

WYROK
z dnia 21 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Rubau Polska Sp. z o. o. w Warszawie i Poltores Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, jednostka prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie przy udziale wykonawcy STRABAG Sp. z o. o. w Pruszkowie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty konsorcjum Rubau Polska Sp. z o. o. w Warszawie i Poltores Sp. z o. o. w Warszawie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym ewentualne wezwanie konsorcjum Rubau Polska Sp. z o. o. w Warszawie i Poltores Sp. z o. o. w Warszawie do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p.
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum Rubau Polska Sp. z o. o. w Warszawie i Poltores Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz konsorcjum Rubau Polska Sp. z o. o. w Warszawie i Poltores Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 21 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 543/22

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S19 Białystok - Lubartów, Kock (początek obwodnicy) - Lubartów w Lubartów Północ, odc. 2 Kock (koniec obwodnicy Woli Skromowskiej) - w. Lubartów Północ (bez węzła) o dł. ok 15,824 km”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 6 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 151-398774, zwane dalej „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 28 lutego 2022 r. odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu wniosło konsorcjum Rubau Polska Sp. z o. o. ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa i Poltores Sp. z o. o. ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa (dalej zwane „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia (SWZ), pomimo tego, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia,
2. ewentualnie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim Zamawiający miał wątpliwości, czy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ewentualnie zwrócenie się do odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. o dodatkowe wyjaśnienia, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Wniesiono także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., tj. treść oferty jest

niezgodna z warunkami zamówienia (SWZ). Zamawiający wskazał, że oferta podlega odrzuceniu, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym (dalej też jako „PFU”) oraz WWiORB, co jego zdaniem wynika z udzielonych dwukrotnie w toku postępowania przez odwołującego wyjaśnień. W wyniku analizy rzeczonych wyjaśnień zamawiający stwierdził niezgodność złożonej oferty z SWZ, z czym nie sposób się zgodzić. Według art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (SWZ). Jednocześnie, zgodnie z art. 223 ust. 1 p.z.p., zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać wyjaśnienia jej treści oferty przez wykonawcę. Aby zamawiający mógł odrzucić ofertę jako niezgodną z dokumentacją zobowiązany jest wskazać jednoznaczną treść SWZ (w tym PFU) oraz treść oferty wykonawcy, która nie koresponduje z określoną treścią SWZ. Niezgodność oferty z SWZ powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli jako niezgodność treści oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w SWZ, w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego, co zostanie wykazane w dalszej części odwołania, zamawiający nie udowodnił sprzeczności treści oferty odwołującego z konkretnymi warunkami SWZ (w szczególności dotyczy to niezgodności nr 3, 4, 5 i 6).

Ponadto, zamawiający błędnie porównał treść wyjaśnień udzielonych przez odwołującego z warunkami SWZ, a nie treść złożonej przez odwołującego oferty, która co ważne dotyczy projektu w formule "zaprojektuj i wybuduj", która znajduje zastosowanie, gdy zamawiający nie dysponuje szczegółowymi opracowaniami koncepcyjnymi odnoszącymi się do planowanej inwestycji. W przeciwieństwie do realizacji inwestycji w systemie tradycyjnym, gdzie wykonawca zamówienia realizuje roboty według dostarczonego przez zamawiającego projektu, w systemie „zaprojektuj i wybuduj” na zlecenie zamawiającego opracowany jest jedynie wstępny projekt inwestycji. Na tej podstawie opracowywana jest dokumentacja przetargowa. Następnie, w wyniku postępowania przetargowego wyłaniany jest generalny wykonawca zamówienia, który sporządza projekt budowlany, uzyskuje pozwolenie na budowę, a później realizuje roboty według wykonanego przez siebie projektu. W systemie "zaprojektuj i wybuduj” przedmiot zamówienia publicznego wykonawcy definiuje PFU (tomy II - V SWZ), określający ogólne parametry inwestycji (art. 103 p.z.p.), który również stanowi podstawę obliczenia planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych. PFU obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Szczegółowe warunki programu funkcjonalno-użytkowego znajdują się w Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz

programu funkcjonalno - użytkowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454). Zgodnie z § 15 ww. rozporządzenia PFU służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. W następstwie powyższego, opis przedmiotu zamówienia w procedurze „zaprojektuj i buduj”, w porównaniu z procedurą klasyczną, uregulowaną w art. 647 k.c., jest bardziej ogólny i znacząco mniej szczegółowy od opisu w procedurze klasycznej. Jednocześnie z uwagi na fakt, że wykonawca - zgodnie z umową - zobowiązany jest nie tylko wykonać roboty budowlano-montażowe, lecz uprzednio opracować projekt wykonawczy, może on - w miarę potrzeby - dostosowywać treść tego projektu do uwarunkowań technicznych zmieniających się w trakcie realizacji robót. O ile zatem przewidziane przez wykonawcę rozwiązania nie są wprost sprzeczne z wymaganiami wynikającymi z PFU, to wykonawca ma dużą elastyczność w zakresie tego w jaki sposób je wdrożyć na etapie realizacyjnym. Jednocześnie, wbrew twierdzeniom zamawiającego, udzielone przez odwołującego wyjaśnienia nie są sprzeczne z warunkami zamówienia.

Odwołujący dodał, że wyjaśnienia złożone w postępowaniu nie stanowią treści oferty, ani tym bardziej - biorąc pod uwagę formułę inwestycji, nie są niezmiennie. Już tylko z tej przyczyny czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. nie może się ostać, a jedyne rzekome rozbieżności zamawiający wskazał w udzielonych przez odwołującego wyjaśnieniach, które ani nie stanowią treści jego oferty. Powyższe zdaniem odwołującego potwierdza wskazane w odwołaniu orzecznictwo Izby. W zakresie poszczególnych niezgodności podniesiono jak niżej.

a) Niezgodność nr 1 [pytanie nr 63] - zabezpieczenie zbocza:

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty w tym zakresie stwierdza konieczność zastosowania drobnowymiarowych elementów betonowych na zaprawie cementowo-piaskowej do umocnienia stożków i skarp nasypu, powołując się na postanowienia pkt 2.1.16.3.14 c) PFU, w którym wskazano, że: „c) W przypadku obiektu innego niż przejście dla zwierząt lub zespolonego z przejściem, stożki i skarpy nasypu przylegające do obiektu należy umocnić za pomocą materiałów zapewniających stateczność zbocza i zabezpieczających go przed niszczącym działaniem wiatru i wody, z wyłączeniem obsiewu trawą”. Jak już zostało wskazane powyżej, z uwagi na formułę realizacji zamówienia, zamawiający nie żąda od wykonawcy wykonania zamówienia przy zastosowaniu określonych materiałów, ale jedynie zawiera wytyczne, że materiały te mają (i) zapewniać stateczność i (ii) bezpieczeństwo zbocza przed zjawiskami pogodowymi. Zamawiający pozostawił w tym zakresie wykonawcy zarówno dobór metodologii wykonania zamówienia, jak i rodzaj użytych materiałów.

Wbrew formułowanym przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty argumentom, z treści przytoczonego wymagania w żaden sposób nie wynika obligatoryjna konieczność zastosowania drobnowymiarowych elementów betonowych. Wskazywany przez zamawiającego rodzaj wykonania zamówienia jest jedną, ale nie jedyną z dopuszczalnych metod wykorzystywanych przy budowie obiektów innych niż przejścia dla zwierząt lub zespolonych z przejściem. Zaproponowane przez odwołującego rozwiązanie polegające na wykorzystaniu geokraty polimerowej również będzie spełniać funkcje wskazane w PFU i również będzie zapewniać stateczność zbocza i zabezpieczy go przed działaniem wiatru i wody. Geokrata polimerowa jest produktem bardzo skutecznym i powszechnie stosowanym w budownictwie komunikacyjnym (drogowym i kolejowym), jako materiał do wzmacniania powierzchniowego skarp, nawet tam gdzie konieczne jest zastosowanie pochylenia skarp bardziej stromeego niż 1:1,5 (przy czym w analizie ofertowej na podstawie danych zawartych w PFU nie przewidziano stosowania mniejszych pochyłeń w odniesieniu do skarp przyobiektowych i stożków przyczółków). Zamawiający nie określił parametrów nachylenia skarp co wynika wprost z odpowiedzi na pytanie nr 296 do SWZ z dnia 24.09.2021 r. Co istotne również, geokrata polimerowa ze względu na swoje właściwości, takie jak duża wytrzymałość na rozciąganie czy starzenie jest stosowana również w dużo bardziej skomplikowanych konstrukcjach budowlanych niż ochrona przeciwoerozyjna (w tym jako materiał konstrukcyjny), jak na przykład konstrukcje oporowe na stromym zboczu, ulepszenie podłoża pod drogę, place w warunkach słabych gruntów lub strefy przejściowe za przyczółkami obiektów kolejowych.

Ponadto, przyjęte przez zamawiającego stanowisko, zgodnie z którym do wykonania zamówienia należy zastosować konkretne rozwiązanie - betonowe płyty, wynika z faktu, że w niektórych dokumentacjach w uprzednio zrealizowanych inwestycjach zamawiający wskazywał na konieczność wykorzystania tego właśnie rozwiązania, tak np. projekt dotyczący odcinka trasy S19 na terenie Oddziału Lubelskiego Kraśnik - Janów czy Obwodnica Janowa Lubelskiego, dowód: wyciąg z PFU w załączeniu. Niemniej, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający zrezygnował z takiego wymagania, dopuszczając zastosowanie innych rozwiązań, które finalnie będą spełniały opisane w PFU funkcje. Zamawiający jest obowiązany zbadać ofertę w oparciu o wymagania określone na potrzeby danego postępowania, a nie w oparciu o dotychczasową praktykę i wypracowane, na potrzeby innych inwestycji standardy. Jedyną wiążącą wytyczną w zakresie omawianego wymogu był zakaz wykorzystania materiałów/rozwiązań polegających na obsiewie trawą. Zaproponowane przez odwołującego rozwiązanie nie narusza wymagań zamawiającego w tym zakresie, zatem oferta nie może zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia.

b) Niezgodność nr 2 [pytanie nr 25] - powiązanie z droga DK19:

Zamawiający uznał, że udzielona przez odwołującego odpowiedź na pytanie dotyczące powiązania projektowanej S19 z istniejącą drogą DK19 potwierdza niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący w udzielonej odpowiedzi wskazał, jak cytuje zamawiający, że zakłada czasowe powiązanie projektowanej S19 z istniejącą drogą DK19 wraz z oddzielnym scenariuszem zarządzania ruchem, w tym z uwzględnieniem czasowej organizacji ruchu, jako dodatkowy element względem OPZ. Zamawiający upatruje niezgodność oferty odwołującego z pkt 1.1.1. ppkt 30 PFU, zgodnie z którym w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej wykonawca powinien wykonać wszelkie roboty wynikające z konieczności połączenia odcinka do istniejącego układu komunikacyjnego. Przywołany fragment PFU, tj. pkt 1.1.1. ppkt 30 nie stanowi obowiązku, który kreuje zamawiający i brzmi następująco: "Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty: Pisemnie uzgodnić między Wykonawcami rozwiązania projektowe na styku sąsiadujących zadań. Uwzględnić, iż na granicach styków sąsiadujących odcinków muszą być zachowane elementy geometrii z udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej tj. rzędne, pochylenia podłużne i poprzeczne. Elementy łuków pionowych i poziomych nie mogą przechodzić na odcinek sąsiedni. Zamawiający dopuści jednak inne rozwiązanie uzgodnione z Wykonawcą sąsiedniego odcinka, ale nie będzie ono powodować zmiany ceny kontraktowej. Szczegóły styku odcinków powinny być zaakceptowane przez Zamawiającego".

W ocenie odwołującego wskazany przez zamawiającego fragment nie odnosi się wprost do wykonania jakichkolwiek robót - odnosi się on do uzgodnień z wykonawcą sąsiadującego odcinka na etapie projektowania. Przy czym pozostałe podpunkty punktu 1.1.1. PFU zawierają obowiązek wykonania poszczególnych robót budowlanych. Podstawa prawna odrzucenia oferty odwołującego jest zatem błędna.

Nie można także pominąć, że zamawiający dokonał selektywnej oraz wybiórczej oceny treści udzielonych przez odwołującego wyjaśnień. Odwołujący wyjaśnia, że zgodnie z odpowiedzią z dnia 23.11.2021 r. jednoznacznie potwierdził, że oferta obejmuje wykonanie powiązania drogi ekspresowej S19 z istniejącym układem komunikacyjnym w tym drogą krajową DK nr 19: "W przypadku nie wybudowania sąsiednich odcinków Wykonawca zakłada czasowe powiązanie projektowanej S19 z istniejącą drogą DK19 wraz z oddzielnym scenariuszem zarządzania ruchem w tym z uwzględnieniem czasowej organizacji ruchu. Element ten jest dodatkowym względem Opisu Przedmiotu Zamówienia i będzie podlegał odrębnej procedurze zgodnej z Warunkami Kontraktu. Uruchomienie oraz połączenie z sąsiednimi odcinkami nie będzie miało wpływu na wydanie Świadectwa Przejęcia".

W powyższej odpowiedzi wykonawca potwierdził, że "zakłada ewentualne czasowe powiązanie projektowanej S19 z istniejącą drogą DK19 wraz z oddzielnym scenariuszem zarządzania ruchem w tym z uwzględnieniem czasowej organizacji ruchu". Odwołujący dodatkowo poinformował zamawiającego, że jest świadomy, iż w przypadku nie wybudowania sąsiednich odcinków powiązanie projektowanej S19 z istniejącą DK19 będzie „dodatkowym względem OPZ wymagającym uruchomienia odrębnej procedury zgodnej z kontraktem”, tj. procedury uzyskiwania zamiennnej decyzji ZRID na tzw. czasowe włączenie S19 do istniejącej DK19. Odwołujący założył zatem wykonanie powiązania projektowanej drogi z istniejącą w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej, wskazując jednocześnie, iż jest to dodatkowy względem OPZ obok podstawowego wymagania zaprojektowania, w uzgodnieniu z wykonawcami odcinków sąsiednich, powiązania projektowanej części z odcinkami sąsiednimi. Udzielona odpowiedź wskazuje, wbrew założeniom zamawiającego, że dokonano szczegółowej analizy PFU, a przyjmowany sposób realizacji zamówienia kompleksowo obejmuje wszystkie możliwe do wystąpienia ryzyka kontraktowe. W udzielonej odpowiedzi wskazano jedynie, że przedmiot zamówienia wskazuje do realizacji zadanie, polegające na: (i) zadaniu podstawowym, którym jest wykonanie drogi ekspresowej i dołączenie jej do sąsiednich odcinków, co nie wymaga wdrożenia dodatkowych procedur i robót tymczasowych, oraz (ii) zadaniu dodatkowym/opcjonalnym, które również uwzględnił w swojej ofercie, polegającym na dowiązaniu zrealizowanej przez odwołującego drogi ekspresowej do innej drogi, jedynie w przypadku, gdy inny wykonawca nie zrealizuje swojego zadania. Zakres ten jest opcjonalny i w przypadku jego wystąpienia spowoduje konieczność uruchomienia procedur działania opisanych w warunkach kontraktu.

Ponadto, w zezwoleniu na realizację robót drogowych nie występuje pojęcie czasowego podłączenia drogowego - decyzja wydawana jest dla całej inwestycji i nie rozróżnia budowanych obiektów trwałych i czasowych. Zatem na etapie składania wniosku o ZRID należy założyć jeden z dwóch scenariuszy - dowiązanie do stanu istniejącego lub do projektowanych sąsiednich odcinków. Jeżeli w trakcie realizacji robót okaże się, że zmiana scenariusza byłaby konieczna, to zgodnie z warunkami kontraktu należałoby uzyskać ZRID zamienny, co zgodnie ze zmianą SWZ nr 7 oraz pkt 1.1.1 ppkt. 25 PFU zawarto w ryzyku i ofertowanej zaakceptowanej kwocie kontraktowej, zaś stanowisko przyjęte przez zamawiającego stanowi wyraz nadinterpretacji wyjaśnień odwołującego.

c) Niezgodność nr 3 [pytanie nr 26] - uzyskanie lub zmiana decyzji środowiskowej:

Zamawiający przyjmuje, że oferta odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż z treści udzielonych przez niego wyjaśnień miało wynikać, iż nie przewiduje on uzyskania lub zmiany decyzji środowiskowej. Zamawiający uważa, że udzielona odpowiedź jest niezgodna z pkt 1.2 PFU, zgodnie z którą: "Jeżeli w wyniku przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań zajdzie konieczność wyjaśnienia poza granice

określone w DŚU oraz gdy nie jest możliwe zaprojektowanie i wykonanie Robót (...) należy uzyskać zmiany tej decyzji (...). Odwołujący wskazuje, że mając na względzie potrzebę sprawnej realizacji zadania nie przewidywał i nie planował na etapie ofertowania podejmowania działań dążących do konieczności uzyskiwania zamiennej bądź nowej decyzji środowiskowej. Opierając się na swoim szerokim doświadczeniu oraz obserwacjach bieżących kontraktów realizowanych przez GDDKiA odwołujący planuje dążyć do minimalizacji ilości „wyjść” poza linię DŚU do zakresów akceptowanych przez RDOŚ i jednocześnie nie powodujących konieczności uzyskiwania zmiany lub nowej decyzji środowiskowej. Takie podejście jest możliwie najbardziej korzystne, zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy.

Jednocześnie powołując się w swojej odpowiedzi na pkt 1.2 PFU, odwołujący potwierdził znajomość zapisów PFU przytoczonych poniżej, a także fakt, że nie wyklucza pojawienia się konieczności uzyskiwania zamiennej decyzji DŚU w trakcie procesu projektowania co oczywiście uwzględnił w swojej wycenie i ryzyku. Zgodnie z pkt 1.2. PFU „Zmiana lub uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach W przypadku, gdy Wykonawca uzna konieczność zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, od której nie zostało wniesione odwołanie, z wnioskiem o jej zmianę wystąpi do właściwego RDOŚ. W przypadku, gdy zachodzi konieczność zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, od której wniesiono odwołanie i na skutek wniesionego odwołania organ odwoławczy (GDOŚ) utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję, lub uchylił zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzekł co do istoty sprawy, z wnioskiem o zmianę decyzji Wykonawca wystąpi bezpośrednio do tego organu, z pominięciem organu I instancji”.

Wniosek o zmianę decyzji środowiskowej wymaga uzyskania zgody zamawiającego. Jeżeli w wyniku przyjętych przez odwołującego rozwiązań zajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w DŚU oraz gdy nie jest możliwe zaprojektowanie i wykonanie robót w sposób umożliwiający niewychodzenie poza granice określone w DŚU, należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe. W tym celu należy opracować materiały do wniosku o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub materiały do wniosku o dodatkowe decyzje wraz z KIPem lub raportem o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, a następnie w imieniu zamawiającego wystąpić z wnioskiem o wydanie tych decyzji do właściwych organów. Wykonany raport oddziaływania na środowisko wymaga, przed złożeniem wniosku do organu, uzgodnienia z GDDKiA. Dokonane zmiany i uzupełnienia, z uwzględnieniem postanowień zawartych w ogólnych i szczególnych warunkach kontraktu, będą procedowane zgodnie z klauzulą 13 warunków kontraktu. W sytuacji, w której zamawiający uzależnia konieczność uzyskania nowej lub zamiennej decyzji środowiskowej od zaistnienia określonych w PFU przesłanek nie

sposób uznać, że zakładany przez odwołującego sposób realizacji zamówienia (który nie zakłada planowo takiej okoliczności) jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący podniósł dalej, że w odpowiedzi na pytanie nr 15 do SWZ opublikowanej w dniu 24.08.2021 r. zamawiający wskazał, że koncepcja programowa wskazana w tomie V SWZ nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych. Zaś odpowiedź na pytanie nr 16 świadczy o tym, że zamawiający "przewiduje" konieczność pozyskania nowej lub zamiennej decyzji, a nie bezwzględny obowiązek uzyskania dokumentu. Skoro zatem koncepcja programowo - przestrzenna nie stanowi części opisu przedmiotu zamówienia określającego "warunki zamówienia" to trudno uznać, że jej treść może przesądzać o istnieniu wobec oferty przesłanki odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Odwołujący wskazał też na odpowiedzi na pytania nr 328, 422, 507 i 563 i stwierdził, że zamawiający pozostawia swobodzie wykonawcy decyzję, czy sposób planowanych przez niego prac będzie wymagał pozyskania nowej lub zamiennej decyzji środowiskowej, czy też nie. Oba rozwiązania z uwagi na model realizacji zamówienia (zaprojektuj i wybuduj) są poprawne. Okoliczność, iż wykonawca planuje wykorzystać jeden z dwóch wariantów sposobu wykonania prac nie świadczy o tym, że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przyjęte przez zamawiającego założenia są sprzeczne z udzielonymi w toku postępowania przetargowego odpowiedziami do SWZ. Z niezgodnością z warunkami zamówienia mielibyśmy do czynienia w sytuacji, w której zamawiający określiłby w PFU bezwzględny obowiązek jej pozyskania dla celów projektowych i realizacyjnych. Brak wiążących wytycznych zamawiającego uniemożliwia uznanie, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

d) Niezgodność nr 4 [pytanie nr 70] - rodzaj nawierzchni:

Kolejną wskazaną przez zamawiającego niezgodnością oferty odwołującego z warunkami zamówienia jest kwestia udzielonej odpowiedzi w zakresie rodzaju nawierzchni na trasie głównej i obiektach inżynierskich. Zamawiający przyjmuje m.in., że odwołujący nie uwzględnił "rozwiązań dla pełnego zakresu grup nośności podłoża określonych na podstawie Dokumentacji Geologicznej, jako grupy nośności G2-G4".

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zacytowana przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego odpowiedź na pytanie nr 70 stanowi odwzorowanie fragmentu PFU opisującego wymagania dotyczące nawierzchni dla trasy głównej - tj. pkt 2.1.1.1 konstrukcje nawierzchni podatnych. Mając na względzie powyższe trudno uznać, że w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z jakąkolwiek niezgodnością z warunkami zamówienia, skoro stanowi ona cytata z dokumentacji przetargowej. W ocenie odwołującego identyfikowana przez zamawiającego niezgodność wynika z błędnego i zamiennego używania pojęć technicznych. Podkreślić bowiem należy,

że pytanie nr 70 dotyczyło wyłączenie "rodzaju nawierzchni", a nie grup nośności "podłoża". Nie ma podstaw, zarówno technicznych, jak i prawnych, aby pojęcia używać zamiennie czy też uzupełniająco.

Zgodnie z pkt 3.1.2 PFU do zamówienia zastosowanie znajdzie Zarządzenie nr 30 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 r. w sprawie katalogu typowych konstrukcji nawierzchni sztywnych, zgodnie z którym podłoże gruntowe nawierzchni to warstwa ulepszanego podłoża i grunt rodzimy w wykopie lub grunt nasypowy w nasypie, zakwalifikowany do jednej z grup nośności podłoża od G1 do G4. A konstrukcja nawierzchni (nawierzchnia) to warstwy górne - warstwa ścieralna, wiążąca podbudowa zasadnicza i warstwy dolne - podbudowa pomocnicza i warstwa mrozoochronna (tak rys. 4.1. schemat i nazwy warstw konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych oraz warstwy ulepszanego podłoża).

W celu zobrazowania istoty problemu należy odwołać się do definicji pojęcia "nawierzchnia" zgodnie ze słownikiem zawartym w Zarządzeniu Nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 r. w sprawie Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych - które także wskazano w pkt 3.1.2. PFU, gdzie konstrukcja nawierzchni lub nawierzchnia to zespół odpowiednio dobranych warstw, którego celem jest rozłożenie naprężeń od kół pojazdów na podłoże gruntowe nawierzchni oraz zapewnienie bezpieczeństwa i komfortu jazdy pojazdów. Konstrukcja nawierzchni spoczywa na podłożu gruntowym lub na warstwie ulepszanego podłoża. Określenia „konstrukcja nawierzchni” i „nawierzchnia” są równoznaczne i mogą być stosowane wymiennie. Biorąc pod uwagę powyższą definicję pojęcia „nawierzchnia”, tj. zespół odpowiednio dobranych warstw” oraz przyjmując pewną analogię do sposobu interpretacji przez zamawiającego odpowiedzi udzielonej przez odwołującego można zakładać, że w przypadku, gdyby odwołujący wyjaśnił, że zamierza po prostu wykonać nawierzchnię bitumiczną byłaby to niepełna i dalece nieprecyzyjna odpowiedź, a zamawiający musiałby uznać, że odwołujący uwzględnił w ZZK i planuje wykonać tylko warstwę ścieralną.

Udzielona odpowiedź dotyczyła tylko i wyłącznie nawierzchni, a nie podłoża - gdyż tak zostało sformułowane pytanie zamawiającego: "jaką nawierzchnię na trasie głównej i na obiektach inżynierskich przewidział i wycenił Wykonawca?" Cytowane przez zamawiającego oświadczenie odwołującego stanowiło odpowiedź w zakresie nakreślonym zadanyim pytaniem. Należy zwrócić uwagę, że pytanie nie dotyczyło ulepszenia podłoża konstrukcji nawierzchni. Zamawiający dokonuje niewłaściwej interpretacji oświadczenia odwołującego, która jest całkowicie oderwana od pozostałych odpowiedzi, jak również która nie koreluje z samym pytaniem, którego autorem jest zamawiający. Nie sposób zgodzić się z takim działaniem zamawiającego, który w sposób całkowicie arbitralny oraz wybiórczy narzuca odwołującemu, że deklaruje on wykonanie zamówienia w określony sposób.

Informacja w zakresie zakładanego przez odwołującego sposobu ulepszenia podłoża grup nośności G2-G4 znajduje się w odpowiedzi, na pytania nr 35, 36, 37 zawartych w wyjaśnieniach z dnia 23.11.2021 r. oraz uzupełnienia odpowiedzi na pytanie nr 37 wyjaśnieniem nr 2 z drugiego zestawu wyjaśnień z pisma z dnia 9 grudnia 2021 r., co zacytowano.

Odwołujący podsumował, że uzasadnienie odrzucenia jego oferty świadczy o tym, że zamawiający nie przeanalizował w sposób kompleksowy i całościowy udzielonych wyjaśnień. Odwołujący wbrew twierdzeniom zamawiającego wskazał rozwiązania dla pełnego zakresu grup nośności podłoża, a zamawiający nie wykazał, że rozwiązanie to niezgodne z warunkami zamówienia. Zamawiający dokonał selektywnej i arbitralnej oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego, więc nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że odwołanie zasługuje w tym zakresie na uwzględnienie.

e) Niezgodność nr 5 [pytania nr 50, 51] - zaangażowanie zasobów ludzkich:

Kolejną identyfikowaną przez zamawiającego niezgodnością jest rzekome planowane zaangażowanie do realizacji zamówienia, tj. do robót nawierzchniowych, niewystarczającej liczby osób. Odnosząc się do powyższego odwołujący w pierwszej kolejności zauważa, że zamawiający nie wskazuje w uzasadnieniu odrzucenia oferty treści SWZ, która miałyby świadczyć o wskazywanej niezgodności. Zamawiający wskazuje, że jego decyzja jest oparta na "doświadczeniu Oddziału na innych kontraktach", zgodnie z którym "dla zapewnienia wykonania w terminie robót bitumicznych Wykonawca powinien dysponować min. 2 zespołami do robót nawierzchniowych". To, czy odwołujący w sposób prawidłowy zarządza swoim personelem oraz czy angażuje do realizacji zamówienia prawidłową ilość pracowników będzie możliwe do ustalenia dopiero na etapie realizacji inwestycji. Takie informacje będą zawarte w systemie zarządzania jakością, do którego przygotowania wykonawca będzie zobowiązany zgodnie z subklauzulą 4.9 SWK oraz harmonogramie, o którym mowa w subklauzuli 8.6. W sytuacji, w której zamawiający uzna, że przewidywana ilość pracowników jest niewystarczająca nie dokona akceptacji tych dokumentów ze wszelkimi tego konsekwencjami, wymuszając na wykonawcy zwiększenie zasobów ludzkich przy wykonaniu poszczególnych robót. Na tym etapie, gdy nie jest znany ostateczny i szczegółowy zakres projektowy, dedykowany sposób angażowania personelu ma charakter wstępny, który będzie ulegał modyfikacjom już na etapie wykonania umowy. Argumenty podnoszone przez zamawiającego są zatem niemożliwe do zaakceptowania z uwagi na dosłowną treść określonych w dokumentacji przetargowej wymagań.

Abstrahując od powyższych okoliczności odwołujący nie zamierza zaangażować do realizacji zamówienia w zakresie robót nawierzchniowych jednego zespołu, ale łącznie minimum dwa zespoły. Zamawiający zażądał od odwołującego udzielenia odpowiedzi na pytanie „jakie zasoby ludzkie, w podziale na kadrę fizyczną, operatorów sprzętu i kadrę

inżynieryjno-kierowniczą (dla robót drogowych, mostowych, branżowych) wykonawca zamierza zatrudnić celem zrealizowania kontraktu”. Zgodnie zaś z udzieloną odpowiedzią wskazano „(...) roboty drogowy - podbudowy - 1 zespół i roboty drogowy - nawierzchnie - 1 zespół (...)”, czyli zadeklarowano do robót drogowych minimum dwa zespoły co jest spójne z przytoczoną we wcześniejszej niezgodności definicją nawierzchnia w swojej konstrukcji zawiera także podbudowy (podbudowę pomocniczą, warstwę mrozoochronną).

Z udzielonych wyjaśnień wynika również, że odwołujący również oświadczył, iż zaangażuje trzy zespoły do wykonania robót drogowych ziemnych co pozwoli, aby ilość frontów robót poprzedzających podbudowy i nawierzchnie była większa i je wyprzedzała. Hipotetyczne wyliczenia dotyczące dziennych wydajności są znacząco zaniżone - dzienna wydajność na poziomie 1000 t/dobę nie należy bowiem do wysokich, dodatkowo została przyjęta na podstawie założenia pracy jednym zespołem, co jest niezgodne z deklaracją odwołującego. Ponadto, z treści wyjaśnień w żaden sposób nie wynika, że jest to maksymalny potencjał, jaki odwołujący zamierza zaangażować, i że nie przewiduje zwiększenia zaangażowania w tym zakresie. Wręcz przeciwnie, odwołujący w piśmie z 9 grudnia 2021 r. oświadczył, że: „zamierza zaangażować potencjał w takim zakresie aby terminowo wykonać zadanie inwestycyjne, zgodnie ze szczegółowym harmonogramem robót i zasobów (Programem wg Subklauzuli 8.3 [Program]) jaki zostanie przedstawiony przez Wykonawcę po podpisaniu umowy z Zamawiającym, w terminie określonym przez SWZ. ” oraz iż „wielkość i liczba potencjału sprzętowego (a więc wraz z operatorami i kadrą fizyczną do obsługi tegoż potencjału) będzie dostosowana do natężenia robót i aktualnych potrzeb budowy, co zostanie ujęte w Programie”. Jak również, w odpowiedzi na pytanie nr 4 zostało wskazane, że: „Wykonawca wziął pod uwagę zalecenie Zamawiającego zawarte w Danych Kontraktowych odnośnie prowadzenia robót przez 16 godzin dziennie, tj. od 6 do 22. Zgodnie ze złożoną deklaracją Wykonawca planuje realizację robót w tym wymiarze czasu w okresie letnim. Ponadto Wykonawca zakłada realizację robót w zalecanych godzinach jako rezerwę czasową, z uwzględnieniem Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie czasu].” Co istotne, w przypadku opóźnienia terminów wynikających z harmonogramu, spowodowanych okolicznościami, których przyczyny leżą po stronie wykonawcy, wykonawca podejmie wszelkie działania naprawcze, w szczególności zwiększenie potencjału sprzętowego i osobowego oraz realizacja robót w wymiarze dwuzmianowym.” Powyższe potwierdza w sposób jednoznaczny, że odwołujący przewiduje możliwość zaangażowania do robót nawierzchniowych więcej niż dwóch zespołów.

Odwołujący zaznaczył dalej, że postępowanie prowadzone jest w formule „projektuj i buduj”. Na etapie postępowania przetargowego przyjęto wskazany potencjał, zaś po przygotowaniu projektu, który będzie określał konkretne rozwiązania i technologie (w porozumieniu z zamawiającym), a potem w zgodzie z SWK, zostanie opracowany

program, w którym zweryfikuje te założenia i wprowadzi zmiany w postaci np. zwiększonego potencjału koniecznego do zaangażowania dla realizacji robót w terminach kontraktowych.

Natomiast w odniesieniu do robót brukarskich - w kalkulacji kosztów bezpośrednich odwołującego dla zakresu robót drogowych nawierzchnie brukowe stanowią ok. 0,6% ilości nawierzchni. Ponadto odwołujący zamierza skorzystać z przysługującego mu, zgodnie z pkt 6.5 IDW prawa, i prace w zakresie usług brukarskich zlecić podmiotowi zewnętrznemu (podwykonawcy).

Odwołujący wskazał również, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty napisano, iż "W takim przypadku do wbudowania betonu asfaltowego, w ilości wyliczonej na kontrakcie, [ponad 300 000 ton Betonu Asfaltowego (BA)] i przyjmując dużą wydajność na poziomie 1000 t/dobę wyniesie czysto matematycznie ponad 300 dób roboczych. Praktycznie, uwzględniając przerwy technologiczne, konieczność przerzutu sprzętu, dni wolne od pracy, ryzyko awarii, tych dni potrzebnych na wbudowanie BA będzie ponad 600. Uwzględniając czas realizacji robót (ok. 19 miesięcy, bez przerw zimowych) oraz fakt, że przed robotami nawierzchniowymi należy wykonać szereg robót poprzedzających (m.in. wykopy, nasypy, warstwy dolnych podbudów) 1 zespołem do wykonywania robót nawierzchniowych nie jest w stanie ukończyć zadania w terminach zgodnych z Warunkami Kontraktu."

Powyższe stanowisko jest niezgodne z treścią dokumentów znajdujących się w aktach postępowania. Przykładowo w odpowiedzi na pytanie nr 50 odwołujący zadeklarował i potwierdził, że do robót drogowych - podbudów i nawierzchni - zamierza zaangażować łącznie dwa zespoły. Zgodnie z przytoczoną wyżej definicją nawierzchnia w swojej konstrukcji zawiera także podbudowy (podbudowę pomocniczą, warstwę mrozoochronną). W odpowiedzi tej odwołujący również oświadczył, że zaangażuje trzy zespoły do wykonania robót drogowych - ziemnych właśnie dlatego, aby ilość frontów robót poprzedzających podbudowy i nawierzchnie była większa i je wyprzedzała. Hipotetyczne wyliczenia dotyczące dziennych wydajności są znacząco zaniżone - dzienna wydajność na poziomie 1000 t/dobę nie należy bowiem do wysokich, dodatkowo została przyjęta na podstawie założenia pracy jednym zespołem, co jest niezgodne z deklaracją odwołującego.

Błędny jest również założenie przyjęte przez zamawiającego, że sprawność WMB wynosi jedynie 50%, gdyż dane z innych kontraktów, gdzie była wykorzystywana ta sama WMB, świadczą o wiele wyższej jej sprawności pozwalającej na wbudowywanie powyżej 2000Mg mas bitumicznych dziennie. Błędny jest również założenie zamawiającego, że przerzuty sprzętu będą wykonywane w osobnych dniówkach, gdyż odwołujący mając wieloletnie doświadczenie w produkcji i wbudowywaniu mas bitumicznych organizuje przerzuty sprzętu na drugich i trzecich zmianach, bez przestojów WMB i uszczerbku dla produkcji dziennej mas bitumicznych.

f) Niezgodność nr 6 [pytania nr 30, 31 i 32] - źródło pozyskania kruszywa:

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził, iż odwołujący nie wykazał, z jakich konkretnie źródeł będzie pozyskiwał kruszywa do zapewnienia ciągłości produkcji MMA i MB oraz czy posiada zawarte wstępne umowy na dostawę kruszywa, uznano, że wykonawca "nie wykazał, iż materiały jakie zastosowuje do wbudowania będą spełniać wymagania w zakresie opisanym w WWIORB M. 13.01.00 Beton konstrukcyjny".

Po pierwsze, zdaniem odwołującego zadane pytania nie dotyczyły spełniania przez materiały wymagań określonych w dokumentacji przetargowej. Zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia odpowiedzi na pytanie: (i) z jakich źródeł będzie pozyskiwał kruszywa (pytanie nr 30 i pytanie nr 32); oraz (ii) czy ma zapewnioną ciągłość dostaw asfaltu, cementu i kruszyw (pytanie nr 31). Żadne ze wskazanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego pytań nie dotyczyło jakości kruszyw, tylko odnosiło się do źródeł ich pozyskania. Skoro zamawiający nie zadał w tym zakresie konkretnego pytania, to nie może wymagać, że wykonawca "domyśli się", jaka była faktyczna intencja autora pytania i udzieli w tym zakresie odpowiedzi. Jeśli zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie to powinien skierować do odwołującego stosowne, jasne pytanie.

Po drugie, zamawiający nie określił w dokumentacji przetargowej obowiązku wskazywania nazwy/gatunku materiałów, jakie zostaną wykorzystane do realizacji zamówienia, jak również nie określił, że wykonawcy będą obowiązani przedstawić w tym zakresie przedmiotowe środki dowodowe. Zatem obecnie zostały wprowadzone dodatkowe wymagania, które nie były znane wykonawcom przed terminem składania ofert. W treści skierowanego do odwołującego wezwania nie sposób doszukać się żądania o przedstawienie danych lub dokumentów, na które powołuje się zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

Dodatkowo wskazać należy, że jakość materiałów/kruszyw wykorzystywanych w trakcie realizacji zamówienia będzie podlegała obowiązkowym kontrolom - tak ze strony samego wykonawcy, jak i ze strony inżyniera nadzoru (dokument M.13.01.00 beton konstrukcyjny, pkt 6.9.2. sprawdzenie konsystencji mieszanki betonowej). Zamawiający nie powinien obawiać się, że materiał lub kruszywo nie będzie spełniało określonych norm czy przyjmowanych standardów. Tym samym brak jest przesłanek do tego, aby prowadzić procedurę weryfikacyjną na etapie postępowania przetargowego, gdyż taka procedura została ustanowiona w trakcie wykonywanych robót budowlanych. Szanse, iż na etapie inwestycji dojdzie do wykorzystania materiałów niespełniających określonych norm jest minimalne.

Zamawiający nie wykazał również w żaden sposób, że odwołujący nie dokonał rozpoznania rynku kruszyw, przyjmując odgórnie i arbitralnie, że takie rozeznanie nie zostało przeprowadzone. Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem z wieloletnim doświadczeniem

na rynku inwestycji drogowych, posiadającym wysoko wykwalifikowaną, doświadczoną kadrę inżynierską z uprawnieniami wykonawczymi, a także technologów z wieloletnim doświadczeniem. Odwołujący aktualnie realizuje szereg kontraktów w tej branży, w tym na rzecz zamawiającego. W świetle powyższego niejako jest zmuszony śledzić i monitorować na bieżąco rynek materiałów i kruszyw, zabezpieczać dostawy oraz negocjować z kontrahentami warunki ich zakupu i dostawy. Rozeznanie rynku, o którym wspomina zamawiający, zostało przez odwołującego dokonane i jest uaktualniane w sposób ciągły. Świadczy o tym fakt, że odwołujący oświadczył, że posiada własną wytwórnię kruszywa, oraz system zaopatrzenia w kruszywa które mają na celu zminimalizowanie, czy wyeliminowanie skutków związanych z niedostępnością surowca. W związku z powyższym można formułować stanowisko, że to nie odwołujący nie dokonał rozeznania rynku, ale zamawiający dokonał niewłaściwej analizy wyjaśnień odwołującego.

Co więcej, zamawiający uważa, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumencie M.13.01.00 beton konstrukcyjny. Niemniej jednak ze stanowiska zamawiającego nie sposób wywieść, z którym konkretnie wymaganiami określonymi w 58-stronicowym dokumencie oferta odwołującego jest niezgodna. Takie działanie uniemożliwia odwołującemu skuteczną i kompleksową obronę swojego interesu i należy je uznać za tendencyjne.

Zamawiający wskazuje także, że odwołujący „nie wykazał właściwej oceny ryzyka w zakresie dostępności kruszyw spełniających nowe wymagania, co zamawiający doświadcza na zadaniach będących w trakcie realizacji na terenie działalności GDDKiA Oddział Lublin w postaci braku dostępności kruszyw. (...)”. Kiedy należy zwrócić uwagę, że w piśmie z 23 listopada 2022 r., w odpowiedzi nr 6, zawarto tabelę z wykazem ryzyk, które wykonawca zidentyfikował, ich wpływem na kontrakt oraz środki zaradcze, jakie podejmie się w sytuacji wystąpienia danego ryzyka. W pozycji nr 5 tabeli odwołujący zidentyfikował ryzyko pt. „problem z pozyskaniem materiałów”, przewidział też dodatkowy koszt obejmujący zwiększoną konieczną ilość badań. Odwołujący przewidział konieczność „Wcześniejszego rozpoznania kilku potencjalnych źródeł pozyskiwania materiałów (w tym kruszyw) w celu dywersyfikacji potencjalnego ryzyka”. Kwestia związana z identyfikacją ryzyka i sposobem neutralizacji jego wystąpienia jest kwestią indywidualną każdego wykonawcy. Ze względu na skalę wystąpienia lub możliwości wystąpienia danego problemu podczas realizacji kontraktu każdy z wykonawców kalkuluje w cenie oferty dodatkowe rezerwy na te okoliczności. Ocena ryzyka nie jest możliwa do skwantyfikowania oraz nie jest możliwa do porównania pomiędzy poszczególnymi ofertami, gdyż zależy od wielu czynników (inaczej szacuje ryzyka podmiot z kapitałem zagranicznym, a inaczej lokalny przedsiębiorca). Zatem stawianie zarzutów, że dane ryzyko nie zostało właściwie zidentyfikowane jest niecelowe i nie może stanowić podstawy do podejmowania w stosunku do oferty danego podmiotu negatywnych dla niego

działań. Dokument M.13.01.00 beton konstrukcyjny nie określa kwestii związanej z rozkładem ryzyk kontraktowych w zakresie wskazywanym przez zamawiającego, a zatem brak jest w dokumentacji postępowania dokumentu, z którym należy porównać przygotowaną przez odwołującego matrycę ryzyk. Brak istnienia wiążącego dokumentu uniemożliwia stwierdzenie, że ryzyka te są niezgodne z "warunkami zamówienia", zaś jednoznaczne oświadczenie odwołującego o ujęciu tych ryzyk powinno być wystarczające do uznania, iż proces produkcji i wbudowania betonu cementowego jest założony i skalkulowany w sposób prawidłowy.

Stanowisko zamawiającego jest oparte na własnej i niewłaściwej, wręcz tendencyjnej interpretacji wybiórczych fragmentów oświadczenia odwołującego. Całościowa analiza materiału prowadzi do wniosku, że zakładany przez odwołującego sposób realizacji zamówienia spełnia w sposób kompletny oczekiwania zamawiającego, a tym samym złożona przez oferta jest zgodna z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutu zaniechania zwrócenia się do wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia, odwołujący podniósł, że w jego ocenie - jeżeli zamawiający po zapoznaniu się z udzielonymi wyjaśnieniami miał wątpliwości w zakresie ich zgodności z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, to działając na podstawie art. 223 ust. 1 p.z.p., w analogii do art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., powinien był zwrócić się do odwołującego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień. Skoro sama treść oferty może zostać poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p., w przypadku stwierdzenia jej niezgodności z SWZ, to tym bardziej w przypadku gdyby zamawiający uważał, iż treść wyjaśnień jest niezgodna z treścią SWZ, winien umożliwić wykonawcy usunięcie tych niezgodności poprzez zwrócenie się do niego o udzielenie dodatkowych wyjaśnień. Z pewnością bowiem nie można uznać, iż treść wyjaśnień, w odróżnieniu od treści oferty, jest absolutnie niezmienna.

W ocenie odwołującego treść udzielonych przez niego wyjaśnień nie jest sprzeczna z treścią SWZ, co najwyżej zamawiający mógł błędnie odczytać intencje odwołującego. Zatem w takiej sytuacji, przez odrzuceniem oferty, zamawiający winien zwrócić się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień wskazując na wątpliwości, jakie powziął. Pozwoliłoby to odwołującemu na usunięcie tych wątpliwości i precyzyjne wskazanie powodów, dla których zamawiający błędnie odczytuje wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę STRABAG Sp. z o. o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego, dalej zwanego „przystępującym”.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty odwołującego dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały problematykę sprawy do weryfikacji czy zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił złożone przez przystępującego wyjaśnienia treści oferty, a w konsekwencji czy decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, dokonana na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., zgodnie z treścią informacji z dnia 18 lutego 2022 r., była prawidłowa. Odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty wadliwego uznania jego oferty za niezgodną z warunkami zamówienia, ewentualnie za dokonanie odrzucenia oferty w sposób przedwczesny, z zaniechaniem wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, ofertę odwołującego, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Skład orzekający nakazał więc zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny

ofert, w tym ewentualne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że niezależnie od przyjętej przez zamawiającego formuły realizacji zamówienia publicznego, zamawiający ma wynikające z ustawy p.z.p. prawo do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego treść oferty, które może skutkować jej odrzuceniem na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Niezakwestionowane w toku badania i oceny ofert wezwanie do wyjaśnień wiąże strony, a złożone wyjaśnienia treści oferty powinny być traktowane jako jej element, który – o ile jednoznacznie wskazuje na niezgodność oferty z warunkami zamówienia – może być podstawą do jej odrzucenia. Ustawodawca nie rozróżnia podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania i nie wyklucza możliwości odrzucenia oferty, tylko dlatego, że kontrakt będzie realizowany w formule zaprojektuj i wybuduj. Niemniej, wybrany przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia, kiedy dopiero na etapie wykonania kontraktu strony uzgodnią ostateczny kształt realizacji celu udzielenia zamówienia publicznego, powoduje dodatkową trudność i czyni przeprowadzenie badania ofert pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, procesem wymagającym niezwykle rozważnego podejścia. Zamawiający musi bowiem uwzględnić sam sposób zdefiniowania przedmiotu zamówienia, który pozostawia wykonawcy znaczną elastyczność w tym, jak zostaną zrealizowane ustalone warunki zamówienia. Na obecnym etapie opieramy się na programie funkcjonalno-użytkowym, czyli brak jest bardzo szczegółowych opracowań koncepcyjnych odnoszących się do planowanej inwestycji, a z drugiej strony możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niezgodności z warunkami zamówienia wymaga jednoznacznego, klarownego wskazania z którą treścią dokumentacji postępowania oferta wykonawcy jest sprzeczna.

Zastosowanie wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., niezależnie od przyjętej formuły realizacji umowy, wymaga wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca – zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. (por. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z 16.05.2012 r. sygn. akt II Ca 397/13, wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z 11.03.2013 r. sygn. akt I C 577/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 10.07.2015 r. sygn. akt I C 2/15). Warto także zaznaczyć, że orzecznictwo Izby i sądów

powszechnych stoi na stanowisku, że rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ. Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania – tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Nie wystarczy więc stwierdzić niezgodności oferty z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami zamawiającego lub oczekiwanym przez niego sposobem rozumienia dokumentacji postępowania, którego w niej nie ujawniono. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentacji zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe.

Ponadto w sytuacji, kiedy po stronie zamawiającego wystąpią uzasadnione wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SWZ, właściwe przeprowadzenie badania i oceny ofert wymaga uzyskania jednoznacznego potwierdzenia, że została wypełniona hipoteza art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zamawiający może zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać co w ofercie wykonawcy nie jest zgodne z warunkami zamówienia i w jaki sposób ta niezgodność występuje – w konfrontacji z klarownie wskazanymi wymaganiami SWZ. Zamawiający nie może poprzestać na własnej interpretacji treści oferty, a winien zadać wykonawcy jasne pytania w tym zakresie. Ustawodawca wyposażył zamawiającego w instrument wyjaśnienia treści oferty po to, aby uniknąć subiektywnych założeń i niepotwierdzonych dywagacji, w miejsce obowiązku pozyskania faktycznej wiedzy co uwzględniono w ofercie, od podmiotu ją sporządzającej. Nie można także zapomnieć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego biorą udział podmioty profesjonalne – wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą i jednostki zamawiające wydatkujące środki publiczne w ramach procedury określonej ustawą p.z.p. Nie tylko od wykonawców należy wymagać zawodowej staranności w przetargu, tożsamy obowiązek dotyczy jednostek zamawiających. Przy czym dokonanie rzetelnej oceny złożonych ofert jest także przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, polegającej również na w sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Wypada także zauważyć, że wobec kontrydktoryjnego charakteru postępowania odwoławczego Izba nie ma uprawnienia, by zastępować którąkolwiek ze stron i samodzielnie dokonać poszerzonej, merytorycznej weryfikacji i badania oferty. Postępowanie odwoławcze nie stanowi substytutu oceny i badania ofert w zastępstwie zamawiającego. Postępowanie przed Izbą, a następnie postępowanie skargowe przed sądem okręgowym, posiada

charakter weryfikacyjny – bada się czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności w przetargu zgodnie z decyzją, którą przekazano wykonawcy. Zatem nie wyręcza się zamawiającego w badaniu i ocenie ofert, a jedynie sprawdza czy czynność odrzucenia oferty odwołującego, zgodnie z rozstrzygnięciem przetargu z dnia 18 lutego 2022 r., była prawidłowa i należy ją utrzymać.

Co istotne również, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p., obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych dotyczących odrzucenia oferty wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej. Usiłowanie uzupełnienia tej czynności dopiero w odpowiedzi na odwołanie jest spóźnione i godzi w zasady naczelną p.z.p. Zasada przejrzystego prowadzenia postępowania oznacza bowiem, iż wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego winny wynikać z klarownie określonych przesłanek, którymi kierował się zamawiający – i co najważniejsze, przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania i ujawnione wykonawcy w informacji stanowiącej podstawę odrzucenia jego oferty.

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że zamawiający dwukrotnie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada 2021 r., złożył wyjaśnienia z dnia 23 listopada 2021 r. Kolejne wyjaśnienia, będące odpowiedzią na ponowne wezwanie do wyjaśnień z dnia 3 grudnia 2021 r., złożono 9 grudnia 2021 r. Natomiast okoliczności powodujące zdaniem zamawiającego spełnienie przesłanek art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i odrzucenie oferty odwołującego wskazano w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i ofertach odrzuconych, datowanej na 18 lutego 2022 r.

Zamawiający stwierdził niezgodność oferty odwołującego z pkt 2.1.16.3.14 lit. c PFU, który stanowi, że „W przypadku obiektu innego niż przejście dla zwierząt lub zespolonego z przejściem, stożki i skarpy nasypu przylegające do obiektu należy umocnić za pomocą materiałów zapewniających stateczność zbocza i zabezpieczających go przed niszczącym działaniem wiatru i wody, z wyłączeniem obsiewu trawą” (niezgodność nr 1) uznając, iż wskazane przez wykonawcę, w odpowiedzi nr 63 z wyjaśnień z dnia 23 listopada 2021 r., umocnienie skarpy geokrętą polimerową o grubości 15 cm z humusowaniem nie zabezpieczy skarpy i stożków przed niszczącym działaniem wiatru i wody. Zdaniem zamawiającego powyższe wymagania można spełnić jedynie poprzez zastosowanie umocnienia stożków i skarpy elementami betonowymi, np. drobnowymiarowymi elementami betonowymi na zaprawie cementowo-piaskowej, zaś zaproponowane przez odwołującego rozwiązanie nie będzie mogło zostać zaakceptowane (tak str. 4 informacji o odrzuceniu oferty odwołującego).

Izba w całości podzieliła stanowisko odwołującego, że dokumentacja postępowania zwiera ogólne wytyczne dotyczące konieczności zastosowania umocnienia stożków i skarpy materiałami, które zostaną uznane za właściwe w ramach brzmienia PFU jeżeli: 1. zapewnią

stateczność zbocza i 2. zabezpieczą zbocze przed niszczącym działaniem wiatru i wody. W tym zakresie zamawiający pozostawił wykonawcy swobodę (w dokumentacji postawiono wymóg funkcjonalny) i jeżeli zaproponowane rozwiązanie spełnia łącznie ww. wymagania (1 i 2), przy uwzględnieniu zakazu obsiewu trawą, oferta jest zgodna z PFU.

Jak zaznaczono we wcześniejszej części uzasadnienia, aby właściwie zastosować art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. zamawiający powinien wskazać sprzeczność pomięci treścią PFU i treścią oferty. Powód odrzucenia oferty odwołującego nie wynika z brzmienia pkt 2.1.16.3.14 lit. c PFU, a ze sposobu, w jaki zamawiający interpretuje dokumentację postępowania. Przy czym nic nie stało na przeszkodzie, aby na etapie przed upływem terminu składania ofert takie brzmienie jej nadać. Obecne próby „uszczegółowienia” PFU są spóźnione. Decydujące znaczenie ma literalne brzmienie dokumentacji przetargu.

Zamawiający nie udowodnił także, by umocnienie geokratą polimerową z humusowaniem bez obsiewu trawą nie spełniało wymagań pkt 2.1.16.3.14 lit. c PFU. Izba włączyła w poczet materiału procesowego złożony przez zamawiającego dokument z rysunkami i schematami, jednakże, żeby udowodnić, że w tym postępowaniu nie będzie to skuteczne rozwiązanie nie wystarczy przedstawić zdjęć zdegradowanej geokraty. Dowód ten nie został powiązany z warunkami realizacji kontraktu, zaś samo widoczne wadliwe zabezpieczenie może mieć różne przyczyny (błędne wykonanie, brak uwzględnienia czynników wpływających na stabilność zbocza np. spoistości gruntu, rodzaju materiału zbocza, częstotliwości i ilości opadów, etc.). Innymi słowy, dokument obrazuje nieprawidłowe zabezpieczenie geokratą w jakimś indywidualnym przypadku, ale nie jest przydatny dla wykazania, że co do zasady przy realizacji przedmiotowego zamówienia będzie to sposób sprzeczny z PFU. Wskazując jedynie jak wygląda nieprawidłowe zabezpieczenie w sytuacji widocznej na zdjęciu (bez wykazania przyczyny tego stanu rzeczy) zamawiający nie wykazał, że w tym przypadku zabezpieczenie tego typu będzie wadliwe. Zamawiający nie udowodnił też, by jedynym właściwym sposobem realizacji wymagań PFU było wskazane w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego umocnienie elementami betonowymi.

Natomiast odwołujący przedstawił dowody z dokumentów w postaci dwóch oświadczeń – oświadczenie projektanta branży mostowej i oświadczenie producenta geokrat polimerowych, wiarygodnie i spójnie potwierdzające, że geokrata stanowi skuteczną ochronę przeciwozyjną, zabezpieczającą stożki nasypów przy obiektach mostowych, powszechnie stosowaną na kontraktach realizowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, w tym oświadczenie producenta odnosi się do zapewnienia stabilności i stateczności skarpy także przy wypełnieniu humusem. Dodatkowo, dowody te są zbieżne z opinią prywatną złożoną przez odwołującego, zgodnie z którą skuteczność umocnienia zbocza za pomocą geokrat nie jest warunkowana wykończeniem za pomocą obsiewu,

a dobór rozwiązania zależy od kąta nachylenia skarpy i wymienionych w opinii czynników wpływających na stabilność zbocza.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał uzasadnionych podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty odwołującego z pkt 2.1.16.3.14 lit. c PFU.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego za sprzeczność z pkt 1.1.1 ppkt 30 PFU – niezgodność nr 2 – zgodnie z którym „W ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy wykonać wszelkie Roboty wynikające z konieczności podłączenia odcinka do istniejącego układu komunikacyjnego wraz z jego ewentualną przebudową i zmianą organizacji ruchu wynikającą z przyjętych rozwiązań, w tym w szczególności roboty i niezbędne opracowania projektowe, uzgodnienia, zezwolenia na etap samodzielnego funkcjonowania odcinka do czasu wybudowania odcinków sąsiednich”. Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie uwzględnił tych kosztów w cenie oferty, co jego zdaniem wynika z wyjaśnień wykonawcy (str. 4 i 5 informacji o odrzuceniu oferty odwołującego).

Zgodnie z materiałem dowodowym w odpowiedzi na pytanie nr 25: „W jaki sposób Wykonawca przewidział powiązanie drogi ekspresowej S19 z istniejącym układem komunikacyjnym drogą krajową nr 19 (w przypadku nie wybudowania odcinków sąsiednich)?” (wyjaśnienia z dnia 23.11.2021 r.), odwołujący udzielił następującej odpowiedzi „W przypadku nie wybudowania sąsiednich odcinków Wykonawca zakłada czasowe powiązanie projektowanej S19 z istniejącą drogą DK19 wraz z oddzielnym scenariuszem zarządzania ruchem w tym z uwzględnieniem czasowej organizacji ruchu. Element ten jest dodatkowym względem Opisu Przedmiotu Zamówienia i będzie podlegał odrębnej procedurze zgodnej z Warunkami Kontraktu. Uruchomienie oraz połączenie z sąsiednimi odcinkami nie będzie miało wpływu na wydanie Świadectwa Przejęcia.”.

Nie było spornym, że ww. koszt należy uwzględnić w kwocie kontraktowej, strony różniły się w zakresie oceny czy koszt ten został uwzględniony w cenie oferty odwołującego. Izba stwierdziła, że zamawiający nieprawidłowo przeprowadził postępowanie w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. w tym przedmiocie i brak uzyskania jednoznacznych wyjaśnień spowodował, że przed Izbą doszło do *quasi* postępowania wyjaśniającego, które powinno zostać przeprowadzone w toku badania i oceny ofert w przetargu. Czynność odrzucenia oferty jest wadliwa i jako taka nie może się ostać. Zamawiający, zamiast dopytać wykonawcy poczynił własne założenia, które są nieuprawnione – z brzmienia wyjaśnień odwołującego nie wynika bowiem brak ujęcia tego elementu cenie. Zamawiający nie był w stanie wskazać na taką treść wyjaśnień, ponieważ jej nie ma, a są to jedynie założenia jednostki zamawiającej. Postępowanie wyjaśniające nie może zakończyć się przedwcześnie, niepełnym ustaleniem faktów ujawnionych w toku wyjaśnień – na podstawie ustalonego jeszcze w sposób niepełny stanu faktycznego nie sposób wyciągnąć jednoznacznych wniosków, a tym samym wykazać

spełnienie hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i prawidłowo odrzucić ofertę z postępowania. Rację ma także odwołujący, iż zamawiający nie zapytał wykonawcy w sposób czytelny o uwzględnienie kosztu czasowego powiązania, kiedy to wezwanie determinuje treść udzielonych wyjaśnień.

Uwzględniając ustalony stan rzeczy, w ocenie Izby istnieje potrzeba doprecyzowania sposobu realizacji i wycenienia przez odwołującego scenariusza braku realizacji sąsiedniego odcinka drogi ekspresowej S19. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony należycie działającego zamawiającego umożliwiłoby odwołującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, czyli dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces wyjaśnienia treści oferty procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w przetargu zabrakło. Na chwilę wyrokowania nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta jest sprzeczna z SWZ. Sformułowanie „element ten jest dodatkowym względem OPZ”, przy uwzględnieniu znaczeń ze słownika języka polskiego (dodatkowy - taki, który został dodany do czegoś, względ - 1. branie kogoś lub czegoś pod uwagę 2. powód czegoś, okoliczność towarzysząca czemuś, 3. strona, aspekt czegoś) nie pozwala na przyjęcie, że odwołujący nie uwzględnił go w cenie. Odwołujący jednoznacznie wskazał jedynie, że „zakłada czasowe powiązanie projektowanej S19 z istniejącą drogą DK 19 wraz z oddzielnym scenariuszem zarządzania ruchem w tym z uwzględnieniem czasowej organizacji ruchu” i potwierdza, że ten element jest dodany do OPZ, brany w OPZ pod uwagę, podlegający odrębnej procedurze zgodnej z warunkami kontraktu. Zamawiający nie wykazał także, że jedyną odrębną procedurą kontraktu mogłyby być np. roboty dodatkowe, zaś w przetargu nie dopytano wykonawcy o te okoliczności.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że zamawiający nie miał jednoznacznych podstaw do stwierdzenia, że odwołujący nie uwzględnił w cenie scenariusza braku realizacji sąsiedniego odcinka drogi ekspresowej S19 (niezgodność nr 2). Postępowanie wyjaśniające przeprowadzono w sposób niepełny. Przedwczesne odrzucenie oferty odwołującego zostało dokonane na podstawie spekulacji zamawiającego, które nie znajdują oparcia w brzmieniu wyjaśnień uzyskanych od wykonawcy.

Powyższe dotyczy także niezgodności nr 4 (w przedmiocie odpowiedzi na pytanie nr 70 z wyjaśnień z dnia 23.11.2021 r.). Tutaj zamawiający tożsamo, w sposób nieprawidłowy, przeprowadził postępowanie wyjaśniające i odrzucił ofertę odwołującego opierając się na własnych hipotezach, a nie na treści wyjaśnień odwołującego. Wywód zawarty we wcześniejszej części uzasadnienia dotyczący niezgodności nr 2 pozostaje w pełni adekwatny także i dla tego elementu. Treść oferty powinna zostać w sposób wyczerpujący wyjaśniona w toku badania i oceny ofert, zamawiający powinien w sposób klarowny zapytać wykonawcę, ponieważ postawione pytanie „Jaką nawierzchnię na trasie głównej i na obiektach inżynierskich przewidział i wycenił Wykonawca?” dotyczy *stricto* nawierzchni trasy głównej

i na obiektach inżynierskich, a nie innych elementów – w tym nie dotyczy warstw podłoża gruntowego, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Zamawiający odrzucił ofertę za rzekomy brak uwzględnienia wszystkich grup nośności podłoża, kiedy uzasadnienie odrzucenia oferty znacząco wykracza poza treść zadanego pytania i udzielonej na nie odpowiedzi. Rozróżnienie nawierzchni jezdni od podłoża gruntowego jest powszechnie stosowane w branży drogowej (wskazany przez odwołującego § 173 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 2016 poz. 124 ze zm.)), a także, co istotniejsze rozróżnia to dokumentacja postępowania – zgodnie z pkt 3.1.2 PFU elementem dokumentacji jest Katalog konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych (załącznik do zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16.06.2014 r., gdzie w pkt 3.12 zdefiniowano konstrukcję nawierzchni i nawierzchnię oraz pkt 3.13, w którym wprost wskazano, że w skład grubości konstrukcji nawierzchni nie wchodzi warstwa ulepszanego podłoża, co jest spójne z rys. 4.1 schemat i nazwy warstw konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych oraz warstwy ulepszanego podłoża z zarządzenia nr 30 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16.06.2014 r.

W konsekwencji powyższego, skład orzekający stwierdził, że pytanie zamawiającego nie dotyczyło ulepszenia podłoża konstrukcji nawierzchni, dokonano nadinterpretacji udzielonej odpowiedzi, bez uwzględnienia ww. treści dokumentacji postępowania, z pominięciem podziału występującego w nomenklaturze branżowej. Zatem czynność odrzucenia oferty odwołującego dotycząca rzekomego braku przyjęcia rozwiązań dla pełnego zakresu grup nośności podłoża nie mogła się ostać, odwołujący nie przedstawił rozwiązań dla podłoża o grupach nośności G3 i G4, ponieważ zamawiający o to w sposób klarowny nie zapytał. Ponadto, co do złożonego przed odwołującego oświadczenia pana mgr inż. A.Z. skład orzekający uznał, że jest ono wiarygodne w zakresie, w którym jest zbieżne z innymi dowodami zgromadzonymi w postępowaniu (przywołane zarządzenia GDDKiA), gdyż zostało złożone przez pełnomocnika odwołującego, a więc osobę, która jest zainteresowana rozstrzygnięciem postępowania.

Dalej skład orzekający wskazuje, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu odpowiedzi na pytanie nr 26 w ramach wyjaśnień z dnia 23 listopada 2021 r. (niezgodność nr 3). Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający zadał następujące pytanie: „Czy Wykonawca przewiduje uzyskanie ewentualnej dodatkowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub ewentualnej zmiany posiadanej decyzji i czy uwzględnił ryzyka np. czasowe z tym związane?”. Odwołujący odpowiedział, że na etapie przygotowania oferty nie zakładał konieczności uzyskiwania lub zmiany decyzji

środowiskowej (DŚU). W przypadku niewielkich zmian mogą wystąpić korekty w oparciu o koncepcję programową, zgodnie z punktem 1.2 PFU.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (str. 5 informacji o odrzuceniu oferty odwołującego) wskazał, iż wykonawca założył w ofercie (odpowiedź na pytanie 78) budowę największego zbiornika ZR16 w lokalizacji poza granicą DŚU. Zgodnie zaś z pkt 1.2 PFU "Jeżeli w wyniku przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań zajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w DŚU oraz gdy nie jest możliwe zaprojektowanie i wykonanie Robót w sposób umożliwiający niewychodzenie poza granice określone w DŚU, należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe".

Zamawiający następnie stwierdził, że wyjścia poza granice z DŚU są konieczne w lokalizacjach: okolica węzła Firlej (droga DD6 km 3+600); droga DD26 km 9+300; zbiorniki ZR16 i 17 km, 10+100; droga DD30 km 13+400. Drogi te są niezbędne do wybudowania ze względu na zapewnienie dojazdu do działek przyległych do pasa drogowego, a ich włączenie do dróg publicznych jest niemożliwe w granicach DŚU. Według zamawiającego zbiornik odwołującego wymaga lokalizacji poza granice DŚU, jak również wykonawca nie wykazał, aby przewidział związane z tym ryzyka (w szczególności ryzyko uwzględnienia czasu na uzyskanie dodatkowych decyzji), co stanowi niezgodność z SWZ i rzutuje na okres realizacji zamówienia.

Izba stwierdził co następuje. Po pierwsze, zamawiający przyjął model realizacji zamówienia w systemie zaprojektuj i wybuduj, więc o tym, czy wystąpi konieczność uzyskania dodatkowej decyzji środowiskowej zdecyduje wykonawca (tak odpowiedź na pytanie 442 i 563 do SWZ, zestaw pytań nr 6 z wyjaśnieniami zamawiającego), co jest spójne z pkt 1.2 PFU. Zamawiający pozostawił to decyzji wykonawcy i w SWZ nie wskazał konieczności uzyskania dodatkowej DŚU, co jest niemożliwe także do udowodnienia, ponieważ na tym etapie zamawiający nie wie w jaki sposób zostanie zaprojektowana droga S19, w PFU przyznano projektantowi daleko idącą dowolność. Wskazany przez zamawiającego zbiornik retencyjny (ZR16, odpowiedź na pytanie nr 78), który ma zdaniem zamawiającego powodować konieczność uzyskania dodatkowej DŚU, mając na uwadze np. zmianę niwelety, gdzie system odwodnienia także ulegnie zmianie, może być na etapie realizacji innej wielkości. Dobór zbiornika i jego lokalizacja leży w gestii wykonawcy, więc stanowcze stanowisko zamawiającego jest co najmniej wątpliwe. Żaden racjonalny wykonawca nie powinien zakładać konieczności zmiany DŚU, co jest czasochłonne i ma wpływ na koszty, co nie było sporne. Odwołujący podnosił również, że jego harmonogram uwzględnia zmianę decyzji, a zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Ponadto w sytuacji, w której zamawiający uzależnia uzyskanie nowej lub zamiennej decyzji środowiskowej od zaistnienia określonych w PFU przesłanek, nie ma podstawy, by uznać, że

zakładany przez odwołującego sposób realizacji zamówienia (który zgodnie z odpowiedzią na ww. pytanie planowo nie zakłada takiej okoliczności) jest niezgodny z wymaganiami dokumentacji postępowania. Ze sprzecznością oferty z treścią SWZ mielibyśmy do czynienia, gdyby zamawiający określił ten element w dokumentacji postępowania jako bezwzględny obowiązek wykonawcy, czego nie uczyniono.

Po wtóre, koncepcja programowa (zgodnie z którą rozwiązanie w kilku lokalizacjach nie mieści się w granicach DŚU, np. w okolicy węzła Firlej (droga DD6 km 3+600); droga DD26 km 9+300; zbiorniki ZR16 i 17 km, 10+100; droga DD30 km 13+400.) jest niewiążąca. W odpowiedzi na pytanie nr 15 do SWZ (zestaw pytań nr 3 z wyjaśnieniami zamawiającego) zamawiający jednoznacznie stwierdził, że dokument ten nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, wykonawca otrzymuje ten materiał jedynie w celach poglądowych, więc jej treść nie może być podstawą do odrzucenia oferty za niezgodność z treścią dokumentacji postępowania.

W konsekwencji powyższego, skład orzekający uznał, iż nie wykazano, aby oferta odwołującego była niezgodna z treścią dokumentacji przetargu z powodu odpowiedzi na pytanie nr 26 (niezgodność nr 3). Zamawiający nie wykazał z jaką wiążącą, jednoznaczną treścią SWZ oferta odwołującego miałaby być sprzeczna.

W przedmiocie stwierdzonej przez jednostkę zamawiającą niezgodności treści oferty wyrażającej się w odpowiedzi na pytanie nr 50 i 51 z wyjaśnień z dnia 23 listopada 2021 r. (niezgodność nr 5), Izba wskazuje, że zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego (str. 6 - 8 informacji o odrzuceniu) nie zawiera podania treści SWZ, z którą oferta miałaby być sprzeczna, co uniemożliwia stwierdzenie przesłanek art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i czyni działanie zamawiającego bezprawnym powodując uwzględnienie odwołania w tym zakresie.

Jedynie dodatkowo można zaznaczyć, że zamawiający pozostawił dobór personelu swobodzie wykonawcy (oprócz potencjału ocenianego w warunku udziału w przetargu) i w żaden sposób nie uregulował tego w dokumentacji postępowania. Zamawiający nie wykazał też, żeby wstępne założenia odwołującego – które zgodnie z warunkami kontraktu będą podlegać uzgodnieniu na etapie realizacji inwestycji, mając na uwadze konkretne rozwiązania i technologie projektu – miały powodować zagrożenie dla terminowej realizacji umowy. Nie udowodniono także, aby podnoszony przez jednostkę zamawiającą na etapie badania i oceny ofert dobór kadry był właściwy, zaś odwołujący wypunktował wadliwość założeń zamawiającego i ich sprzeczność z udzielonymi wyjaśnieniami. Pomijając już, że zamawiający swoje preferencje co do kadry powinien ujawnić wykonawcom w SWZ.

Izba wskazuje również, że podziela w całości i przyjmuje za własne stanowisko odwołującego zawarte na str. 28 - 33 odwołania, a także ze str. 38 - 45 opinii prywatnej. Natomiast harmonogram przedstawiony przez przystępującego (dotyczący jego potencjału, zasobów i przyjętego sposobu realizacji umowy) nie jest przydatny dla ustalenia

jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozpoznania sporu, którego osiã jest weryfikacja treści oferty odwołującego w konotacji z wiãzãcym brzmieniem SWZ.

Skład orzekający podzieli równie¿ trafnã argumentacjã odwołującego w zakresie niezgodnoœci nr 6 dotyczãcej odpowiedzi na pytania nr 30 - 32 z wyjaœnieñ z dnia 23 listopada 2021 r. Tutaj tak¿e nie wskazano brzmienia dokumentacji postãpowania, z którã oferta wykonawcy zostaÅa uznana za sprzecznã. „Wytyczne technicznych klasyfikacji kruszyw krajowych i zapobiegania reakcji alkalicznej w betonie stosowanym w nawierzchniach dróg i drogowych obiektach in¿ynierskich”, okreœlone w WWIORB M.13.01.00 „beton konstrukcyjny” nie speÅniajã wymagañ wskazania jednoznacznej treści SWZ, z którã oferta jest niezgodna, a co wa¿niejsze zamawiajãcy nie podaÅ treści wyjaœnieñ z niã sprzecznã. Izba stwierdziÅa tak¿e, ¿e udzielone odpowiedzi sã adekwatne do zadanych odwołujãcemu pytañ.

Ofertã odwołujãcego odrzucono za rzekome okolicznoœci, o które jednoznacznie nie zapytano wykonawcy (w szczegÅolnoœci nie nawiãzywano do jakoœci kruszyw). Stanowisko zamawiajãcego ze str. 8 - 11 informacji o odrzuceniu oferty odwołujãcego wskazuje na wadliwoœć przeprowadzenia postãpowania wyjaœniajãcego i wyciãgniã wobec wykonawcy konsekwencji z powodu wÅasnnych zaÅo¿eñ zamawiajãcego, z pominiãciem treści zadanego pytania i determinowanej nim odpowiedzi. Jak równie¿ informacja o odrzuceniu opiera siã na bli¿ej nieokreœlonych doœwiadczeniach zamawiajãcego, który uznaje, i¿ wykonawca nie zna lokalnego rynku i nie ma wiedzy o mo¿liwych potencjalnych trudnoœciach w pozyskaniu kruszyw, czyli odrzucono ofertã nie ze wzglãdu na sprzecznoœć treści oferty i SWZ, a ze wzglãdu na „nieznajomoœć rynku”. Odwołujãcy wykazaÅ zaœ dowodami z dokumentów (zapytania ofertowe i sprawozdania z badañ dotyczãcych wÅaœciwoœci kruszywa), ¿e posiada doœwiadczenie w rozpoznaniu rynku kruszyw, które speÅniajã wymagania alkalicznoœci.

Skład orzekajãcy odmówiÅ wiarygodnoœci przedstawionej przez zamawiajãcego tabeli, jest to zestawienie wÅasne strony, które nawet nie zostaÅo podpisane. Nie przedstawiono te¿ badañ ŹródÅowych w celu uwiarygodnienia zawartych w niej wartoœci. Niemniej, nawet gdyby dokonać merytorycznego badania treści tabeli, przyjmujãc prawdziwoœć zawartych tam danych – o ile by to wykazano – to zamawiajãcy w ¿aden sposób nie powiãzaÅ brzmienia dokumentu z ofertã odwołujãcego. Zamawiajãcy nie zapytaÅ, z którego konkretnie lokalnego ŹródÅa odwołujãcy bãdzie pozyskiwaÅ kruszywa, wiãc to, ¿e sã miejsca, z których kruszywo nie speÅnia wymagañ zamawiajãcego nie powoduje, ¿e oferta odwołujãcego jest spreczna z SWZ. Izba zaznacza te¿, ¿e tabela obrazuje stan na poczãtek 2021 r., co nie ma nic wspÅolnego z datã realizacji zamówienia. Innymi sÅowy, tabela ani nie jest powiãzana z ofertã odwołujãcego, ani w ¿adnym wypadku nie wykazuje, ¿e w toku realizacji zamówienia wystãpi „problem z kruszywem na rynku lokalnym czy koniecznoœć zakupu kruszywa spoza regionu inwestycji”. Zamawiajãcy tak¿e nie zakazaÅ zmiany ŹródÅa pozyskiwania kruszywa w toku

realizacji umowy. Ponadto, Izba podzieliła w całości i przyjęła za własną argumentację odwołującego ze str. 33 - 35 odwołania i ze str. 46 - 51 opinii prywatnej.

Rekapitulując, kontrola czynności zamawiającego w postępowaniu skutkowałą stwierdzeniem, że odrzucenie oferty odwołującego nie spełnia wytycznych wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia. Pomimo dwukrotnego wezwania odwołującego do wyjaśnień, w drugim wezwaniu nie dopytano wykonawcy o okoliczności dotyczące pierwszej odpowiedzi z dnia 23 listopada 2021 r., za którą odrzucono ofertę. Zamawiający w informacji z dnia 18 lutego 2022 r. nie wykazał w sposób jednoznaczny, że ofertę należy odrzucić, zgromadzony materiał procesowy nie daje przekonujących i jednoznacznych podstaw do takich wniosków.

W świetle powyższego skład orzekający stwierdził, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ podniesione przez odwołującego okoliczności wskazują, że zamawiający w sposób przedwczesny dokonał odrzucenia jego oferty z postępowania. Na dzień orzekania nie ma podstaw, aby dokonać subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Izbę uwzględnione. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p.), tj. na przedwczesny wybór oferty najkorzystniejszej i nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia 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). Izba obciążyła zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący:

.....