stwierdzeń o nierzetelności przygotowanej oferty,

możliwości wystąpienia wskazanych błędów także w innych miejscach etc., bez podania szczegółów, które pozwalałyby wykonawcy na merytoryczne odniesienie się do dywagacji zamawiającego (niezależnie od tego, że wątpliwości - przynajmniej w części - budzi także opis trzech rzekomych nieprawidłowości wskazanych wprost w uzasadnieniu odrzucenia, o czym wykonawca pisze w treści uzasadnienia odwołania).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu geotechniki i posadowienia konstrukcji drogowych i obiektów inżynierskich na okoliczność, że zaproponowane przez odwołującego rozwiązania konstrukcyjne, które opisane zostały w odwołaniu, a których niezgodność z s.i.w.z. podnosi zamawiający w czynności odrzucenia oferty odwołującego są zgodne z prawem oraz warunkami postępowania;
- 3) o wyłączenie jawności rozprawy w całości, a to z uwagi na możliwość ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicę chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że odwołujący w przedmiotowym postępowaniu złożył najkorzystniejszą ofertę, która - gdyby nie jej odrzucenie - prawdopodobnie wybrana zostałaby przez zamawiającego jako najlepsza, a w konsekwencji uzyskałby on zamówienie, o które się ubiega. Jak wynika już z powyższego, w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż wykonawca został *de facto* pozbawiony szansy na realizację projektu. Sytuacja ta wskazuje nie tylko na interes wykonawcy we wniesieniu odwołania, ale także na możliwą do zaistnienia dla odwołującego szkodę - brak uzyskania zamówienia. Rozpoznanie, a w dalszej kolejności uwzględnienie odwołania, doprowadzi natomiast do zmiany decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a w konsekwencji wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający uzasadniając stanowisko o odrzuceniu oferty odwołującego odwołał się do analizy odpowiedzi wykonawcy udzielonych w trybie art. 87 ustawy Pzp (pytania 29, 37, 39). Na ich podstawie doszedł do przekonania, że oferta odwołującego nie uwzględnia „dokumentacji podłoża gruntowego oraz warunków gruntowo-wodnych zawartych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej” (s. 2). W szczególności w ocenie zamawiającego odwołujący przy przygotowaniu oferty pominął Dokumentację Badań Podłoża Gruntowego (dalej jako „DBPG”) i przyjął warunki gruntowo-wodne wyłącznie

w oparciu o Dokumentację geologiczno-inżynierską (dalej jako „DGI”), co też miało wpływ na przyjęte założenia techniczno-ekonomiczne, a ostatecznie zaoferowany przedmiot wykonania. Zdaniem zamawiającego takie zachowanie odwołującego pokazuje, że oferta została przygotowana w sposób niedokładny, nieprawidłowy i nierzetelny, a zatem powinna zostać odrzucona. W ocenie zamawiającego wskazane przez niego w piśmie odpowiedzi to „przykłady stwierdzonych nieprawidłowości”, a „błędnie przyjęte przez Wykonawcę założenia w zakresie warunków gruntowo-wodnych dotyczą całego zakresu inwestycji”. Zamawiający nie podał przy tym innych, poza powyżej opisanymi, okoliczności faktycznych, które świadczyłyby o zasadności postawionej tezy. Bazuje on w tym zakresie nie jako na domyśle, że skoro błędnie - w jego ocenie - przyjęto warunki gruntowo-wodne w trzech wspomnianych pytaniach, to dotyczy to „całego zakresu inwestycji” (s. 4). W ocenie zamawiającego powyższa niezgodność jest na tyle istotna, że nie da się jej usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stąd niezbędnym stało się odrzucenie oferty.

Odwołujący wskazał, iż w nauce podkreśla się niekiedy brak zasadniczych różnic między DBPG i DGI, a wręcz stwierdza się, że „Dokumentację badań podłoża gruntowego [DBPG - autor] można uznać za uproszczoną Dokumentację geologiczno-inżynierską [DGI - autor]” (dr hab. Marek Tarnawski z Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego, Wydział Budownictwa i Architektury - zob.: M. Tarnawski, *Etapowanie badań podłoża zgodnie z aktualnymi przepisami prawa budowlanego*, *Geoinżynieria* 3/2014 [44], s. 22). Jednocześnie zarówno z przepisów prawa, jak i z samej dokumentacji postępowania wynika wniosek o priorytecie DGI przed DBPG, choćby w sytuacji ich sprzeczności.

Do pierwszego z zaprezentowanych powyżej wniosków prowadzi m.in. proste porównanie zawartości DBPG i DGI. Zgodnie z §9 rozporządzenia MTBiGM z dnia 25 kwietnia 2012 roku w sprawie ustalenia geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych: Dokumentacja badań podłoża gruntowego, zgodnie z Polskimi Normami PN-EN 1997-1: Eurokod 7: Projektowanie geotechniczne - Część 1: Zasady ogólne i PN-EN 1997-2: Eurokod 7: Projektowanie geotechniczne - Część 2: Rozpoznanie i badanie podłoża gruntowego, powinna zawierać opis metodyki pólowych i laboratoryjnych badań gruntów, ich wyniki i interpretację, model geologiczny oraz zestawienie wyprowadzonych wartości danych geotechnicznych dla każdej warstwy.

Jeśli natomiast chodzi o DGI, na dużo obszerniejszy jej zakres i szczegółowość wskazuje zarówno w §19, jak i 23 rozporządzenia MŚ z dnia 18 listopada 2016 roku w sprawie dokumentacji hydrogeologicznej i dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Właśnie z uwagi na obszerność wyliczenia, autor w przypisie poglądowo powołuje jedynie przykładowe elementy, które muszą zostać zawarte w DGI. Jeśli chodzi natomiast o pewną hierarchię tych dokumentów, warto zauważyć, iż sam zamawiający przyjął, iż DGI jest wyżej - dosłownie - od DBPG (bez względu na to, kiedy były tworzone). Zgodnie bowiem z pkt 1.2

PFU: Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie poniższych dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego:

1) prognozy ruchu - uzgodnionej przez właściwy Departament GDDKiA pismem nr (...) oraz aneksu zatwierdzonego pismem (...),

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

- Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej [DGI - autor] dla określenia warunków geologiczno- inżynierskich projektowanej drogi ekspresowej nr 19 na odcinku Ploski-Chlebczyn długości ok. 68 km wraz z budową odcinka drogi krajowej nr 66 długości ok. 7 km na obwodnicy Bielska Podlaskiego. (...),

- Dokumentacji hydrogeologicznej określającej warunki hydrogeologiczne w rejonie projektowanej drogi ekspresowej nr 19 na odcinku Ploski-Chlebczyn długości ok. 68 km wraz z budową odcinka drogi krajowej nr 66 długości ok. 7 km na obwodnicy Bielska Podlaskiego. STEŚ, Przedsiębiorstwo Geologiczne POLGEOL S.A 2017 r.,

- Dokumentacji badań podłoża gruntowego [DBPG - autor] dla określenia warunków gruntowo-wodnych projektowanej drogi ekspresowej nr 19 na odcinku Ploski-Chlebczyn długości ok. 68 km wraz z budową odcinka drogi krajowej nr 66 długości ok. 7 km na obwodnicy Bielska Podlaskiego. STEŚ Etap II, HPC POLGEOL S.A. 2019 r.

Z uwagi na różne terminy i szczegółowość opracowania powyższych dokumentów wszelkie rozbieżności pomiędzy nimi powinny być odczytywane i interpretowane w powyższej kolejności, z zastrzeżeniem, że wymagania opisane w niniejszym PFU są wymaganiami nadrzędnymi w stosunku do tych, które są określone w powyższych dokumentach. Choć DGI i DBPG zostały wymienione razem w jednym punkcie (2), jednocześnie jednak DGI została wymieniona przez zamawiającego w pierwszej kolejności (nad) DBPG. Już tylko z tego powodu, przy ewentualnej sprzeczności obu dokumentów, za uzasadnione należało uznać oparcie się na pierwszym z nich. Wskazuje na to pośrednio również sama treść wspomnianego powyżej rozporządzenia ws. warunków geotechnicznych posadowienia obiektów, które - zgodnie z §7 - przewiduje DGI dla obiektów budowlanych trzeciej kategorii geotechnicznej oraz drugiej w złożonych warunkach (czyli najbardziej skomplikowanych inwestycji). Nie ma natomiast obowiązku sporządzania DGI w przypadku obiektów budowlanych drugiej kategorii, o ile te warunki nie są złożone. W takiej sytuacji „wystarczy” DBPG, czyli dokument, który rzekomo został pominięty przez wykonawcę. Tym samym widać, że DGI „z jakichś powodów” sporządzana jest w przypadku obiektów

budowlanych najwyższej kategorii geotechnicznej, a zatem o znacznym stopniu skomplikowania oraz realizowanych w najtrudniejszych warunkach.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowy spór, jeśli uwzględnić wartość prac nim objętych, dotyczy robót stanowiących ok. 0,03% wartości całego kontraktu, ale na korzyść odwołującego. A zatem - w tym kontekście - kwoty znikomej. Spór dotyczy szczegółów - jednego metra wydłużenia kolumn DSM, jednego z rodzajów robót ziemnych (wymiany gruntów) na odcinku długości kilkudziesięciu metrów) a nie ogólnej koncepcji, z którą mamy do czynienia w przypadku postępowań typu „projektuj i buduj”. Ostateczne ustalenie omawianych kwestii, czemu dała wyraz Izba m.in. w orzeczeniu o sygn. akt KIO 503/18, choćby z racji konieczności przeprowadzenia uzupełniających, szczegółowych i dokładnych badań podłoża (wymaganych przez zamawiającego), następuje na etapie projektowania.

Odwołujący podniósł (co w prosty sposób potwierdza tabela sporządzona w oparciu o dokumentację postępowania (DGI i DBPG)), że to, czy wykonawca przyjął na potrzeby przygotowania oferty warunki określone w DGI, czy też DBPG, z punktu widzenia wykonania przedmiotu zamówienia (w tym zakresu prac) pozostaje bez znaczenia. Zasadniczo bowiem warunki gruntowo-wodne, o ile nie są równoważne (np. zbiornik o nr 41d, 57s, 68s, 13DK, 11DK), to generalnie są mniej korzystne w DGI niż w DBPG. Ewentualnie - jak w przypadku zbiornika nr 62s - występowanie wody gruntowej jest pomijalne z punktu widzenia zakresu prac, gdyż poziom dna zbiornika przewidziano powyżej poziomu wody gruntowej. Nawet zatem, gdyby przyjąć, że odwołujący rzeczywiście niefortunnie pominął niektóre odwierty, pomyłka ta pozostaje bez wpływu na treść oferty. Przekreślanie przy tym faktu, że zamawiającemu zaoferowano ostatecznie ten sam „produkt” i przedkładanie ponad tę okoliczność kwestii, że przy tak złożonym zamówieniu dokonano tego w oparciu o dokument, który również musi zostać uwzględniony przez odwołującego, jeśli w ogóle jest dopuszczalne, wydaje się nie tylko wyrazem nadmiernego formalizmu, ale i zaprzeczeniem zasady uczciwej konkurencji (rywalizacja w oparciu o zaoferowaną cenę a nie nic nie znaczące dla kształtu oferty założenia, które nie przekładają się na zaoferowany przedmiot zamówienia).

Zdaniem odwołującego, zamawiający jest w pełni powyższego świadomy. W swoim piśmie o odrzuceniu oferty nie stawia odwołującemu zarzutu, iż pominięte zostały jakiegokolwiek prace do wykonania, ale jedynie, że przyjęte przez odwołującego założenia poczynione zostały w sposób niewłaściwy. Przypomnieć przy tym należy, że o niezgodności oferty z s.i.w.z. można mówić wyłącznie wtedy, gdy ta „oferta w swej warstwie merytorycznej jest niezgodna z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w specyfikacji”, czy też precyzyjniej „gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia”. Co oczywiste, jak wskazano powyżej, z żadną z tych sytuacji nie mamy do czynienia w tej sprawie. Należy to

wyraźnie podkreślić: zaoferowany przedmiot zamówienia, co wynika z powyższej tabeli, jest równy temu, którego oczekiwał zamawiający poprzez odwołanie do DBPG.

W powyższej sytuacji - odnosząc się dodatkowo do przesłanek, na jakie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Toruniu (wyrok SO w Toruniu z dnia 10 marca 2015 roku, sygn. akt VIII Ca 76/15) - nie sposób także uznać, że mamy do czynienia - jeśli w ogóle - z niezgodnością oferty z s.i.w.z. o „charakterze zasadniczym, przedmiotowo istotnym”. Jest to w ocenie Sądu, który nawiązał w tym zakresie również do linii orzeczniczej Izby, warunek niezbędny skorzystania przez zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podsumowując: stanowisko zamawiającego, iż odwołujący udzielając odpowiedzi na pytanie nr 29, potwierdził możliwość odrzucenia jego oferty jest całkowicie chybione. Jak już wskazano, po pierwsze, treść oferty nie jest sprzeczna z s.i.w.z., ponieważ odwołujący zaoferował zamawiającemu tożsamy z oczekiwanym przez niego przedmiot zamówienia. Po drugie, nawet gdyby uznać, że oferta rzeczywiście jest sprzeczna z s.i.w.z., nie jest spełniona przynajmniej jedna z przesłanek warunkująca zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. niezgodność musi mieć charakter zasadniczy, przedmiotowo istotny, o czym w tej sprawie nie może być mowy. W końcu uzupełniająco należy wskazać, że stanowisko zamawiającego w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 29 należy odczytywać albo jako zbyt formalistyczne (przedkładające formalizm na merytoryczną wartość oferty), albo też jako wyraz stronniczości.

Odnosząc się do treści pytania nr 37, odwołujący podkreślił, iż rzekoma sprzeczność oferty odwołującego w zakresie posadowienia obiektu OM-37 (przyjętych warunków) wynika w znacznej mierze z błędu, którego dopuszcza się sam zamawiający. W przesłanym bowiem do wykonawcy pytaniu zakłada, że poziom posadowienia przyjęty przez odwołującego dla ww. obiektu wynosi 4,5 m głębokości p.p.t.s, co jest nieprawdą. Uszło uwadze zamawiającego, że odwołujący przyjął, iż sama „rzędna spodu fundamentów podpór obiektu mostowego znajduje się ok. 1,2 -1,5 m poniżej poziomu terenu istniejącego”, a zatem poziom posadowienia fundamentu podpór zostanie zlokalizowany „dopiero” na głębokości 1,5 m p.p.t. Oznacza to, że do zakładanej przez odwołującego długości kolumn (zgodnie z odpowiedzią 4,5-5 m) należy doliczyć właśnie te 1,5 m (na takiej głębokości znajdzie się spód obiektu; usunięta zostanie zatem półtorametrowa warstwa gruntu), co łącznie daje 6,5 m głębokości p.p.t. (koniec - spód kolumn DSM). Jest to o tyle istotne, iż czyni całkowicie bezprzedmiotowym, czy na głębokości między 4,4 - 6,5 m p.p.t. znajdują się jakiegokolwiek warstwy plastyczne czy też miękkoplastyczne. Na głębokości tej bowiem - jak wskazano powyżej - znajdować się będą kolumny DSM przenoszące obciążenie od fundamentu, dla których rodzaj występujących w podłożu warstw pozostaje całkowicie irrelevantny.

Niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, że także odnośnie do tego pytania zamawiający wydaje się celowo powoływać wyłącznie na kwestię założeń, co do

występowania gruntów plastycznych (lub miękkoplastycznych) do głębokości ok. 7,6 m p.p.t., które miał rzekomo zignorować odwołujący. Zamawiający całkowicie pomija przy tym ustalenie, jakie ewentualnie rzeczywiste skutki dla treści oferty (jej wyceny i zakresu wykonanych/przyjętych do wykonania prac) będzie miało nieuwzględnienie tych warstw między głębokością 4,4 m p.p.t. a 7,6 m p.p.t. (co oczywiście w przypadku wykonawcy nie miało miejsca). Aby udzielić odpowiedzi na powyższe pytanie, wskazać należy na kilka istotnych kwestii. Po pierwsze, na potrzeby ustalenia posadowienia ww. obiektu (zbadania występowania poszczególnych warstw) dokonano szeregu odwiertów (sześciu). Tylko jeden odwiert (1) wskazał możliwość wystąpienia gruntów plastycznych (warstwa III c) do głębokości 7,6 m p.p.t. Inny (3) z kolei gruntów miękkoplastycznych tylko do głębokości 4,4 m p.p.t.

Sytuacja ta jest dość naturalna. Badania gruntowo-wodne w przypadku zamówień projektuj i buduj - na co zwrócił w jednym z postępowań przed Izbą także sam Zamawiający (GDDKiA) (wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 roku, KIO 2164/16) - pokazują jedynie przybliżony obraz tego, co ostatecznie zostanie wykonawca: niezależnie od formy dokumentowania badań podłoża, prace geologiczne i geotechniczne wykonywane na potrzeby inwestycji drogowych zawsze mają charakter punktowy (wynika to wprost z postanowień Instrukcji badań podłoża gruntowego budowli drogowych i mostowych oraz Polskich Norm PN-EN 1997-1: Eurokod 7 Projektowanie geotechniczne - Część 1: Zasady ogólne, PN-EN 1997-2 Eurokod 7 Projektowanie geotechniczne - Część 2: Rozpoznanie i badania podłoża gruntowego). Szczegółowe określenie rodzaju i stanu gruntu, przelotu poszczególnych warstw, czy głębokość występowania zwierciadła wody gruntowej dotyczy wyłącznie poszczególnych punktów badawczych lokalizowanych w odniesieniu do rozwiązań danego stadium projektowego. Na bazie wyników przeprowadzonych badań budowany jest model geologiczny, tj. model obrazujący możliwy i przypuszczalny przebieg warstw w podłożu między poszczególnymi punktami badawczymi. Niezależnie od ilości i rozstawu punktów badawczych wzdłuż drogi czy w pobliżu obiektu inżynierskiego przebieg granic wydzielen między punktami jest interpretacją dokumentatora, który - bazując na swoim doświadczeniu - tworzy model lokalnych warunków gruntowo-wodnych. Badania, niezależnie od zakresu, pokazują jedynie przybliżony obraz warunków gruntowo-wodnych, dlatego możliwa jest obecność między dwoma sąsiadującymi ze sobą punktami badawczymi gruntu o odmiennej genezie, czy odmiennych parametrach fizyczno- mechanicznych. Zdaniem zamawiającego w oparciu o przekazane przez niego dokumenty doświadczony wykonawca jest w stanie ocenić i przewidzieć zmienność warunków gruntowo- wodnych wynikających ze zmian położenia zwierciadła wód podziemnych wywołanego naturalnymi wahaniami sezonowymi określonymi w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i uwzględnić je w ofercie.

Jest to o tyle istotne stanowisko, gdyż - po pierwsze - słusznie zakłada, że badanie te pokazują pewien ogólny („przybliżony”/„przypuszczalny”) obraz i dlatego - po drugie - na wykonawcy (a dokładnie na projektancie) spoczywa obowiązek odpowiedniego przeanalizowania, odczytania danych i poczynienia założeń, co do prac jakie muszą być wykonane, aby takie obiekt powstał. Po to też zamawiający i wykonawca przewidzieli badania uzupełniające. Jeśli spojrzeć na podstawowe parametry geotechniczne gruntów w obszarze posadowienia obiektu OM-37 (poza ogólną ich kwalifikacją jako plastyczne), na podstawie których projektant podejmuje stosowne decyzje, a które wynikają z dokumentacji postępowania, należy wyraźnie podkreślić, iż warstwy, które ponoć pominął odwołujący (Vb i IIIc) charakteryzują się - zgodnie z Normą PN-EN ISO 14688-2:2018-05 - wysoką oraz bardzo wysoką wytrzymałością (Su w przedziale 130 - 160 kPa). To z kolei oznacza - krótko rzecz ujmując - że ich opis w dokumentacji jako utwory plastyczne pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia przedmiotu (sposobu) prac do wykonania (przedmiotu zamówienia; treści złożonej oferty). Nie potrzebują one bowiem jakiegokolwiek wzmocnienia. Zamawiający w ogóle powyższych okoliczności nie wziął pod uwagę. Samo przy tym pytanie zadane przez zamawiającego, w ogóle nie zmierza do określenia treści oferty (jakie prace przyjął do wykonania/wycenił wykonawca w związku z obiektem OM-37). W konsekwencji, trudno zatem uznać, iż udzielona przez odwołującego odpowiedź stanowi o jej niezgodności z s.i.w.z.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że powinien on np. uwzględnić w swojej wycenie dłuższe o 1,2 m kolumny, całkowity koszt tego rozwiązania wyniósłby dodatkowo 39 330, 00 zł. Jest to o tyle istotne, iż - jak już wskazano za wyrokiem SO w Toruniu - w tej sytuacji nie może być mowy o z niezgodności oferty z s.i.w.z. o „charakterze zasadniczym, przedmiotowo istotnym”. Jest to przy tym warunek niezbędny skorzystania przez zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez zamawiającego na gruncie odpowiedzi udzielonej przez odwołującego na pytanie nr 39, odwołujący podkreślił, iż jest on całkowicie chybiony, bezpodstawny i paradoksalnie pozwala wykonawcy na dokonanie oszczędności w stosunku do tego, jakie pierwotnie poczynił on założenia w tym zakresie na potrzeby złożenia oferty. Jak to jest bowiem wiadome zamawiającemu (aneks do pytania nr 46; wartość tę powołano także w uzasadnieniu odrzucenia oferty), odwołujący na potrzeby realizacji umowy przyjął w km 14+311 do 14+470 konieczność wymiany 6323 V m³ gruntu, przy czym wymiana gruntów w km od 14+300 do 14+350 w ocenie odwołującego, z uwagi na niewielką warstwę gruntu organicznego zalegającego pod warstwą gruntu nośnego, przy poprowadzeniu niwelety drogi w niewielkim nasypie, w ogóle nie była konieczna. Poza tym, odwołujący założył usunięcie gruntów organicznych przy powierzchni (ok. km 14+447) wraz ze zdjęciem humusu. Wykonawca szacunki te oparł - zgodnie z instrukcją zamawiającego -

na podstawie DGI. Wynika to w znacznej mierze z faktu częściowej sprzeczności DGI i DBPG w powyższym zakresie. To z kolei powodowało, że odwołujący mógł zdecydować się na uwzględnienia wyłącznie wyników badań jednego z tych dokumentów. Podejście, które przyjął odwołujący, jest całkowicie usprawiedliwione i znajduje swoje uzasadnienie w treści PFU. Jak już to bowiem zostało wspomniane, zamawiając w punkcie 1.2 PFU wskazał, iż: Z uwagi na różne terminy i szczegółowość opracowania powyższych dokumentów wszelkie rozbieżności pomiędzy nimi powinny być odczytywane i interpretowane w powyższej kolejności, z zastrzeżeniem, że wymagania opisane w niniejszym PFU są wymaganiami nadrzędnymi w stosunku do tych, które są określone w powyższych dokumentach. DGI zostało wymienione przed DBPG (umieszczone wyżej) w zaprezentowanym wyliczeniu dokumentów. Stąd takie a nie inne stanowisko odwołującego należy uznać za w pełni usprawiedliwione.

Powyższe nie jest przy tym, jak sugeruje zamawiający, wynikiem niedostrzeżenia przez wykonawcę DBPG. Zarzuty zamawiającego w tym zakresie nie są prawdziwe. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przedłożył w tym zakresie stosowną korespondencję między pracownikami odwołującego. Pierwsza jej część odnosi się do przekrojów złożonych, które zostały opracowane na podstawie udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji (DGI oraz DBPG) - umieszczone w sieci do pobrania przez jednego z pracowników. Przekroje te wraz z treścią e-maila stanowią załącznik do odwołania (załącznik nr 5a i b). Zważyć należy na metadane pliku, które potwierdzają powyższe okoliczności (załącznik nr 6). Kompilacja przekrojów została bowiem przygotowana w dniu 18 sierpnia 2020 roku, a zatem na ponad miesiąc przed składaniem ofert w postępowaniu.

Potwierdzenie powyższego znajduje się także w drugiej części e-maila. W pierwszym z buletów wprost wskazano, że dwa odcinki u góry odnoszą się do prawego i lewego pasa drogi S19 i zostały przygotowane w oparciu o dane pochodzące z DBPG. Trzeci z akapitów natomiast potwierdza, że przedmiotem rozważań pracowników były warunki gruntowe, w tym występowanie gruntów plastycznych. Jak czytamy bowiem w treści maila: Ogólnie rzecz biorąc warunki gruntowe na przebiegu trasy są zasadniczo korzystne i tylko miejscami występują grunty słabonośne w płytkich i ograniczonych dolinach rzek oraz cieków. Pomimo, że tu i ówdzie występują grunty organiczne w większości przypadków są one raczej niewielkiej miąższości i podścielone gruntami nośnymi (jak na przykład na odcinku 13+300 do 13+400). W innych miejscach obecne są grunty organiczne na większych głębokościach, zarówno przykryte i podścielone materiałem zasadniczo nośnym (przykładem może być odcinek pomiędzy 11+600 i 11+750). W trakcie przeprowadzonej analizy dostępnych danych jest dość czytelne, że większość obszarów opisanych w dokumentacji jako warunki złożone mogą być interpretowane jako generalnie korzystne. Powód ich zakwalifikowania, jako warunków złożonych wiąże się bardzo często z opisem gruntów drobnoziarnistych jak

będących w stanie plastycznym - na głębokościach gdzie są położone pomiędzy warstwami o odpowiednim zagęszczeniu lub stanie. Należy poddać szczególnej uwadze i analizie takie miejsca rozważając czy wymagają one dodatkowe wzmocnienia. Dowód ten ukazuje, że jakiegokolwiek dywagacje zamawiającego, że odwołujący nie analizował DBPG, są nietrafione. W korespondencji tej wprost powołano jeden z odcinków, o który dopytywał zamawiający. Zamawiający formułując zarzut nie posługuje się konkretnymi danymi, a jedynie wskazuje, że warunki, które powinien przyjąć wykonawca „są znacznie gorsze”. Zamawiający sam zdaje się nie wiedzieć, jakie one powinny być. Niezależnie od ogólnego powyższego stwierdzenia, wskazuje na to błędne twierdzenie, iż zgodnie z DBPG gorsze warunki gruntowe występują również poniżej 3 metrów głębokości. Zdaniem odwołującego jest to nieprawda.

Odwołujący wskazał, że przyjęte przez niego założenia na etapie ofertowania, iż potrzebna jest wymiana ponad 6 tys. m³ gruntu, są nawet ponad stan. Jeśli zestawimy je z formułowanymi na podstawie DBPG oczekiwaniami zamawiającego i rzeczywistymi potrzebami (przyjrzyć im się bliżej, w szczególności, co przypomina czynności podejmowane na etapie projektowania), wymiana gruntu na odcinku km od 14+311 do 14+470 wyniosłaby 4 518 m³. Wartość tę wyliczono na podstawie przekroji geotechnicznych DBPG z rozróżnieniem wyników osobno dla strony lewej i prawej (poprzez przemnożenie powierzchni z przekroju przez połowę szerokości podstawy nasypu) w zakresie poniżej głębokości usunięcia warstwy wierzchniej grubości 30 cm, która ujęta została w pozycji „zdjęcie humusu”. Z uwagi na przebieg niwelety drogi po zoptymalizowaniu w niewielkim nasypie, nie jest konieczne usunięcie soczewki gruntu organicznego, zalegającego pod warstwą piasku w km 14+300 do 14+350. To z kolei rodzi po stronie wykonawcy oszczędności w stosunku do tego co założył w wysokości -82471,40 zł.

Podsumowując: stanowisko zamawiającego, iż odwołujący udzielając odpowiedzi na pytanie nr 39, potwierdził możliwość odrzucenia jego oferty, jest całkowicie chybione. Po pierwsze, treść oferty nie jest sprzeczna z s.i.w.z., ponieważ odwołujący zaoferował zamawiającemu przedmiot, który jest zgodny z wiążącymi wykonawcę badaniami DGI. W przypadku sprzeczności z DBPG, zgodnie z PFU, wykonawca był zobowiązany do przyjęcia pierwszego z wymienionych. Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że takie zachowanie, choć - jak wskazano powyżej - usprawiedliwione, było błędne, podkreślić trzeba, że odwołujący w trakcie przygotowania ofert przyjął w zakresie, o który dopytywał zamawiający większą ilość gruntu do wymiany niż wynika to z realnej potrzeby i oczekiwań zamawiającego, co oznacza, że odwołującemu nie można zarzucić, iż nie uwzględnił całości robót niezbędnych do wykonania zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, iż istotą odrzucenia oferty odwołującego jest fakt nieuwzględnienia wszystkich dokumentów, w których zawarte zostały informacje na temat warunków gruntowo - wodnych, co w sposób zasadniczy, istotny i bezpośredni ma wpływ na złożoną przez wykonawcę ofertę. Różnice jak sam wykazał w odwołaniu wykonawca w zależności od przyjętych warunków gruntowo-wodnych istnieją.

Pytanie Nr 29. Zamawiający celem zweryfikowania (w sposób mierzalny) czy odwołujący uwzględnił wyniki badań warunków gruntowo-wodnych zadał wykonawcy pytanie o następującej treści: „W związku z odpowiedzią A41 Zamawiający zwraca się o podanie informacji, jakie warunki gruntowo wodne Wykonawca przyjął w miejscach planowanych zbiorników nr 41d, 46s, 51d, 57s, 62s, 68s, 15DK, 11DK, 12DK, 13DK, 3DK i ID”. Prosimy o wskazanie poziomu zwierciadła wody gruntowej, jaki przyjęto w w/w lokalizacjach”.

We wszystkich wskazanych przez zamawiającego zbiornikach warunki gruntowo - wodne określone zostały w Dokumentacji Badań Podłoża Gruntowego (DBPG), a nie jak to wynika z udzielonej odpowiedzi wykonawcy w Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej (DGI).

Z przedstawionego przez odwołującego w odpowiedzi na pytanie Nr 29 zestawienia wynika wprost, że dla wyspecyfikowanych zbiorników nie uwzględniono wyników badań z DBPG. Świadczą o tym m.in. zapisy dotyczące zbiorników 41d, 15DK, 11DK, 12DK, 13DK (vide: odpowiedź wykonawcy na pytanie Nr 29 tzn. brak odwiertu).

Zamawiający w odrzuceniu oferty wykazał, że dla powyższych zbiorników badania zostały wykonane w ramach DBPG. Zamawiający podkreślił, że przedmiotem sporu jest brak przeanalizowania przez wykonawcę i uwzględnienia wszystkich wyników badań przekazanych przez zamawiającego w wiążącym w s.i.w.z. TOMIE III.

Zamawiający zwrócił uwagę, że o tym czy coś jest korzystne z punktu widzenia warunków gruntowo-wodnych nie decyduje wyłącznie poziom zwierciadła wody gruntowej, do którego wykonawca kilkakrotnie odwołuje się w przypadku zbiorników. Wykonawca dokonuje oceny (po odrzuceniu oferty) czy warunki są bardziej korzystne w DGI w stosunku do DBPG nie uwzględniając wszystkich istotnych parametrów gruntu, zamiast na etapie postępowania przetargowego przeanalizować konkretne wyniki badań w rejonie zbiorników zamieszczone w DBPG. Poziom wód gruntowych w czasie nie jest stały i w zależności od pory roku, intensywności opadów (śnieg) może się różnić, co potwierdzają wyniki badań w DGI, DBPG. Przedstawione przez wykonawcę w odwołaniu informacje na temat poziomów wód gruntowych (gdzie są bardziej korzystne, a gdzie mniej) pokazują skalę wahań poziomów wód gruntowych i pomimo nawierconego w dniu wiercenia zwierciadła wód gruntowych mogą się znacznie różnić, co powinno zostać również przez odwołującego w ofercie uwzględnione (a nie pomijane). W zakresie zbiorników należy wziąć również pod uwagę

zarówno rodzaj gruntu (uziarnienie itp), jak i jego stan. Załączona do odwołania tabelka odnosi się wyłącznie do nic niewnoszących stwierdzeń typu: „warunki gruntowo wodne złożone”; „warunki gruntowo wodne proste”. Zamawiający zwrócił uwagę, że projektowanie zbiorników należy opierać nie na informacji czy warunki są proste czy złożone, a na konkretnych danych z wierceń i sondowań. Zamawiający na przykładzie zbiornika 51d, dla którego wykonawca zamiast właściwej lokalizacji przyjął warunki gruntowo - wodne z oddalonego o około 300 metrów otworu ZB_51d przedstawia w formie rysunków istotnie niekorzystne warunki gruntowo - wodne stwierdzone w DBPG.

Zamawiający zwrócił uwagę, że nie bez znaczenia jest również fakt, jaki materiał wykonawca pozyska z wykopu pod zbiornik i w jaki sposób i do czego będzie mógł go wykorzystać stąd istotny jest również rodzaj gruntu i jego stan w obrębie zbiornika. Z uwagi, że w rejonie zbiornika 51d występują grunty organiczne (słabonośne), których występowanie stwierdzono również w otworze DBPG_P_0+200W.BielskPT dla porównania jak niekorzystnych warunków gruntowo wodnych wykonawca nie uwzględnił, zamieszczono także wyniki badań pod przepust OM 42, OM 42.1 przepust zlokalizowany jest na łącznicy DK19, co powoduje, że niekorzystne warunki w jego obrębie dotyczą również zarówno przepustu, jak i tego fragmentu drogi jak i tego fragmentu drogi.

Stwierdzenia wykonawcy: „niefortunne” pominięcie wyników badań oraz „pomyłka pozostaje bez wpływu na treść Ofert” jest dla zamawiającego niewiarygodne, a przygotowane w ramach odwołania zestawienia w zakresie podziału na warunki proste i złożone wprowadzają w błąd i nie odzwierciedlają rzeczywistego stanu, bowiem w tym konkretnym przykładzie wykonawca zupełnie pominął fakt występowania w podłożu gruntów słabonośnych. Dla zamawiającego jest to jeden z wielu przykładów świadczących o braku należytego przeanalizowania i uwzględnienia wszystkich wyników badań. Sposób, w jaki odwołujący dokonał analizy parametrów gruntów jest wybiórczy i jak wykazuje zamawiający na powyższym przykładzie, pokazuje skalę pominiętych wyników badań zawartych w DBPG.

Pytanie Nr 37: Zamawiający celem zweryfikowania (w sposób mierzalny) czy wykonawca uwzględnił wyniki badań warunków gruntowo-wodnych zadał wykonawcy pytanie o następującej treści: „Czy Wykonawca w rejonie obiektu OM-37 (pod podporami) uwzględnił możliwość wystąpienia (...) tj. poniżej głębokości 4,5 m. p.p.t gruntów spoistych w stanie plastycznym...”.

O zaleganiu poniżej głębokości 4,5 m p.p.t gruntów spoistych w stanie plastycznym świadczyły wyniki badań zawarte w DBPG (TOM III - SIWZ).

W odpowiedzi wykonawca poinformował m.in., że przewidział występowanie gruntów potencjalnie nienośnych (brak informacji do jakiej głębokości) natomiast w dalszej części odpowiedzi poinformował, że długość kolumn „...wynika z analizy otworów w km 9+170 oraz 9+270 a także jednego otworu archiwalnego M47 (z udostępnionej przez Zamawiającego

dokumentacji geologiczno-inżynierskiej). Wykonawca na podstawie wymienionych punktów przyjął głębokość występowania gruntów w stanie plastycznym i miękkoplastycznym od 3,6 do 4,5 m p.p.t. istniejącego”.

Zamawiający zwrócił uwagę, na fakt, że żaden z wymienionych przez odwołującego otworów nie znajduje się w obrębie obiektu OM-37 (km ca' 9+200) natomiast wskazane przez wykonawcę otwory oddalone są o kilkadziesiąt metrów od wskazanego obiektu, a grunty plastyczne i miękkoplastyczne występują nie jak twierdzi wykonawca do 4,5 m poniżej powierzchni terenu a do głębokości 7,6 m p.p.t. - vide: DBPG, na co zamawiający zwracał uwagę w odrzuceniu oferty.

Ponadto odwołujący w wyjaśnieniu stwierdza: „Wykonawca nie przewiduje występowania gruntów w stanie plastycznym i miękkoplastycznym poniżej spodu kolumn DSM, gdyż przekazana dokumentacja w żaden sposób na to nie wskazuje”. O tym, że zarówno poniżej 4,5 m p.p.t jak i poniżej kolumn DSM występują grunty plastyczne świadczą zamieszczone w DBPG wyniki badań. Nieprawdziwe i potwierdzające fakt, że odwołujący nie uwzględnił wszystkich wyników badań jest również twierdzenie odwołującego, że ocena charakteru gruntu nie została potwierdzona żadnymi badaniami in-situ. W odrzuceniu oferty zamawiający poinformował, że wyniki badań in-situ (sondowania CPT-u) zawarte są w dokumentacji badań podłoża gruntowego. Gdyby odwołujący tych badań nie pominął, to w wyjaśnieniu do pytania Nr 37, nie znajdowałaby się informacja, że tych badań nie ma (w sytuacji, kiedy fakty są inne, a badania zostały wykonane). Odwołujący fakty te w swoim odwołaniu całkowicie przemilczał. Stanowią one bezsporny dowód na to, że pominięto znaczną, wykonaną na potrzeby postępowania przetargowego część badań, a w ramach obiektu OM-37 pominięto 100% badań (pominięto 4 wiercenia i 3 sondowania wykonane w ramach DBPG dla obiektu OM-37 w jego konkretnej lokalizacji).

Zamawiający załączył mapy z lokalizacją otworów wykonanych w ramach DGI - rys. 1 i lokalizacją otworów wykonaną w ramach DBPG, rys. 2 (otwory z DBPG pominięte przez odwołującego) oraz profil otworu M47 - rys Nr 3 (archiwalny) wykorzystany przez odwołującego i jeden z wielu „niezauważonych” przez wykonawcę profili: sondowanie DBPG_WS_9+200_1 (w formie przekroju z DBPG) - rys Nr 4.

Zamawiający zwraca jednocześnie uwagę, że w wykonanych dodatkowo w ramach DBPG wierceniach i sondowaniach stwierdzono większą aniżeli w przywoływanych przez odwołującego otworach miąższość humusu (co w zależności od konieczności wykonania wykopu lub nasypu generuje koszty związane z większą ilością odhumusowania, koniecznością wykonania większego nasypu, zakupu materiału do wbudowania w rejonie obiektu itp.), gorsze parametry gruntów niespoistych (w otworach w DBPG - stwierdzono występowanie gruntów niespoistych w stanie luźnym), co również ma bezpośredni wpływ na zakres prac również w rejonie obiektu. Analogiczne sytuacje związane z nieuwzględnieniem

badania z DBPG powtarzać się zatem będą w wielu miejscach. Zamawiający podkreślił, że w odwiertach wykonanych w ramach DBPG dodatkowe badania wykazały m.in. występowanie humusu o znacznie większych miąższościach aniżeli wynikało to z oddalonych o ok. 50 metrów wierceń wykonanych w ramach DGI. W rejonie km 8+550 (odwiert DBPG_8+550L) stwierdzono humus o miąższości do 1,0 m.p.p.t tj. o ok. 2-3 razy więcej aniżeli mogłoby to wynikać z najbliższych odwiertów wykonanych w ramach DGI.

Należy zwrócić uwagę również na zamieszczony przez wykonawcę w odwołaniu, błędny sposób przyjmowania parametrów gruntu. Wykonawca w odwołaniu stwierdził, „Jeśli spojrzeć na podstawowe parametry geotechniczne gruntów w obszarze posadowienia obiektu OM-37 (poza ogólną ich kwalifikacją jako plastyczne), na podstawie których projektant podejmuje stosowne decyzje, a które wynikają z dokumentacji postępowania (prezentuje je tabela poniżej), należy wyraźnie podkreślić, iż warstwy, które ponoć pominął Wykonawca (Vb i Illc) charakteryzują się - zgodnie z Normą PN-EN ISO 14688-2:2018-05 - wysoką oraz bardzo wysoką wytrzymałością (S_u w przedziale 130 - 160 "Pa). To z kolei oznacza - krótko rzecz ujmując, - że ich opis w dokumentacji, jako utwory plastyczne pozostaje bez znaczenia.”.

Z wyjaśnienia odwołującego wynika, że do projektowania obiektu OM-37 przyjęto parametry średnie z tabeli parametrów wyznaczone dla tych samych warstw w różnych lokalizacjach, zamiast parametry gruntu określone wprost dla gruntów pod obiektem - vide: sondowania CPT-u. Parametry wynikające z sondowań CPT-u są gorsze (S_u w przedziale ca' 100 kpa, na głębokości ca' 4,8 - 6.2 m.p.p.t - S_u poniżej 100 kpa) aniżeli wynika to z przyjmowanych przez wykonawcę średnich parametrów (S_u ca' 130 - 160 kpa) z tabeli parametrów, a porównywanie tabel z DGI i z DBPG w kontekście parametrów, które wykonawca posiada z sondowań CPT-u dla obiektu OM-37 w tym przypadku pozbawione są sensu. Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący powinien posiadać wiedzę i być świadom konieczności przeanalizowania parametrów gruntów na etapie składania oferty. Wykonawca powinien był wiedzieć i powinien był przeanalizować parametry gruntu na podstawie sondowań CPT-u, SLVT, DPL itp. wskazanych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz dokumentacji badań podłoża gruntowego, jak i na podstawie wyników badań laboratoryjnych załączonych do DGI i DBPG. Wykonawca powinien mieć na uwadze, że parametry wyznaczone w tabeli parametrów zostały wyznaczone, jako wartości uśrednione dla całej trasy nie zaś w oparciu o indywidualne badania na tych konkretnych obszarach. Zatem, twierdzenie odwołującego, że „podstawowe parametry geotechniczne gruntów w obszarze posadowienia obiektu OM-37 (poza ogólną ich kwalifikacją jako plastyczne), na podstawie których projektant podejmuje stosowne decyzje, a które wynikają z dokumentacji postępowania (prezentuje je tabela poniżej)...”, jest złym i błędnym

założeniem powodującym, że sposób posadowienia został oparty nie na faktycznych parametrach określonych w danym miejscu a na parametrach uśrednionych.

Pytanie Nr 39: Zamawiający celem zweryfikowania (w sposób mierzalny) czy wykonawca uwzględnił wyniki badań warunków gruntowo-wodnych zadał wykonawcy pytanie o następującej treści: „Czy Wykonawca na odcinkach od km 11+600 do km 11+800 oraz od km 14+230 do km 14+500 uwzględnił możliwość wystąpienia gruntów słabonośnych (organicznych) o znacznych miąższościach i rozprzestrzenieniu (...). Prosimy o informacje na jakich odcinkach wskazanych w pytaniu przyjęto występowanie gruntów organicznych i na jakich głębokościach?...”.

Wykonawca udzielił m.in. następującej odpowiedzi, że „W ramach rozwiązań projektowych na powyższym odcinku przewidziano wymianę gruntów organicznych w miejscach ich występowania do maksymalnej głębokości 3 m p.p.t od km, 14+300 do km 14+350”.

Zamawiający wskazał, że zasięg gruntów słabonośnych (w tym gruntów miękkoplastycznych) o większych miąższościach bo do głębokości ca' 3,8 p.p.t występuje w większym zakresie niż wskazał to odwołujący w udzielonej odpowiedzi na pytanie Nr 39 o czym świadczy m.in. otwór z DBPG - WS 14+425P.

W przypadku wskazanego wyżej kilometraża wykonawca dokonuje nieco bardziej szczegółowej analizy po złożeniu oferty na skutek odrzucenia oferty a nie przed jej złożeniem. Wykonawca, zgodnie z treścią Aneksu do pytania Nr 46, przewidział konieczność wymiany gruntu na odcinku 14+300 - 14+350. Powyższe stało w sprzeczności ze wskazaną w odpowiedzi Nr 32 - vide: wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 14 października 2020 informacje dotyczące m.in. robót ziemnych w której wykonawca wskazał wymianę gruntu w ilości 0 m³.

Zamawiający widząc sprzeczność w udzielonych odpowiedziach zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie przyjętej w odpowiedzi na pytanie Nr 32 ilości wymiany gruntu 0 m³.

W odpowiedzi odwołujący poinformował, że ilość wymiany gruntu 0 m³ jest pomyłką, a ilości dotyczące wymiany gruntu należy przyjąć zgodnie z Aneksem do pytania Nr 46, tj. m.in. w km 14+300 - 14+350.

Zamawiający zwrócił szczególną uwagę na tę kwestię z uwagi, że wykonawca na etapie odwołania zmienia zdanie i twierdzi, że w km 14+300 - 14+350 wymiana gruntu nie będzie konieczna. Warunki gruntowo-wodne przed złożeniem oferty i po jej złożeniu nie uległy przecież zmianie - przynajmniej nie ma na to żadnych dowodów.

W kontekście powyższego udzielane przez odwołującego w tej kwestii odpowiedzi jak wykazywał w odrzuceniu oferty zamawiający są niespójne, niewiarygodne i próbują wprowadzić zamawiającego w błąd. Stanowisko odwołującego w zależności od zadanego

pytania i etapu postępowania w sposób istotny zmienia się w zależności od tezy, którą odwołujący próbuje wykazać.

Na marginesie zamawiający zauważył, że decyzję o braku konieczności wymiany gruntu w km 14+300 - 14+350 odwołujący podejmuje na podstawie przekroju, bez dokonywania analizy parametrów gruntu i stosownych obliczeń - jest to można powiedzieć w dużej mierze „przypuszczenie” wykonawcy, które powoduje, że ilości koniecznych wymian gruntu nie zostały przez wykonawcę rzetelnie przeanalizowane w oparciu o wszystkie przekazane przez zamawiającego dane. W przypadku wskazanego przez wykonawcę km 14+400 chodzi nie o rozbieżności w badaniach - bo takich nie wykazano, a o wykonane w ramach DBPG dodatkowe (uszczegóławiające) badania.

Powyższe w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z zapisami PFU, a wyników badań warunków gruntowo-wodnych nie należy traktować wybiórczo, ale kompletnie.

Niedopuszczalnym jest zatem twierdzenie, że odwołujący mógł zdecydować się na uwzględnienie wyników wyłącznie badań jednego z dwóch dokumentów.

Zamawiający podkreślił, że warunki gruntowo-wodne w poszczególnych miejscach wierceń i sondowań nie są rozbieżne, a wykonanie dodatkowych badań jako rozbieżności nie należy traktować.

Odnosząc się do załączonego w odwołaniu wewnętrznego e-mail wykonawcy, który ma w ocenie odwołującego świadczyć o uwzględnieniu wszystkich wyników badań z DBPG, zamawiający poinformował, że pomimo umieszczonych w emailu stwierdzeń, analizując fakty na podstawie złożonych wyjaśnień wykonawcy należy stwierdzić, że badania z DBPG nie zostały w ofercie uwzględnione.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) dalej jako: „nowa ustawa” albo „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 nPzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności z treści pytań zamawiającego i odpowiedzi odwołującego oraz dowodów złożonych na rozprawie.

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego stwierdzając, iż dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki postępowania (art. 541 nPzp).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba w całości podzieliła stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego Budimex S.A., uznając je za własne.

Jak słusznie wskazał bowiem zamawiający, przedmiotem sporu jest brak przeanalizowania i uwzględnienia przez odwołującego wszystkich wyników badań przekazanych przez zamawiającego w wiążącym TOMIE III s.i.w.z.

Kontrakt, wokół którego toczy się postępowanie, jest w formule „projektuj i buduj”, i to na wykonawcy ciąży obowiązek analizy wszystkich (a nie wybiórczo wybranych) zamieszczonych w opracowaniach geologicznych i geotechnicznych parametrów gruntu, w oparciu nie tylko o analizę przekrojów, ale również i przede wszystkim w oparciu o wyniki sondowań, wierceń, badań laboratoryjnych wraz z uwzględnieniem ryzyk, jakie mogą w związku z nimi wystąpić.

Izba stwierdziła, że badania udostępnione przez zamawiającego w TOM III s.i.w.z. w formie DBPG nie zostały przez odwołującego uwzględnione, pomimo że jest to jeden z dokumentów wiążących wykonawcę, na podstawie którego należało sporządzić ofertę.

Powyższe niejednokrotnie potwierdza również sam odwołujący w swoim odwołaniu.

Izba zwraca uwagę, że w ramach DBPG wykonano w sumie ok. 145 dodatkowych wierceń, co stanowi ok. 30% więcej w stosunku do DGI, natomiast w przypadku sondowań

wykonano w ramach DBPG dodatkowo 71 dodatkowych wierceń, co stanowi ok. 40% więcej sondowań w stosunku do DGI. Dodatkowe badania w ramach DBPG zostały wykonane (w różnym zakresie) dla niemal wszystkich obiektów inżynierskich. Nieuwzględnienie tak dużej ilości badań powoduje, że oferta odwołującego ma zasadnicze uchybienia i przygotowana jest nienależycie.

Zamawiający w trybie wyjaśnień zadał odwołującemu ponad 200 pytań, jednakże podkreślenia wymaga, że:

- po pierwsze – nie jest to liczba pytań, która odbiegałaby od liczby pytań zadawanych w innych postępowaniach, bądź wobec innych wykonawców,

- po wtóre – jest to przejaw przeprowadzenia dogłębnej analizy przedłożonej zamawiającemu oferty, wskutek której uwidocznione zostały niezgodności oferty odwołującego z obowiązującą s.i.w.z.

Zamawiający zobowiązany był przeanalizować ofertę i wyjaśnienia odwołującego jak każdego innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym i to uczynił. Brak uwzględnienia istotnych elementów s.i.w.z. i niespójność złożonych wyjaśnień potwierdza jedynie dokonaną przez zamawiającego ocenę złożonej oferty.

Podnieść również należy, że wyników badań warunków gruntowo-wodnych, na które składają się i DGI, i DBPG, nie można traktować wybiórczo, ale kompletnie jako wzajemnie się uzupełniających. Rzekoma hierarchia, którą wywodzi odwołujący w odwołaniu, stanowi *de facto* wyliczenie dokumentów przekazanych przez zamawiającego, które muszą zostać uwzględnione przez wykonawców (str. 36-37 PFU). Wyliczenie tych dokumentów (kolejność ich wypunktowania) nie oznacza, że dokument umieszczony w pkt np. 3 (tu: DŚU) jest mniej ważne niż w pkt 1 (tu: prognoza ruchu).

Stwierdzenie natomiast, że „wszelkie rozbieżności pomiędzy nimi powinny być odczytywane i interpretowane w powyższej kolejności, z zastrzeżeniem, że wymagania opisane w niniejszym PFU są wymaganiami nadrzędnymi w stosunku do tych, które są określone w powyższych dokumentach” oznacza jedynie, że znaczenie priorytetowe ma Program funkcjonalno-użytkowy i to nie tylko z powodu treści zawartych na tejże stronie 37 PFU, ale również z racji postanowień rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r., klasyfikujący ten dokument jako o znaczeniu zasadniczym dla zamierzonej inwestycji, stanowiącym źródło przygotowania oferty, w tym wyceny i wynagrodzenia prac projektowych i robót budowlanych (§ 15 rozporządzenia).

Podnieść także należy, że odwołujący w sposób nieuprawniony wykazane braki w ofercie nazywa pomyłkami (np. str. 13 odwołania), próbując umniejszyć ich rangę. Należy jednak wskazać, że podstawowym warunkiem umożliwiającym zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3

Prawa zamówień publicznych jest stwierdzenie, że dokonanie poprawy nie spowoduje istotnych zmian treści oferty. W sytuacji nieujęcia przez wykonawcę określonego, istotnego elementu przedmiotu zamówienia nie może ono zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż byłoby to całkowicie niezgodne z podstawowymi zasadami postępowania wyrażonymi w art. 7 ust. 1 wskazanej ustawy (tak np. KIO 1934/20).

Co więcej możliwość poprawy omyłki jest wyjątkiem od reguły nakazującej złożenie oferty zgodnej z s.i.w.z. i może być dokonywane jedynie w ścisłych granicach wyznaczonych przez przepisy ustawy Pzp. Aby mówić o omyłce w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy ustalić, czy zamawiający mógł samodzielnie stwierdzić, jaka była rzeczywista wola wykonawcy, aby móc następnie doprowadzić do zgodności oświadczenia złożonego w ofercie z zamiarem, jaki od początku towarzyszył złożeniu oferty (patrz KIO 196/20, KIO 2304/19).

Zdaniem Izby w sytuacji, w której zamawiający doszedł do przekonania, że złożona oferta jest niewątpliwie sprzeczna z s.i.w.z., co miało miejsce w sprawie, jest zobowiązany do jej odrzucenia. Niezgodność treści oferty z s.i.w.z. ma tu charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego przez wykonawcę. Tym samym zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych do dokonywania poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w s.i.w.z. Zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią s.i.w.z. (na podstawie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w treści oferty, wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 wskazanej ustawy (tak KIO 1374/19).

Z dowodów przedłożonych na rozprawie (opinii sporządzonych przez osoby legitymujące się odpowiednim wykształceniem i doświadczeniem), które Izba dopuściła nadając im walor opinii prywatnych, stanowiących *de facto* poparcie prezentowanych stanowisk, wynika, iż nie ma racji odwołujący, twierdząc, iż wystarczające jest uwzględnienie jedynie wyników badań przedstawionych w dokumentacji DGI. Wniosek taki wypływa chociażby z opinii złożonej przez odwołującego, sporządzonej przez Instytut Innowacji i Technologii Politechniki Białostockiej sp. z o.o., w której opiniujący (na stronie 6) wprost wskazali, cyt. „W dokumentacji badań podłoża gruntowego [DBPG – przyp. Izby] rozszerzono badania geotechniczne w postaci dalszych wierceń, sondowań i badań laboratoryjnych.

Dokumentacja ta jest kontynuacją badań zawartych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej [DGI – przyp. Izby] i je uzupełnia. Obie dokumentacje są bardzo obszerne”. W opinii tej stwierdzono również, że „Nie są znane autorom ekspertyzy przesłanki, którymi kierował się Wykonawca nie powołując się (w swojej odpowiedzi na pytanie Nr 37 zadane przez Zamawiającego) na dane zawarte w DBPG” (str. 15).

Podobnie wypowiedzieli się autorzy opinii wydanej przez Instytut Dróg i Mostów, Wydział Inżynierii Lądowej Politechniki Warszawskiej, którzy stwierdzili, iż „Autorzy opinii nie podejmują się oceny, czy firma Kolin [odwołujący – przyp. Izby] uwzględniła, czy też nie uwzględniła wyniki badań zawartych w DBPG podczas przygotowania oferty” (str. 6).

Opinie powyższe w swej treści odwołują się również do dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego i stanowią *de facto* polemikę z jej prawidłowością, co na tym etapie postępowania należy ocenić za niedopuszczalne.

Natomiast opinie przedłożone przez przystępującego Budimex, wprost odnoszą się do wadliwości przyjętych przez odwołującego założeń o możliwości przyjęcia tylko dokumentacji DGI. W opinii sporządzonej przez prof. dr hab. inż. K.G. oraz dr inż. A.S. wynika, że „Proponowane rozwiązanie posadowienia stwarza ryzyko nierównomiernych osiadań, niewystarczającej nośności i nadmiernych osiadań podpory w obszarze rozpoznanych warunków gruntowych na podstawie sondy DBPG_WS_9+200_1. Należy zaznaczyć, że technologia DSM nie poprawia, a raczej obniża parametry mechaniczne otaczającego gruntu, a szczególnie gruntu spoistego.”, „Z oceny przekrojów geotechnicznych wynika również, że warstwa plastyczna IIIc może wyklinowywać się w obszarze obiektu. Stwarza to dodatkowe niebezpieczeństwo powstania różnicy osiadań. Należy bezwzględnie dążyć do pełnego bezpieczeństwa posadowienia. Wieloletnia (np. 100 lat) przyszła eksploatacja ma zapewnić właściwe przekazywanie obciążeń na nośne warstwy podłoża. Wątpliwe chwilowe oszczędności mogą być bardzo kosztowne w przyszłej długoletniej eksploatacji obiektu” (str. 4).

W opinii sporządzonej przez mgr inż. R.K. wskazano natomiast, iż „Rozpatrując zakres DBPG oraz DGI należy stwierdzić, że badania określone w DGI nie są wystarczające pod kątem określenia konstrukcji i posadowienia szczegółowo przeanalizowanych wyżej zbiorników. Dla wielu zbiorników lokalizacja otworów DGI jest w znacznej odległości od projektowanego zbiornika. Dobór konstrukcji zbiornika i jego posadowienia na podstawie najbliższego odwiertu o niewystarczającej długości jest zatem założeniem błędnym, niezgodnym z SIWZ do skalkulowania oferty. Mowa tu o odległościach od zbiornika rzędu nawet 105 m, co zostało zestawione w tabeli 1. Ponadto dla zbiorników, których dno w znacznej mierze posadowione jest na głębokości 2-2,5m od poziomu terenu, odwierty o głębokości 3 m są niewystarczające. W dokumentacji DBPG oprócz większej ilości wykonanych odwiertów w docelowej lokalizacji zbiorników zwiększono również ich

głębokość. Przy określeniu konstrukcji i posadowienia zbiornika odwiert powinien być minimum 0 1,5 m głębszy od rzędnej dna zbiornika. W dokumentacji DGI odwierty pod zbiorniki posiadały głębokość 3 m, a dopiero w dokumentacji DBPG pojawiają się odwierty o głębokości 6m. Na podstawie wyżej wskazanych przykładów, można wnioskować, że nie uwzględnienie dokumentacji DBPG jest obarczone błędami, a przede wszystkim niezgodnością z SIWZ. Przy tym zauważyć należy, iż oferenci do prawidłowego skalkulowania oferty winni byli przeanalizować i rozpatrywać łącznie dokumenty opisujące warunki gruntowo — wodne przedstawione w pkt 1.2 PFU. Wybiórcze potraktowania wiążących dokumentów przekazanych przez Zamawiającego niesie ogromne ryzyko błędu” (str. 9).

Dlatego też słuszne jest twierdzenie, że przyjęcie przez odwołującego jedynie DGI do oceny złożoności prac i odpowiedniego ich wycenienia, jest czynnością wadliwą, elementarnie istotną dla powodzenia realizacji przyszłej inwestycji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz §8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....