

**Sygn. akt: KIO 520/20**

**WYROK**  
**z dnia 1 czerwca 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 28 maja 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2020 roku przez wykonawcę Trakcja PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku

przy udziale:

- A. wykonawcy Firma Budowlano-Drogowa MTM spółka akcyjna z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 520/20 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg spółka akcyjna z siedzibą Starogard Gdański zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 520/20 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł Autostrady A1 Stanisławie, etap I Godziszewo*”.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Trakcja PRKiL S.A. z siedziba w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku na rzecz wykonawcy Trakcja PRKiL S.A. z siedziba w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą .: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł Autostrady A1 Stanisławie, etap i Godziszewo”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 221-541154.

12 marca 2020 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego: odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty  
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- (1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), gdy tymczasem Odwołujący nie naruszył wymogu Zamawiającego odnośnie osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, o którym mowa w pkt. 4.5 SIWZ, co w konsekwencji poskutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiadała wymogom SIWZ;  
*ewentualnie,*
- (2) art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,  
*a w konsekwencji,*
- (3) art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł, na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby izba uznała, że niezbędne jest złożenie wyjaśnień dot. złożonej oferty
- wezwania Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień odnośnie złożonej oferty, w każdym przypadku
- uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w ustawie, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

#### Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Odwołujący wskazując stan faktyczny sprawy podał, że Przedmiotem Postępowania jest rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł Autostrady A1 Stanisławie, etap I Godziszewo. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. do 31 stycznia 2020 r. wpłynęło 8 ofert wykonawców:

- Odwołujący - 12.494.843,11 zł brutto,
- PORR S.A. z siedzibą w Warszawie - 12.904.039,73 zł brutto,
- GOLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Palędzie - 12.862.090,85 zł brutto,
- Firma Budowlano - Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni - 12.913.862,27 zł brutto,
- EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Kobierzycach - 13.308.885,85 zł brutto,
- STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie - 14.724.525,73 zł brutto,
- Kruszywo Sp. z o.o. z siedzibą w Linii - 12 974 171,75 zł brutto,
- Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S.A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim - 12 664 749,60 zł brutto.

Zamawiający w pkt 4.5 Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) wskazał, że „Wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania następujących części zamówienia: wykonania warstw

*podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224.*”

Odwołujący w swoim formularzu ofertowym w pkt 10 a) wskazał :

„10. ZAMÓWIENIE ZREALIZUJEMY sami\*/przy udziale podwykonawców\*:

**a) Branża Drogowa – z wyłączeniem konstrukcji bitumicznej - podwykonawca nie jest jeszcze znany”**

Pismem z dnia 2 marca 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że przedstawione przez Odwołującego rozwiązanie z pkt 10 a) formularza ofertowego jest niezgodne z wymaganiami SIWZ.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący podał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treści nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy jej treść merytoryczna nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu realizacji. Pismem z dnia 2 marca 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w prowadzonym Postępowaniu, powołując się przy tym na art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że w treści IDW Zamawiający w punkcie 4.5 zastrzegł dla wykonawców następujący obowiązek:

*Wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania następujących części zamówienia: wykonanie warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224.*

*Powyższe zastrzeżenie jest nieskuteczne w przypadku, gdy Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowych Wykonawcy, opisanego w pkt 7.5.1. IdW, powołuje się na zasoby (doświadczenie) innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp - wówczas ww. zakres winien być wykonany przez podmiot udostępniający swoje doświadczenie.*

Celem spełnienia powyższego wymogu, Odwołujący w swoim formularzu ofertowym w pkt 10 a) zadeklarował zlecenie podwykonawcom wykonanie zakresu „branży drogowej - z wyłączeniem konstrukcji bitumicznej”.

Zamawiający uznał, że powyższe określenie „konstrukcja bitumiczna” jest niezgodne z wymaganiami SIWZ, „ponieważ w zakresie warstw konstrukcyjnych nawierzchni ciągu głównego poza warstwami bitumicznymi występuje jeszcze warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 o gr/22 cm.”

Stanowisko Zamawiającego w ocenie Odwołującego jest błędne, Odwołujący nie naruszył bowiem wymogu, o którym mowa w pkt. 4.5 IDW. U podstaw wadliwego stanowiska

Zamawiającego leży założenie, zgodnie z którym wskazaną w ofercie Odwołującego konstrukcję bitumiczną utożsamiać należy z „bitumicznymi warstwami nawierzchni jezdni”, co jest założeniem niesłusznym. Szczegóły w zakresie pojęć użytych przez Zamawiającego oraz Odwołującego prezentuje poniższe zestawienie:

*W tym miejscu w odwołaniu zamieszczona tabela*

Odwołujący wskazał, że obowiązek osobistego wykonania zgodnie z wymogiem IDW dotyczył: (-) warstw podbudowy zasadniczej, (-) bitumiczne warstwy nawierzchni jezdni. Natomiast treść oferty Odwołującego wskazała (-) konstrukcja bitumiczna.

Zamawiający wskazał, że wadliwość oferty Odwołującego sprowadza się do tego, że w zakres warstw konstrukcyjnych nawierzchni, poza warstwami bitumicznymi, wchodzi podbudowa zasadnicza z mieszanki niezwiązanej i w oparciu o to stwierdzenie dochodzi do wniosku o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego. Porównanie sformułowania użytego w treści oferty Odwołującego („konstrukcja bitumiczna”) do wymogów IDW nie pozwala na przyjęcie stanowiska, że pojęcie to („konstrukcja bitumiczna”) jest synonimem „bitumicznych warstw nawierzchni jezdni”. Twierdzenie to jest zatem niesłuszne już w oparciu o to proste, niewymagające wiedzy technicznej, porównanie.

Pojęcie „konstrukcja” (takiego pojęcia używa Odwołujący odnosząc się do zakresu bitumicznego) cechuje się immanentną złożonością. „Konstrukcja” zawsze będzie składać się z elementów ją tworzących (za słownikiem PWN, konstrukcja to „sposób, w jaki połączone są elementy tworzące jakąś całość, „rzecz skonstruowana, zbudowana”). W ślad za definicją tego pojęcia „konstrukcja bitumiczna”, o której mowa w ofercie Odwołującego to nie tylko warstwa bitumiczna (jak chciałby Zamawiający), a w jej skład nierozzerwalnie wchodzi także podbudowa zasadnicza z mieszanki niezwiązanej. Formułując swoje stanowisko oraz odnosząc się do opracowanej przez siebie dokumentacji Zamawiający przywołuje „Katalog typowych konstrukcji podatnych i półsztywnych” (GDDKIA Warszawa, 2014, „Katalog”). Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wkleił schemat (rys. 4.1 Schemat i nazwy warstw konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych oraz warstwy ulepszonego podłoża) z Katalogu:

*W tym miejscu w odwołaniu zamieszczona tabela*

Odwołujący podał, że przekładając ów schemat na wymogi Zamawiającego w zakresie obowiązku osobistego wykonania zamówienia uznać należy, że wykonawcy biorący udział w Postępowaniu muszą samodzielnie wykonać warstwę górną konstrukcji nawierzchni, tj.:

- a) warstwę ścieralną i warstwę wiążącą (które stanowią bitumiczne warstwy nawierzchni), oraz
- b) górną i dolną warstwę podbudowy zasadniczej.

Zakres, który nie mógł być zlecony podwykonawcom został obramowany na powyższym rysunku kolorem czerwonym.

Dla dalszych rozważań istotne znaczenie ma, że, zdaniem Zamawiającego, obowiązkiem osobistego wykonania objęty jest zatem zakres konstrukcji nawierzchni, zarówno w odniesieniu do drogi krajowej nr 222, jak i 224. Wynika to m. in. z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający wprost wskazał na wymienione w pkt. 8.2 i 8.3 Projektu Wykonawczego „*Ustalenie i wskazanie odcinków z rozróżnieniem projektowanego sposobu wzmocnień podłoża, konstrukcji nawierzchni, rodzaju i konstrukcji poboczy - Etap I*” elementy składające się na konstrukcję nawierzchni, w skład której wchodzi warstwa ścieralna i wiążąca, tj. warstwy bitumiczne oraz dwie warstwy podbudowy zasadniczej (ponadto wzmocnienie podłoża, co pozostaje jednak okolicznością nieistotną) tj. podbudowa z betonu asfaltowego i podbudowa z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3.

Jak wynika z przywołanego przez Zamawiającego Katalogu „*określenie konstrukcja nawierzchni: oraz „nawierzchnia” są równoznaczne i mogą być stosowane wymiennie*” (pkt 3.11 Katalogu). Nawierzchnie mogą być różnorakiego rodzaju, w Postępowaniu zastosowanie znajdzie nawierzchnia bitumiczna (rodzaj nawierzchni, której warstwa ścieralna jest wykonana z kruszywa związanego lepiszczem bitumicznym). Spoiwem oczekiwanym przez Zamawiającego jest asfalt (będzie to zatem nawierzchnia bitumiczna - asfaltowa). Skoro zatem pomiędzy „Konstrukcją nawierzchni” a „nawierzchnią” postawić należy znak równości, a nawierzchnia w naszym przypadku jest nawierzchnia bitumiczną, to pojęcie „konstrukcja bitumiczna” (użyte w ofercie Odwołującego) stanowi synonim „Konstrukcji nawierzchni” i „nawierzchni”. Zatem „konstrukcja bitumiczna” w zakresie znaczeniowym to nic innego jak właśnie „konstrukcja nawierzchni” (inaczej „nawierzchnia”) o charakterze bitumicznym. Jeśli zatem w skład nawierzchni wchodzi nie tylko warstwy bitumiczne, ale i podbudowa zasadnicza, to zakres znaczeniowy pojęcia „konstrukcja bitumiczna” niewątpliwie obejmuje te elementy. Nie występuje zatem sprzeczność pomiędzy wymaganiami IDW a treścią oferty Odwołującego.

Za szczególnie istotne uznać należy, że w skład konstrukcji bitumicznej przewidzianej dla niniejszej inwestycji wchodzi (bitumiczna) podbudowa zasadnicza AC22P. W projekcie udostępnionym w Postępowaniu, na rysunku „Przekroje konstrukcyjne” wskazano następującą konstrukcję nawierzchni na drogach DW222 i DW224:

- warstwa ścieralna - SMA8 - 4 cm
- warstwa wiążąca - AC16W - 6 cm
- podbudowa zasadnicza - AC22P - 10 cm
- podbudowa pomocnicza - mieszanka niezwiązana z kruszywem C90/3 - 22 cm.

Zatem, wskazał Odwołujący, podbudowa zasadnicza to warstwa konstrukcji bitumicznej.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że „w zakresie warstw konstrukcyjnych nawierzchni ciągu głównego poza warstwami bitumicznymi występuje jeszcze warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem

C90/3 o ar. 22 cm. której również nie można powierzyć podwykonawcom". Zamawiający jednak jest niekonsekwentny. W pkt. 4.5 wskazuje bowiem na obowiązek osobistego wykonania w odniesieniu do podbudowy zasadniczej. Z kolei jak wynika z informacji powyższej mieszanka niezwiązana z kruszywem C90/3 - 22 cm to element podbudowy pomocniczej, a więc zakresu niewchodzącego w zakres, co do którego Zamawiający zażądał osobistego wykonania (zgodnie z rysunkiem z pkt. 13 odwołania). W kontekście prawidłowości oferty Odwołującego okoliczność ta nie ma większego znaczenia (jak zostanie wykazane poniżej Odwołujący zamierza samodzielnie wykonać również podbudowę pomocniczą), ale dowodzi, że Zamawiający niekonsekwentnie interpretuje postawione przez siebie wymagania.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podał, że określenie „konstrukcja bitumiczna” występuje w powszechnym obrocie oraz użyciu i rozumiane jest jednoznacznie jako konstrukcja składająca się z warstw ścieralnej i wiążącej oraz podbudowy zasadniczej. Podbudowa ta może być wykonana w różny sposób, co skutkuje podziałem na konstrukcje nawierzchni podatnej (gdy żadna z warstw podbudowy nie jest wykonana z materiałów związanych spoiwem hydraulicznym) lub konstrukcje nawierzchni półsztywnej (gdy jedna z warstw podbudowy jest wykonana z materiałów związanych spoiwem hydraulicznym). Za każdym jednak razem mamy do czynienia z konstrukcją rozumianą jako warstwa bitumiczna wraz z podbudową zasadniczą. Podsumowując - zasadny jest wniosek, iż pojęcie „konstrukcja bitumiczna” oznacza nic innego jak konstrukcja o określonym rodzaju nawierzchni (w tym przypadku bitumicznym).

Celem przedstawienia typowych elementów składających się na konstrukcje górnych warstw nawierzchni odpowiednio dla kategorii ruchu KR3 i KR4 (mających zastosowanie w Postępowaniu) Odwołujący wskazuje na graficzne zestawienie konstrukcji nawierzchni dla poszczególnych kategorii ruchu ujęte w przywoływanym już Katalogu. Co warte podkreślenia w każdej kategorii począwszy od KR 3 wżwyż elementami „konstrukcji” są warstwy ścieralna i wiążąca oraz obie warstwy podbudowy zasadniczej (str. 52 Katalogu):

*W tym miejscu w odwołaniu zamieszczona tabela*

Odwołujący wskazał również na zestawienie omawianych powyżej elementów konstrukcji w porównaniu do używanych materiałów:

*W tym miejscu w odwołaniu zamieszczono zestawienie*

Odwołujący podał, że warte podkreślenia jest – że jako elementy konstrukcji również w tym przypadku wymieniane są warstwy ścieralna i wiążąca oraz obie warstwy podbudowy zasadniczej. Powyższe zestawienie doskonale obrazuje różnicę pomiędzy intencją Odwołującego (który w ofercie wskazał na „konstrukcję bitumiczną”), a wymaganiem Zamawiającego (który wskazał na bitumiczne warstwy). Otóż „warstwy” bitumiczne odnoszą się do rodzaju materiału, natomiast pojęcie „konstrukcja” jest pojęciem szerszym



znaczeniowo. Wobec omówionego powyżej znaczenia pojęcia „konstrukcja bitumiczna” zasadne jest twierdzenie, iż Odwołujący nie tylko nie zastrzegł do osobistego wykonania zakresu węższego niż oczekiwany przez Zamawiającego, ale wręcz zamierza osobiście wykonać zakres szerszy.

Odwołujący wskazał przyjmując jednak, że „konstrukcja nawierzchni” jest równoznaczna z „konstrukcją bitumiczną”, o której mowa w ofercie Odwołującego, to uznać należy, że Odwołujący zadeklarował osobiste wykonanie nie tylko warstw ścieralnej i wiążącej oraz podbudowę zasadniczą (które to elementy łącznie składają się na górną warstwę konstrukcji nawierzchni), ale i podbudowę pomocniczą oraz warstwę mrozooodporną (a więc dolne warstwy konstrukcji nawierzchni). Obrazuje to poniższa grafika (kolorem czerwonym zaznaczono zakres oczekiwany przez Zamawiającego, a żółtym oferowany przez Odwołującego):

*W tym miejscu w odwołaniu zamieszczona tabela*

W ocenie Odwołującego istnieje znacząca różnica pomiędzy pojęciem „warstwa” a „konstrukcja”. Przygotowując swoją ofertę, Odwołujący bazował w szczególności na przedstawionych powyżej opisach i tabelach oraz wiedzy technicznej, zgodnie z którymi konstrukcja górnych nawierzchni warstw nawierzchni uwzględnia warstwy podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3. W związku z powyższym, Odwołujący pomimo zastosowania skrótowego nazewnictwa odnoszącego się do całości konstrukcji, prawidłowo wypełnił obowiązek wynikający z postanowień IDW. Prowadzona z należytą starannością całościowa analiza treści oferty Odwołującego pozwoliłaby Zamawiającemu potwierdzić prawidłowość przedłożonej przez Odwołującego oferty. Niemniej, z nieuzasadnionych przyczyn, Zamawiający zdecydował się na jej odrzucenia, pomimo iż treść oferty jest zgodna z treścią IDW.

Uwzględniając zasady wykładni oświadczeń woli nie sposób przyjąć, że treścią oferty Odwołującego nie było zaoferowanie wykonania wymaganej postanowieniami IDW warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni. Brak literalnego i pełnego użycia powyższego określenia nie może być zatem traktowany jako przesłanka do odrzucenia oferty. Z powyższego sformułowania Zamawiający błędnie wywnioskował, że Odwołujący, posługując się pojęciem „konstrukcja bitumiczna”, nie spełnił zastrzeżonego obowiązku z pkt 4.5 IDW. W rzeczy samej, zauważyć należy, że pojęcie „konstrukcja bitumiczna” jest pojęciem szerokim, obejmującym swoim zakresem całość wymaganych przez Zamawiającego rozwiązań. Użycie skróconej formy nazewnictwa co do poszczególnych elementów nie oznacza automatycznie niezgodności oferty z IDW. Powyższe potwierdziła Izba wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 547/17 „(...) należy mieć na względzie, że odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r.

poz. 2164 ze zm.) nie obejmuje przypadków uchybień formalnych, wyrażających się chociażby w odmiennym od oczekiwanego przez zamawiającego sposobie prezentowania informacji w ofercie." Tymczasem, jeśli nawet w odniesieniu do oferty złożonej przez Odwołującego można mówić o jakimkolwiek uchybieniu, to nie ulega wątpliwości, że miało ono co najwyżej formalny, niemający znaczenia w kontekście zawartości oferty, charakter. Sprowadzić je bowiem należy do użycia w odniesieniu do zakresu deklarowanego podwykonawstwa określenia innego niż to, które zastosował Zamawiający w pkt. 4.5 IDW. Odwołujący wskazał, że jego działanie można porównać do zastosowania swobodnego skrótowego. W żaden sposób nie wpływa to jednak na zawartość oferty Odwołującego oraz jej zgodność z IDW, niezmiennie bowiem pod pojęciem „konstrukcja bitumiczna” miał on na myśli całość wymagań odnoszących się do osobistego wykonania określonych przez Zamawiającego w IDW. Wobec powyższego, oferta wykonawcy jest zgodna z IDW, a tym samym, należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący wskazał również, że tym stanie faktycznym nie sposób uznać, iż sformułowanie, jakim posłużył się Odwołujący w swoim formularzu ofertowym jest pojęciem na tyle wąskim i klarownym, a jednocześnie na tyle precyzyjnym dla Zamawiającego, że mógł On zdecydować się, bez ówczesniejszego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, na odrzucenie oferty Odwołującego. Podnieść należy, że przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający obowiązany jest do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, które mogą mieć wpływ na ocenę oferty w zakresie podstawy odrzucenia. Powyższe potwierdza wyrok Izby z dnia 5 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2463/16. Decydując się na odrzucenie oferty Zamawiający musi mieć niezachwianą pewność, że oferta ocenianego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wskazuje również, że procedura o której mowa w art. 87 ust. 1 Pzp ma przede wszystkim za zadanie unikanie sytuacji, w których oferty odrzucane byłyby z powodów błahych, często będących konsekwencją ich błędnej interpretacji, a nie wadliwej i niezgodnej z wymaganiami treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie stanowisko potwierdziła Izba chociażby w wyroku z dnia 14 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1347/17 oraz podobnie w wyroku z dnia 18 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2552/13. W orzecznictwie wielokrotnie podkreśla się, iż jakkolwiek art. 87 ust. 1 Pzp wyraża uprawnienie instytucji zamawiającej, to w niektórych sytuacjach przeradza się ono w obowiązek. Należy przy tym mieć na względzie, że Zamawiający dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty. Tak Izba w wyroku z dnia 27 maja 2013 r. sygn. akt KIO 1152/13 oraz w wyroku z dnia 27 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2383/17, a także w wyroku z 18 lipca 2017 roku sygn. akt 1927/17. Tym samym zaniechanie wezwania do wyjaśnień może stanowić naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych. Zamawiający, występując

o stosowne wyjaśnienia, uzyskałby kompleksowe informacje pozwalające mu poznać zawartość pojęcia „konstrukcja bitumiczna”, które zostało błędnie przez Zamawiającego *odtworzone*. Wobec powyższego, uznać należy, że postawiony zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp jest zasadny.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowanie odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 marca 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izba

stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciężar dowodu kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z*

*uwzględnieniem zasady kontryktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 12 maja 2020 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniała stanowisko zaprezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego Przedsiębiorstwo Budowy Dróg spółka akcyjna z siedzibą Starogard Gdański w piśmie procesowym z dnia 28 maja 2020 roku wraz z załączoną Opinią w zakresie nazewnictwa stosowanego w inżynierii lądowej z dnia 25 maja 2020 roku, autor dr inż. G. B. .

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 1 – wydruki „Inżynier budownictwa” (4 katy),
- dowód nr 2 – pismo z dnia 10 marca 2020 roku z Politechniki Gdańskiej wraz z pismem z dnia 4 marca 2020 roku skierowanym przez Odwołującego (2 karty).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 3 – „Katalog typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych” załącznik do Zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 roku (56 katy),
- dowód nr 4 – Opinia z dnia 27 maja 2020 roku, autor dr inż. W. C. (5 kart),
- dowód nr 5 – Schemat układu warstw konstrukcyjnych nawierzchni na jezdni ciągu głównego DW224 (1 karta),

- dowód nr 6 – wydruk fragmentu mapy obejmującej inwestycję (1 karta).

Izba w tym miejscu wskazuje, że opinie jakie zostały zawnioskowane i złożone w postępowaniu przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego stanowią prywatne opinie złożone w postępowaniu, tym samym Izba uwzględniła je jako stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego prezentowane w postępowaniu.

V.

Izba ustaliła:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający w rozdziale 4 Przedmiot zamówienia , w punkcie 4.5 wskazał:

*„Wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania następujących części zamówienia: wykonanie warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224.”*

W Formularzu ofertowy (oferta) Zamawiający w punkcie 10 wymagał wskazania czy zamówienie zostanie zrealizowane przez wykonawcę samodzielnie czy też przy udziale wykonawcy. W tym celu wykonawca miał wskazać „zakres robót/część zamówienia, której wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy”.

Odwołujący w Formularzu ofertowym (oferta) w pkt 10 a) wskazał :

*„10. ZAMÓWIENIE ZREALIZUJEMY ~~sami~~ przy udziale podwykonawców\*:*

- a) **Branża Drogowa** – z wyłączeniem konstrukcji bitumicznej - podwykonawca nie jest jeszcze znany”

W rozpoznawanej sprawie Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 2 marca 2020 roku poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający wskazał między innymi na konieczność osobistego wykonania na ciągu głównym DW222 i DW224 konstrukcji nawierzchni w całym układzie warstw od warstwy ścieralnej do dolnej warstwy podbudowy zasadniczej, którą stanowi mieszanka niezwiązana z kruszywem C90/3 o gr. 22 cm – niebitumicznej warstwy podbudowy zasadniczej.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna ze

Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), gdy tymczasem Odwołujący nie naruszył wymogu Zamawiającego odnośnie osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, o którym mowa w pkt. 4.5 SIWZ, co w konsekwencji poskutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść odpowiadała wymogom SIWZ - Izba zarzut uznała za zasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez odwołującego Zamawiający dopatrzył się niezgodności treści oferty w odniesieniu do wskazania zakresów w branży drogowej jakie Odwołujący wskazał wykonać samodzielnie.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań SIWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta.

Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą

do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań w SIWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej, kluczowym dla rozpoznania podniesionego zarzutu odwołania niezbędnym jest rozstrzygnięcie sporu odnoszącego się do rozumienia pojęcia „*konstrukcja bitumiczna*”, użytego przez Odwołującego w ofercie.

Izba zaznacza, że w zakresie branży drogowej Zamawiający zastrzegł obowiązek wykonania osobistego przez wykonawcę „*warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224*”.

Izba, w pierwszej kolejności stwierdziła, że pojęcie „*konstrukcja bitumiczna*” nie ma definicji legalnej. Nie została ona również zdefiniowana w „Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych” załącznik do Zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 roku (dalej: „Katalog”; dowód nr 3). Istotnym również jest, że przedstawione stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego również potwierdzają tę okoliczność. Wymaga zaznaczenia w tym miejscu, że podane w opinii prywatnej przedstawianej za pismem procesowym przez uczestnika postępowania odwoławczego wskazanie, że „nie ma takiego pojęcia jak konstrukcja bitumiczna, która określałaby zawsze pełen układ warstw danej konstrukcji nawierzchni” stanowi ocenę autora tejże opinii. W ocenie Izby stanowisko (przygotowane 28 maja 2020 roku) wyraża dane przekonanie jej autora, do którego ma on prawo. Natomiast w ocenie Izby, brak definicji legalnej danego pojęcia powoduje, po pierwsze, że nie można stwierdzić, że danego pojęcia nie ma – jak pokazuje sytuacja z tej sprawy, pojęcie to zostało podane w ofercie, co oznacza, że może być użyte. Po drugie, wskazanie przez autora tego co też pojęcie to, jako nieistniejące, określa pomija w zupełności odniesienie do konstrukcji



nawierzchni podatnej, do której odnosił się Odwołujący w odwołaniu. Zamawiający wskazał w prezentowanym stanowisku, że w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zdefiniował pojęcia „konstrukcja bitumiczna”, jednakże w ocenie Izby fakt braku zdefiniowania tego pojęcia nie stanowi automatycznej podstawy do dokonania negatywnej oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Izba wskazuje również, że w przedstawionym przez Zamawiającego stanowisku w opinii prywatnej (dowód nr 4) jednoznacznie wskazane zostało, że określenie „warstwy bitumiczne” nie jest zdefiniowane w przepisach prawa dotyczących dróg jak również w Katalogu. W ocenie Izby nie zasługuje na uznanie stanowisko Zamawiającego wyrażone w ww. opinii, a odnoszące się do Katalogu z 1983 roku, który nie obowiązuje już ponad 20 lat, gdzie nawierzchnia była utożsamiana z warstwami asfaltowymi (ścieralna i wiążąca), co pozwoliło na postawienie znaku równości pomiędzy sformułowaniem konstrukcja bitumiczna i warstwy bitumiczne, jednakże nie konstrukcji nawierzchni jako całości. Podkreślić bowiem należy, że Katalog ten nie obowiązuje jak również, że jest to jedynie ocena autora pomijająca kwestię podbudowy zasadniczej będącej częścią nawierzchni, a co wynika z nowego opracowania elementów nawierzchni zawartych w Katalogu z 2014 roku. Izba zaznacza w tym miejscu, że również pojęcie „warstwy bitumiczne” nie zostało przez Zamawiającego zdefiniowane w dokumentacji postępowania. Zamawiający wskazał, w pkt 1.4 Specyfikacji Technicznej D-M-00.00.00 *Wymagania ogólne*, określenia podstawowe dla tego zamówienia i nie ma tam zawartego pojęcia „warstwy bitumiczne”. Przy czym Zamawiający podał określenia takie jak: warstwa ścieralna, wiążąca, mrozoochronna, odcinająca i odsączająca. Zamawiający zdefiniował w SIWZ również warstwę wyrównawczą, przy czym w Katalogu, w rozdziale 4 – Schemat i terminologia warstw konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych oraz warstw ulepszanego podłoża ta właśnie warstwa nie została zdefiniowana, w przeciwieństwie do warstw określonych w zadaniu poprzednim. Tym samym Zamawiający miał możliwość zdefiniowania pojęcia „warstwy bitumiczne” ale tego nie uczynił.

Zamawiający w prezentowanym stanowisku zrównał znaczenie pojęć „konstrukcja bitumiczna” i „bitumiczne warstwy konstrukcji nawierzchni” lub „bitumiczne warstwy konstrukcyjne nawierzchni” wskazując, że określenie „konstrukcja bitumiczna” jest określeniem uszczegółowującym, zawężającym, a podane wyżej określenia to synonimy. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, choć oparte na interpretacji argumentacji przedstawionej przez Odwołującego dotyczącej „konstrukcji nawierzchni” i „nawierzchni” nie znajduje uzasadnienia. Izba podkreśla, że Zamawiający ponownie wprowadza określenia (kolejne) nieznane dokumentacji postępowania ani nieokreślone w Katalogu („bitumiczne

warstwy konstrukcji nawierzchni” lub „bitumiczne warstwy konstrukcyjne nawierzchni”), które stara się zrównać z pojęciem użytym przez Odwołującego tj. „konstrukcja bitumiczna” przy jednoczesnym pominięciu w zupełności wymagania określonego w pkt 4.5 SIWZ, które posługuje się również innymi, nienazwanymi pojęciami tj. „warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224”.

W ocenie Izby, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i przedstawione stanowiska, użyte przez Odwołującego określenie „konstrukcja bitumiczna” znaczeniowo nie może być utożsamiane z „bitumicznymi warstwami nawierzchni jezdni” użytymi przez Zamawiającego w SIWZ (pkt 4.5) są to bowiem – niespornie – dwa określenia niezdefiniowane. Tym samym, dokonując oceny zgodności złożonego oświadczenia przez Zamawiającego w Formularzu oferty w pkt 10a z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ w pkt 4.5 poddane ocenie zostało porównanie dwóch niezdefiniowanych pojęć, z tym zastrzeżeniem, że podbudowa zasadnicza wskazana w pkt 4.5 SIWZ zdefiniowana jest w Katalogu, do którego odwołują się strony postępowania. Izba wskazuje w tym miejscu, że dla prawidłowego poddania ocenie złożonego przez Odwołującego oświadczenia Zamawiający powinien odnosić się do pełnej treści pkt 4.5 SIWZ.

Izba wskazuje w tym miejscu, że wymaganie określone w SIWZ w pkt 4.5 tj. „warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224”, dla prawidłowości jego spełnienia wymaga wykonania warstwy podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni łącznie, na co jednoznacznie wskazuje funktor „i”. Co oznacza, że Zamawiający posługując się koniunkcją w tym zdaniu określił, jakie warstwy mają być wykonane przez wykonawcę samodzielnie (przy czym nie określił czym są warstwy bitumiczne).

Należy podkreślić, że Zamawiający podał definicję podbudowy zasadniczej, która może składać się z jednej lub dwóch warstw. W Katalogu definicja podbudowy zasadniczej zawarta jest w pkt 4.8, który określa także materiały do podbudowy zasadniczej, wskazując również, że mają być one „o właściwościach odpowiednich do podbudowy zasadniczej”. W punkcie 4.10 Katalogu podane zostały przypadki w jakich występuje podbudowa zasadnicza dwuwarstwowa. Dla kategorii ruchu KR3 i KR4 - jakie wskazywał w trakcie rozprawy Zamawiający, a które zostały określone dla DW 222 i DW 224 - przewidziana zgodnie z dokumentacją postępowania została podbudowa dwuwarstwowa gdzie górną warstwę podbudowy zasadniczej stanowi beton asfaltowy, a dolną warstwę podbudowy zasadniczej stanowi mieszanka niezwiązana z kruszywem C90/3 o gr. 22 cm.

Izba dostrzegła w argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu odniesienie się do występowania w powszechnym obrocie określenia „konstytucja bitumiczna”, jako konstrukcji składającej się z warstwy ścieralnej i wiążącej oraz podbudowy zasadniczej. Izba dostrzegła również w oparciu o Katalog, dowód nr 3 złożony przez Zamawiającego, że te warstwy do jakich referuje Odwołujący znane są z definicji zawartych w ww. Katalogu. Dokładnie tak jak podał Odwołujący w odwołaniu, a Izba już wskazała w akapicie powyżej uzasadnienia wyroku, podbudowa zasadnicza może zostać wykonana w różny sposób co związane jest z kategoriami ruchu na określonych drogach. Sposób wykonania podbudowy zasadniczej kwalifikuje podział zgodnie z Katalogiem na „Konstrukcje nawierzchni podatnej – konstrukcja nawierzchni, w której warstwy ścieralna i wiążąca wykonane są z mieszanek mineralno-asfaltowych, a żadna z warstw podbudowy zasadniczej nie jest wykonana z materiałów związanych spoiwem hydraulicznym (pkt 3.14 Katalogu) oraz „Konstrukcje nawierzchni półsztywnej – konstrukcja nawierzchni, w której warstwy ścieralna i wiążąca wykonane są z mieszanek mineralno-asfaltowych, a przynajmniej jedna z warstw podbudowy zasadniczej nie jest wykonana z materiałów związanych spoiwem hydraulicznym” (pkt 3.15 Katalogu). Natomiast wskazywana przez wszystkich „konstrukcja nawierzchni” lub „nawierzchnia” – które zgodnie z katalogiem są równoznaczne i mogą być stosowane wymiennie – została określona pkt 1.12 Katalogu, Zamawiający zawarł wskazanie „Konstrukcja nawierzchni” również w ST w pkt 1.4. W każdym przypadku jest to układ warstw nawierzchni.

Zgodnie z pismem z dnia 10 marca 2020 roku złożonym w postępowaniu przez Odwołującego (dowód nr 2), które to pismo zostało przygotowane przez autorów Katalogu (dr hab. Inż. P. J., prof. PG oraz dr inż. B. D.), w odpowiedzi na pytanie Odwołującego wynika, że pojęcie „konstrukcja bitumiczna” w powszechnym rozumieniu i użyciu utożsamia się z określeniem „nawierzchnia podatna” lub „nawierzchnia półsztywna”, natomiast definicje tych nawierzchni należy odczytywać zgodnie z pkt 3.14 i 3.15 Katalogu. Autorzy tego pisma oświadczyli również, że oznacza powyższe, że „przez zastosowane określenia konstrukcja bitumiczna w przypadku drogi wojewódzkiej DW 224, należy rozumieć podatną konstrukcję nawierzchni, gdzie warstwa ścieralną, wiążącą oraz górną warstwę podbudowy wykonano z mieszanek mineralno-asfaltowych a dolną warstwę podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej. Przedstawiony dowód w ocenie Izby spójny jest z definicjami zawartymi w Katalogu, argumentacją przedstawioną przez Odwołującego w odniesieniu do wskazania konstrukcji nawierzchni podatnej oraz dotyczy tych elementów, które wskazał w SIWZ w pkt 4.5 Zamawiający („warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224”). Wymaga jednoznacznie wskazania w tym miejscu, że Zamawiający nie kwestionował

wynikających z tego pisma ustaleń poza wskazaniem, że dowód ten „pomija kwestię skrzyżowań typu rondo”.

Izba dostrzegła fakt, że ww. pism z dnia 10 marca 2020 roku nie odnosi się do „skrzyżowań typu rondo”, jednakże co należy pokreślić w tym miejscu pozostaje to bez znaczenia dla oceny zarzutów odwołania wniesionego przez Zamawiającego w odniesieniu do czynności Zamawiającego z dnia 2 marca 2020 roku. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego nie podał żadnej argumentacji dotyczącej części jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej nr 222 i 224 z górnymi warstwami niebitumicznymi posiadającymi nawierzchnię jezdni ciągu głównego z kostki kamiennej, dla których podbudowa zasadnicza zaprojektowana jest z betonu cementowego C 20/25 tj. konstrukcji nawierzchni w której nie występują warstwy bitumiczne (np. w rejonie skrzyżowań typu rondo na DW224 oraz skrzyżowania skanalizowanego DW 222 i 224). Skoro Zamawiający nie uzasadnił odrzucenia oferty ww. argumentacją, która pojawia się dopiero w piśmie procesowym – Odpowiedź na odwołanie argumentacja ta nie może być oceniana przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym. W tym miejscu Izba stwierdza również nieprzydatność dowodów nr 5 i 6 przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie wskazując, że złożone dokumenty nie zostały w żaden sposób potwierdzone przez Zamawiającego (brak podpisów, autorów, źródła).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Odwołujący wykazał w postępowaniu odwoławczym, że czynność Zamawiającego z dnia 2 marca 2020 roku jest nieprawidłowa. Izba stwierdziła, że pojęcie „konstrukcja bitumiczna” użyte przez Odwołującego w ofercie w pkt 10a odnosi się do konstrukcji nawierzchni, w której warstwa ścieralna i warstwa wiążąca wykonana jest z mieszanek mineralna – asfaltowych, a żadna z warstw podbudowy zasadniczej nie jest wykonana z materiałów związanych spoiwem hydraulicznym (konstrukcja nawierzchni podatnej). Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy stwierdziła, że nie można pojęcia „konstrukcja bitumiczna” utożsamiać z pojęciem „bitumiczne warstwy konstrukcji nawierzchni” lub „bitumiczne warstwy konstrukcyjne nawierzchni” jak chciał tego dokonać Zamawiający. Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył regulację art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego. Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną

regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. W ocenie Izby doszło w tym zakresie do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty – Izba uznała zarzut za zasadny. Jednakże z uwagi na uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba w zakresie tego zarzutu nie nakazała wezwania do przedstawienia wyjaśnień w zakresie złożonego oświadczenia w ofercie w punkcie 10a.

Izba wskazuje, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zaznaczyć należy, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień do złożonej oferty, co w ocenie Izby nie było działaniem prawidłowym. Mając na uwadze, że zarówno Zamawiający w treści SIWZ posłużył się pojęciem niezdefiniowanym w Katalogu jak również w SIWZ tj. „bitumiczne warstwy” oraz posłużenia się Odwołującego również pojęciem „konstrukcja bitumiczna”, które nie posiada definicji legalnej, lecz jak wykazane zostało przy rozpoznaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w

powszechnym rozumieniu i użyciu utożsamiane z określeniem „nawierzchnia podatna” i „nawierzchnia półsztywna” (tak dowód nr 2), w ocenie Izby niezbędne było wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia. To pozwoliłoby Zamawiającemu na poznanie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Izba wskazuje za orzeczeniem Sądu Okręgowego we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)”*.

Izba, w rozpoznawanej sprawie rozpoznała zarzut ewentualny, wskazuje w uzasadnieniu swojego stanowiska, że Izba nie mogąc orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu obowiązana jest, *a contrario*, orzec co do zarzutów jakie w odwołaniu zostały podniesione. Sąd Najwyższy Uchwałą z dnia 17 lutego 2016 roku sygn. akt III CZP 111/15 wskazał, że Izba ma obowiązek rozpoznać wszystkie zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu i orzec o nich w wyroku. W postanowieniu z dnia 12 grudnia 2017 roku Sąd Okręgowy w Warszawie sygn. akt XXIII Ga 1886/17 jednoznacznie wyjaśnił, że „przepisy ustawy Pzp w zakresie postępowania odwoławczego przed Izbą w inny sposób, niż ma to miejsce w procedurze cywilnej, podchodzą do formułowania i rozpatrywania zarzutów ewentualnych zawartych w odwołaniu. Tym samym błędne jest stanowisko skarżącego, iż Izba w całości uwzględniła zarzuty jego odwołania, uwzględniając tylko zarzuty ewentualne. Powyższe wynika już z charakteru samego rozstrzygnięcia wyroku Izby, która w pkt 3 oddaliła odwołanie właśnie w stosunku do zarzutów głównych”. Izba zaznacza jednocześnie dla porządku, że w orzecznictwie wskazuje się również, że „żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny.” (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1190/19).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....