

WYROK
z dnia 2 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias
Członkowie: Anna Chudzik
Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2022 r. przez konsorcjum wykonawców **KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** – prowadzący postępowanie **Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawcy **POLAQUA Sp. z o.o.** z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) odrzucenie oferty POLAQUA Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp,

- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu w punkcie II i III.
 3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
 4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2 i:
 - 4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz – Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec*, nr postępowania GDDKiA.O.BY.D-3.2410.2.2021.3. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 07.07.2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 129-341229.

W dniu 24 marca 2022 r. Zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 4 kwietnia 2022 r. konsorcjum wykonawców KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylni oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na podjęciu i zaniechaniu:

- a) czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego;
- b) zaniechania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;
- c) odrzucenia ofert Odwołującego;
- d) wyboru oferty złożonej przez wykonawcę POLAQUA Sp. z o. o. w Wólce Kozodawskiej (dalej: „POLAQUA” „Wykonawca”,) jako najkorzystniejszej oferty,
- e) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę POLAQUA;
- f) zaniechania czynności wezwania wykonawcy POLAQUA do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa 8.2.4.1. SWZ;
- g) zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy POLAQUA z postępowania;
- h) zaniechanie odrzucenia oferty POLAQUA;
- i) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

I. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ppkt 1) Pzp i w zw. z art. 65 § 1 K. c. mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że treść oferty Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, w tym z decyzją GDOŚ w zakresie wymagań środowiskowych dotyczących prac związanych z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516, 10);

ewentualnie:

- **naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp** mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego niezastosowanie i niezażądanie od Odwołującego wyjaśnień treści oferty Odwołującego oraz wyjaśnień cenowych Odwołującego pomimo stwierdzonej przez Zamawiającego sprzeczności w wyjaśnieniach cenowych;

- **naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 1) , pkt 3) Pzp** mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie, pomimo jej oczywistości oraz pomimo tego, że jej poprawienie nie spowodowałoby istotnej zmiany w treści oferty;

II. naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego niezastosowanie i niezażądanie od POLAQUA uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wykazywanych w celu potwierdzenia wymaganego doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ, pomimo złożenia dokumentów potwierdzających nienależyte wykonanie wykazywanych robót;

III. naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego niezastosowanie i niezażądanie od POLAQUA uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub Klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m, pomimo złożenie dokumentów potwierdzających nienależyte wykonanie wykazywanego obiektu oraz pomniejszenie umówionego wynagrodzenia za ten element robót;

IV. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, przez jego niezastosowanie i nieodrzucenie ofert POLAQUA pomimo, że wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, czyli niezabezpieczając oferty przez cały termin związania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego;

b) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy POLAQUA jako najkorzystniejszej oferty;

c) odrzucił ofertę POLAQUA

albo

na wypadek uznania, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty POLAQUA aby wezwał wykonawcę POLAQUA do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie należytego wykonania wykazywanych robót budowlanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa pkt. 8.2.4.1. ppkt a IDW oraz do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa pkt 8.2.4.1. ppkt d) IDW;

d) dokonał ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

albo

na wypadek uznania, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z wymaganiami Zamawiającego aby wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 43 oraz na pytanie ad. 43 lub poprawił ofertę.

Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów z dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania:

a) SWZ (IDW) – na okoliczność wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 173 mln PLN netto (pkt. 8.2.4.1. ppkt a) IDW);

b) SWZ (IDW) – na okoliczność wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m (pkt. 8.2.4.1. ppkt d) IDW);

c) wykaz robót budowlanych sporządzony przez POLAQUA wraz z dowodami (świadczenia przejęcia robót) – na okoliczność braku potwierdzenia należytego wykonania wykazywanych robót budowlanych oraz na okoliczność nienależytego wykonania elementu robót – budowa obiektu mostowego WS – 26 i tym samym niespełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4.1. ppkt d) IDW;

d) wezwanie z dnia 19 listopada 2021 r. oraz wezwanie z dnia 22 grudnia 2021 r. do złożenia wyjaśnień i dalszych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w zakresie pytania nr 43 oraz pyt. nr Ad 43 – na okoliczność wszczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny w stosunku do Odwołującego oraz na okoliczność żądania od Odwołującego informacji, które nie były wymagane na etapie składania ofert;

e) wyjaśnienia Odwołującego z dnia 3 grudnia 2021 r. oraz dalsze wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2022 r. - na okoliczność oczywistej omyłki Odwołującego w odpowiedzi na pytanie nr Ad. 43 na drugie wezwanie do wyjaśnień, nie mającej istotnego znaczenia oraz na okoliczność prawidłowego zidentyfikowania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań środowiskowych dotyczących prac związanych z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516, 10) i tym samym zaoferowania świadczenia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego;

f) SWZ (IDW) – na okoliczność wymagań Zamawiającego dotyczących wadium w przedmiotowym postępowaniu (pkt 18 IDW), w szczególności wymagania, że „wadium musi obejmować cały okres związania ofertą”;

g) gwarancja wadialna nr 788/2021/FIN załączona do oferty POLAQUA – na okoliczność, że wadium nie obejmuje całego okresu związania ofertą oraz na okoliczność, że żądanie zapłaty Zamawiającego zawierającego oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 Pzp w okresie od dnia 8 listopada 2021 r. do 7 marca 2022 r. zgłoszone po dniu 7 marca 2022 r. jest bezskuteczne.

Odwołujący wskazał, że:

A: BEZZASADNE ODRZUCENIE OFERTY ODWOŁUJĄCEGO. BŁĘDNA WYKŁADNIA OŚWIADCZENIA WOLI ODWOŁUJĄCEGO. OFERTA ODWOŁUJĄCEGO ZGODNA Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA

1. Zamawiający dokonał wadliwej oceny oferty Odwołującego i bezzasadnie zastosował art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący zaprzecza, że zaoferował świadczenie niezgodne z warunkami zamówienia, w tym przypadku niezgodne z decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z dnia 4 czerwca 2021 r. (DOOŚ-WDŚZIL.420.8.2020.ml.49) i jej warunkami w zakresie **prowadzenia prac związanych z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10)**. Postępowanie wyjaśniające w zakresie zaoferowanej ceny prowadzone w toku przetargu nie dawało Zamawiającemu żadnych podstaw do takiego stwierdzenia. Odwołujący wskazuje na okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia tej kwestii.

2. Przedmiotem zamówienia jest Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz – Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty m. in. w Programie Funkcjonalno -Użytkowym (PFU). Załącznikiem do PFU była m. in. Decyzja Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z dnia 4 czerwca 2021 r.

DOOŚ- WDŚZIL.420.8.2020.ml.49 (dalej jako „decyzja środowiskowa”) , która w zakresie „przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek struga Młyńska w ok. km 12+516,10) stanowiła:

11. uchylam punkt III.2.11) decyzji i w tym zakresie orzekam:

„Prace na odcinku, gdzie trasa przecina ciek należy prowadzić z zastosowaniem rozwiązań technicznych i organizacyjnych zabezpieczających przed niszczeniem brzegów, przed zwężeniem koryta, przed ograniczeniem swobodnego przepływu wód, przed zasypywaniem cieku oraz przed dostaniem się substancji chemicznych, odpadów i makrozawiesin do wód powierzchniowych, np. poprzez wygrodenie przegrodami przeciwmulowymi/płotkami z geowłókniny, poprzez zastosowanie mat i folii zabezpieczających lub poprzez prowadzenie prac z brzegu cieku. W trakcie prowadzenia prac zabrania się wjeżdżania maszyn do wody płynącej. Prace związane z lokalizacją obiektu w ok. km 12+516,10 (w miejscu przekroczenia cieku Struga Młyńska) prowadzić z wykluczeniem ingerencji w granice użytku ekologicznego (PL.ZIPOP.1393.UE.0403083.992).”;

26. uchylam punkt III.3.8) decyzji i w tym zakresie orzekam:

Przejścia dla zwierząt zintegrowane z ciekami należy wykonywać pod nadzorem przyrodniczym uwzględniając poniższe warunki:

- b) prace związane z budową przejść dla zwierząt, prowadzone w obszarze rzeki Zielone Struga w ok. km 31+480 oraz w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10; według kilometrażu odcinka 2 wariantu 6 czerwonego) prowadzić poza okresem rozrodu bobra i wydry, czyli od początku września do końca lutego, zaś likwidacja żeremia, jeśli zaistnieje taka konieczność, powinna nastąpić w terminie od 1 marca do 15 kwietnia albo od 1 sierpnia do końca października,

Natomiast odnośnie sposobu przygotowania oferty i sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający postanowił, że:

Zgodnie z pkt 16.5 IDW:

„16.5. Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

- 1) Wykaz płatności (Tom IV SWZ);*
- 2) Formularz „Kryteria pozacenowe”*

Zgodnie z pkt. 17.1. i 17.8. IDW

„17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV.

(...)

17.8. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV

niniejszej SWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.”

3. W odpowiedzi na tak sprecyzowane warunki zamówienia Odwołujący sporządził ofertę, która m. in. zawierała następujące oświadczenia:

1. **SKŁADAMY OFERTĘ** na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania (SWZ).

2. **OŚWIADCZAMY**, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.

3. **OFERUJEMY** wykonanie przedmiotu zamówienia **za cenę brutto: 253 439 975,05 zł (słownie złotych: dwieście pięćdziesiąt trzy miliony czterysta trzydzieści dziewięć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt pięć złotych 05/100)** zgodnie z załączonym do Oferty Wykazem Płatności.

4. Z treści złożonego oświadczenia woli nie wynikało, że Odwołujący zaoferował świadczenie, które byłoby niezgodne ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, w tym z decyzją środowiskową, która stanowiąc załącznik do PFU, składała się na Specyfikację Warunków Zamówienia. Zamawiający w toku postępowaniu przeprowadził postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny). Pismem z dnia 19 listopada 2021 r. w celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub jej istotne części składowe, nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów **w zakresie wyliczenia ceny, lub ich istotnych części składowych**. M. in. Zamawiający skierował do Odwołującego pytanie nr 43, w którym żądał od Odwołującego potwierdzenia uwzględnienia w ofercie ograniczeń wynikających z decyzji środowiskowej w zakresie prac związanych z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10). W drugiej części pytania, Zamawiający zażądał przedstawienia założonych okresów, w których będzie możliwa realizacja robót przy uwzględnieniu w/w ograniczeń terminowych. Odwołujący udzielił następującej odpowiedzi na pytanie nr 43:

Odpowiedź:

Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w ofercie wystąpienie ograniczeń w dostępie do Placu Budowy z tytułu zapisów decyzji GDOŚ, iż **prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10)** można prowadzić poza okresem rozrodu bobra i wydry, czyli od początku września do końca lutego, zaś likwidację żeremia, jeżeli zaistnieje taka konieczność powinna nastąpić w okresie od 1 marca do 15 kwietnia albo od 1 sierpnia do końca października.

5. Z udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi, wynika pełna zgodność udzielonych wyjaśnień z decyzją środowiskową. Bez wątpliwa Odwołujący prawidłowo zidentyfikował warunki zamówienia w tym zakresie i prawidłowo wskazał okresy, w których prace związane z budową obiektu nie mogą być prowadzone. Jednocześnie Odwołujący kategorycznie potwierdził, że uwzględnił te wymagania w cenie oferty. W żaden sposób z odpowiedzi tej nie można było wyprowadzać wniosku, że wykonawca pomimo oświadczenia, że uwzględnił dany warunek środowiskowy w tym przedmiocie to w ofercie de facto zaoferował wykonanie zamówienia niezgodnie z tymi wymaganiami.

6. Pomimo, udzielonej odpowiedzi, potwierdzającej przyjęcie do oferty zgodnego z decyzją środowiskową sposobu realizacji zamówienia Zamawiający ponownie w piśmie z dnia 22 grudnia 2021 r. zwrócił się do Odwołującego z pytaniem ad. 43, cyt.:

Ad. 43

Wykonawca w odpowiedzi zawarł informacje o ograniczeniach terminowych, w których można prowadzić prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w km ok. 12+516,10). Zamawiający prosi o jednoznaczną informację, w jakich okresach w ciągu całego roku Wykonawca zakłada wykonywanie przedmiotowego obiektu.

Z treści pytania ad. 43 wynika, że Zamawiający żądał doprecyzowania udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi przez wskazanie terminów realizacyjnych danego elementu robót. Odwołujący odpowiedział w następujący sposób.

Odpowiedź:

Wykonawca informuje , wykonanie obiektu MS_PZDsz-1_12.5 w km ok. 12+516,10 prowadził będzie okresach od początku marca do końca sierpnia, po uprzedniej likwidacji żeremia.

Odwołujący być może udzielił odpowiedzi na to pytanie w sposób nieprecyzyjny, czy budzący wątpliwości, natomiast Odwołujący podnosi, że należy ją rozumieć tylko w ten sposób, że wskazany okres (od początku marca do końca sierpnia) dotyczy prac związanych z danym obiektem, które będą prowadzone poza obszarem użytku ekologicznego. Z wykonaniem tego

obiektu wiążą się niewątpliwie również prace poza obszarem użytku ekologicznego, co wynika m. in. z wyjaśnień Wykonawcy i odpowiedzi na pytania nr 30, 31, 32. Takie elementy robót jak wykonanie podpór, przyczółków czy wzmocnienie gruntu będą wykonywane poza obszarem użytku ekologicznego i takich prac decyzja środowiskowa nie dotyczy i w związku z tym Odwołujący nie musiał uwzględniać okresów ochronnych przy kalkulowaniu prac poza obszarem użytku. Takie rozumienie odpowiedzi Wykonawcy jest uzasadnione w świetle wcześniejszej kategorycznej odpowiedzi, że Odwołujący uwzględnił do oferty ograniczenia czasowe prowadzenia prac związanych z obiektem w obszarze użytku ekologicznego.

7. Odwołujący podnosi, że Zamawiający błędnie uznał, że odpowiedź na pytanie **ad 43** (na drugie wezwanie) daje mu podstawę do przyjęcia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SWZ (decyzją środowiskową). Ta pewność Zamawiającego jest nieuzasadniona w okolicznościach postępowania. Wątpliwości jakie powstały po udzieleniu odpowiedzi na pytanie ad. 43 (drugie wezwanie) mają charakter obiektywny i w żadnym razie nie dawały podstaw do kategorycznych wniosków dla Zamawiającego. Udzielona odpowiedź na drugie wezwanie referowała do pytania Zamawiającego, które Odwołujący zrozumiał inaczej niż Zamawiający, jako pytanie ogólne dotyczące harmonogramu wykonania przedmiotowego obiektu w ciągu roku, zarówno w obszarze użytku ekologicznego jak i poza nim. Z decyzji o odrzuceniu oferty Odwołujący dowiedział się, że Zamawiający kierując drugie wezwanie, w tym pytanie ad. 43, chciał uzyskać informację o konkretnych terminach realizacyjnych prac dotyczących danego przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego. To, że Odwołujący uwzględnia wykonanie danego elementu robót zgodnie z wymaganiami zamówienia nie budziło wątpliwości już po pierwszym wezwaniu, ponieważ Odwołujący kategorycznie stwierdził, że uwzględnił to, że prace związane z budową przejścia dla zwierząt **w obszarze użytku ekologicznego** (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) można prowadzić **poza okresem rozrodu bobra i wydry**, czyli od początku września do końca lutego, zaś likwidację żeremia, jeżeli zaistnieje taka konieczność powinna nastąpić w okresie od 1 marca do 15 kwietnia albo od 1 sierpnia do końca października.

Zamawiający otrzymał odpowiedź, która jak się okazało nie spełniła jego oczekiwań co do precyzji. Natomiast zdaniem Odwołującego nie przesądzała ona o sprzeczności oferty z warunkami zamówienia. Jeszcze raz Odwołujący podnosi, że decyzja GDOŚ nie precyzuje możliwych terminów realizacyjnych danego obiektu poza obszarem użytku ekologicznego. Bezpodstawnie Zamawiający uznał naruszając reguły wykładni oświadczeń woli wynikającym z art. 65 § 1 K. c. , że ostatnia z odpowiedzi jest dla niego przesądzająca i że nadać jej należy tylko jeden sens , wbrew wcześniejszym oświadczeniom, wyjaśnieniom cenowym, wbrew ofercie.

8. Ponadto Zamawiający sam przyznał, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że ta sprzeczność oświadczeń była dla niego oczywista, jakkolwiek uznał, że tej omyłki nie może poprawić. Niezależnie, od oświadczenia Odwołującego co do znaczenia udzielonej przez niego odpowiedzi, Odwołujący podnosi, że w realiach niniejszego postępowania Zamawiający w sytuacji sprzeczności udzielonych przez Odwołującego odpowiedzi w toku procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, powinien kwestię tę przede wszystkim wyjaśnić z wykonawcą w trybie art. 223 ust. 1 Pzp (wyjaśniania treści oferty). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający całkowicie błędnie uznał, że wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy udzielonymi odpowiedziami byłyby negocjacjami dotyczącymi złożonej oferty, czy też istotną zmianą treści oferty. Treść oferty oraz odpowiedź na pytanie nr 43 (pierwsze wezwanie) nie pozostawiały wątpliwości, że Odwołujący zaoferował wykonanie przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) poza okresem rozrodu bobra i wydry, **natomiast szczegółowe terminy realizacyjne nie korespondowały z tymi założeniami**. W tym miejscu, znów Odwołujący podnosi jednak, że wykonanie przedmiotowego obiektu będzie realizowane nie tylko w obszarze użytku ekologicznego.

9. Ewentualne poprawienie ostatniej z odpowiedzi, czy też przyjęcie, że wykonawca udzielając odpowiedzi na pytanie ad. 43 (drugie wezwanie) pomylił się, **nie spowodowałoby istotnej zmiany treści oferty**. Pośrednie terminy realizacyjne wykonania poszczególnych elementów robót nie stanowiły istotnej treści oferty. Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że Zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert przedstawienia harmonogramu prac. Harmonogram prac w ramach robót Wykonawca jest zobowiązany zgodnie projektem umowy (SWK) przedłożyć Inżynierowi i Zamawiającemu w terminie 21 dni od daty uzyskania decyzji ZRID. Jednocześnie projekt umowy przewiduje, że „jeżeli w jakimkolwiek momencie Inżynier da Wykonawcy powiadomienie, że Harmonogram (w podanym zakresie) lub jego aktualizacja **nie zgadza się z wymaganiami określonymi Kontraktem**, to Wykonawca w terminie 14 dni od otrzymania Powiadomienia Inżyniera, przedłoży Inżynierowi zaktualizowany Harmonogram (pkt Subkaluzula 8.3). A zatem to Zamawiający będzie decydował o ostatecznym kształcie Harmonogramu i Wykonawca nie będzie miał na to wpływu. Tym samym, pośrednie terminy realizacyjne nie stanowią istotnego elementu oferty. Należy zatem podkreślić, że Odwołujący nie byłby w stanie realizować przedmiotowych prac w terminie „od początku marca do końca sierpnia”. Taki harmonogram nie zostałby przyjęty przez Zamawiającego. Wykonawcy nie są w stanie wpłynąć inaczej na terminy realizacyjne, jak tylko przez skrócenie ostatecznego terminu realizacji zamówienia (Kryteria pozacenowe – Podkryterium nr 2). Może się również okazać, że Wykonawcę na etapie realizacji robót będą wiązać już inne wymagania środowiskowe. Wykonawca jest obowiązany do sporządzenia ponownej oceny – inwentaryzacji środowiskowej, która może nie potwierdzić występowania bobra i wydry.

Stwierdzenie takie może być podstawą do zmiany decyzji środowiskowej i zaakceptowanie harmonogramu, w którym prace przy obiekcie będą możliwe do wykonania w ciągu całego roku.

10. Na marginesie Odwołujący podnosi, że sposób w jaki Zamawiający sformułował pytanie **ad. 43** (drugie wezwanie) jest wprowadzające w błąd, w zakresie w jakim Zamawiający wymagał jednoznacznej informacji, w jakich okresach w ciągu **całego** roku Wykonawca zakłada wykonywanie przedmiotowego obiektu bez sprecyzowanie czy chodzi o obszar użytku ekologicznego czy poza tym obszarem. Wykonawca przyjął założenie do oferty realizacji przedmiotowych prac w obszarze użytku ekologicznego zgodnie z ograniczeniami terminowymi wynikającymi z decyzji środowiskowej, czyli poza okresem rozrodu bobra i wydry (cyt. „*czyli od początku września do końca lutego, zaś likwidację żeremia, jeżeli zaistnieje taka konieczność powinna nastąpić w okresie od 1 marca do 15 kwietnia albo od 1 sierpnia do końca października*”). Zamawiający wbrew temu sformułował pytanie w sposób nieprzejrzysty i tylko pozornie nawiązujący do już udzielonej odpowiedzi. Skoro pytanie **ad. 43 (drugie wezwanie)** miało jedynie doprecyzować wcześniejsze wyjaśnienie to powinno ograniczać się tylko do ram czasowych (ograniczeń terminowych) wyspecyfikowanych w odpowiedzi na pyt. 43, a nie odnosić się do całego roku. Jednocześnie nie powinno dotyczyć wykonania obiektu jako całości, ale oznaczyć znów, że chodzi o zakres prac związanych z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego. Dla wszystkich w tym również Odwołującego było jasne, że do oferty należy przyjąć, że nie należy realizować przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) **w okresie od marca do sierpnia**.

11. Dokonując oceny prawnej kwestionowanej czynności Zamawiającego uznać należy, że Zamawiający dokonał wadliwej wykładni treści oświadczenia woli Odwołującego. Przede wszystkim Zamawiający błędnie uznał, że decydująca jest odpowiedź na pytanie doszczegóławiające (**ad. 43**) i że dotyczy ona jedynie prac „w obszarze chronionym”, pomijając okoliczności poprzedzające udzielenie tej odpowiedzi i inne wyjaśnienia cenowe. Z analizy wszystkich oświadczeń Wykonawcy wynika, że odpowiedź na pytanie **ad. 43** (drugie wezwanie) referowało do pytania Zamawiającego i miało charakter ogólny. Jakkolwiek, zdaniem Odwołującego, niejasność czy błąd ten nie powodował, sprzeczności oferty z warunkami zamówienia, ponieważ był oczywisty, a wykładnia oświadczenia woli Wykonawcy nie budziła wątpliwości. Nawet przyjmując, że pomyłka nie była oczywista to Zamawiający mógł tę wątpliwość wyjaśnić, a następnie ustalić treść oferty. Ustawodawca przewidział procedurę wyjaśniania treści oferty i to ona jest tą właściwą a nie procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Tym samym, kwestionuję twierdzenie Zamawiającego, że dalsze żądanie

wyjaśnień treści oferty byłoby negocjowaniem jej treści. Po pierwsze, Zamawiający **nie wzywał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty**, prowadził tylko wyjaśnienia cenowe, a więc wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp byłoby pierwszym takim wezwaniem. Po drugie, zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienia w tym przedmiocie, nie nakierowałoby wykonawcy na przyjęte w ofercie błędne założenie. **Ponieważ Odwołujący nie przyjął błędnego założenia do oferty**. Takiemu stwierdzeniu, przeczy wprost odpowiedź na pytanie 43 (na pierwsze wezwanie). Odwołujący jeszcze raz w tym miejscu podnosi, że prawidłowo zidentyfikował przedmiot zamówienia i wymagania środowiskowe wynikające z decyzji z dnia 4 czerwca 2021 r., a Zamawiający ze stylistyki udzielonej odpowiedzi wyciąga całkowicie bezzasadnie brzemienne w skutkach wnioski. Skoro Odwołujący zacytował wiążące go zapisy decyzji GDOŚ stwierdzając, że uwzględnił je w ofercie to takie założenie przyjął po prostu do oferty. Założenia do oferty były zatem w sposób nie budzący wątpliwości prawidłowe. Nie ma racji Zamawiający, że wyjaśnianie, czy poprawienie terminów realizacyjnych stanowiłoby istotną zmianę oferty. Pośrednie terminy realizacyjne nie były precyzowane w formularzu oferty. Nie mają również istotnego znaczenia. Wykonawca nie ma na nie wpływu. Harmonogram prac nie był wymagany wraz z ofertą, co więcej harmonogram w zakresie robót przewidujący wykonanie przedmiotowego przejścia w okresach „niedozwolonych” nie zostałby zaakceptowany przez Zamawiającego.

12. Na zakończenie Odwołujący podnosi, że całkowicie niezrozumiałe jest stwierdzenie Zamawiającego co do tego, że w stosunku do oferty Odwołującego istnieje możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny z uwagi na błędne zdaniem Zamawiającego założenia dotyczące przedmiotowego obiektu. Po pierwsze, stwierdzenie Zamawiającego pozostaje bez znaczenia dla oceny spornej czynności, ponieważ Zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny. Po drugie, o tym, że Odwołujący nie przyjął błędnych założeń była mowa powyżej. Po trzecie, cena Odwołującego za dany element robót jest prawie dwukrotnie wyższa od wybranej oferty POLAQUA.

B: POLAQUA NIE WYKAZAŁA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU W ZAKRESIE DOŚWIADCZENIA WYKONAWCY

ZASADNE WEZWANIE POLAQUA DO UZUPEŁNIENIA DOKUMENTÓW

1. Zgodnie z pkt 8.2.4. IDW

8.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(...)

8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

8.2.4. 1. dotyczącej Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 173 mln PLN netto,*
- b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I,*
- c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,*
- d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.*

Zgodnie z pkt 10.8. ppkt c) IDW

10.8. W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa:

(...)

c) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

2. Polaqua na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożyła m. in. w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy wykaz robót budowlanych wraz z dokumentami. Polaqua powołała się na doświadczenie własne w wykonaniu dwóch zadań:

- 1) Rozbudowa drogi krajowej nr 8 Warszawa – Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszaków - granica województwa podlaskiego, odcinek II: obwodnica Ostrowi Mazowieckiej - granica województwa podlaskiego od km 553+145,50 do km 562+542,07, o długości ok. 9,40 km**
- 2) Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku węzeł Kiełpino (bez węzła) – węzeł Kołobrzeg Zachód (z węzłem).**

Do wykazu Wykonawca załączył świadectwo przejęcia robót z dnia 22 października 2018 r. wraz z załącznikami dotyczące „Rozbudowy drogi krajowej nr 8” oraz świadectwo przejęcia robót z dnia 27 września 2019 r. dotyczące „Projektu i budowy drogi S-6”.

3. W przypadku zadania „Rozbudowa drogi krajowej nr 8 Warszawa – Białystok” świadectwo przejęcia stanowiło:

*„Niniejsze Świadectwo Przejęcia wystawia się w rozumieniu, że wszystkie wady i usterki **zostaną poprawione**, a drobne Roboty nieukończone **uzupełnione najpóźniej w terminach określonych** w DECYZJI NR 1341/2018 wydanej przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego, a w przypadku wad i drobnych zaległych prac, których termin usunięcia nie został określony, nie później jak w terminach określonych w Protokole Komisji Odbioru Robót oraz w Listach Wad (zał. 1, 2, i 3)”.*

Wykonawca złożył również poza świadectwem przejęcia załączniki, na które składały się następujące dokumenty: (1) Protokół Komisji Odbioru Robót, (2) Lista prac drobnych zaległych, (3) Lista Wad - w zakresie robót oraz dokumentacji powykonawczej (mostowej), (4) Lista wad w zakresie dokumentacji powykonawczej (drogowej).

4. Odwołujący przytacza istotne z punktu widzenia stawianego zarzutu postanowienia protokołu odbioru końcowego:

3. Zgodność wykonanych robót z dokumentacją i zatwierdzonymi obmiarami.

Roboty zostały wykonane zgodnie z Dokumentacją, SST oraz z zatwierdzonymi obmiarami, z wyłączeniem przypadku opisanego w pkt 6.

4. Ocena jakościowa materiałów podstawowych i ich zgodność z Dokumentacją Projektową i SST.

Materiały użyte do produkcji i wbudowania — według oświadczenia Inspektorów Nadzoru i Inżyniera posiadają odpowiednie dokumenty dopuszczające do stosowania w budownictwie oraz według opinii technologicznej Inspektorów Nadzoru i Inżyniera spełniają wymagania Dokumentacji Projektowej i SST, z wyłączeniem przypadku opisanego w pkt. 6.

5. Ocena jakości obiektu

Komisja na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę Robót dokumentów, oceny jakości robót Inspektora oraz wyników pomiarów kontrolnych, po wykonaniu wizji lokalnej w terenie stwierdza poprawną jakość wykonanych robót i pomimo opisanego przypadku w punkcie 6. niniejszego Protokołu, postanawia odebrać obiekt.

6. Stwierdzone wady trwałe

Komisja Odbioru Robót stwierdza niedotrzymanie parametrów określonych w SST, tj.

- a. odchyłki ramy ustroju nośnego obiektu WS-30- nitka lewa,
- b. nieprawidłowo ustawione prefabrykaty skrzynkowe na obiekcie PZ-65,
- c. ściany oporowe przy obiekcie WS-26,
- d. DD21 warstwa ścieralna- odchyłki na rzędnych wysokościowych, - DD22 warstwa ścieralna — odchyłki na rzędnych wysokościowych,
- e. DD22 warstwa wiążąca — odchyłki na rzędnych wysokościowych,
- f. nierówności warstwy ścieralnej w rejonie dylatacji obiektu WS-26, - niezachowanie równości podłużnej warstwy wiążącej za WS-30, - DD20 nierówności warstwy ścieralnej.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że załącznik do świadectwa przejęcia stanowiła „Tabela potrąceń za wady trwałe” przedstawiające wysokość pomniejszenia umówionego wynagrodzenia wykonawcy.

5. Z kolei, świadectwo przejęcia w przypadku „Projekt i budowa drogi S-6”, stwierdzało:

„Roboty zostały odebrane i przejęte przez Zamawiającego zgodnie z Protokołem Komisji Odbioru Robót z dnia 20.09.2019r. sporządzonego przez Komisję Odbioru Robót powołaną przez Zamawiającego (załącznik nr 2)”

*„**Wymagane jest, aby wykonawca usunął stwierdzone Wady, oraz wykonał zaległe prace zgodnie z Wykazami wad oraz drobnych prac zaległych stanowiącymi załączniki do Protokołu Komisji Odbioru Robót, zgodnie z terminami podanymi w załączonych do Protokołu Komisji Odbioru Robót wykazach.**”*

W przypadku tej inwestycji POLAQUA nie złożyła dokumentów stanowiących załączniki do świadectwa przejęcia, w tym protokołu Komisji Odbioru Robót (protokołu końcowego odbioru).

7. Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że dokumenty załączone wraz z wykazem robót budowlanych stanowią dowodów określający, że wykazywane roboty budowlane zostały wykonane należycie. Tym samym Zamawiający bezzasadnie przyjął, że POLAQUA wykazała spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. doświadczenia wykonawcy, opisanego w pkt 8.2.4.1. Złożone dowody nie tylko nie stanowią dowodu określającego, że wykazywane roboty budowlane zostały wykonane należycie ale wręcz przeciwnie **stanowią dowód potwierdzający nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z powołanych umów oraz dowód na**

to, że wykonawca był zobowiązany do dalszych świadczeń z tytułu rękojmi, które nie wiadomo czy spełnił i czy zobowiązanie wygasło.

8. Odnosząc się do wykazywanego zadania „Rozbudowa drogi krajowej nr 8 Warszawa – Białystok”, to należy podnieść, że z zacytowanych fragmentów Protokołu Komisji Odbioru Robót, wynika w sposób niewątpliwy, że Inwestor odebrał roboty (przyjął świadczenie) **z zastrzeżeniami**. Zastrzeżenia te, co wynika również z tego dokumentu, dotyczyły **jakości wykonanych robót budowlanych**, w tym jakości wykazywanego obiektu WS – 26. Wykonawca robót budowlanych uznał stwierdzone wady oraz roszczenie o usunięcie stwierdzonych wad i wykonanie prac niewykonanych. Jednocześnie Załączniki do świadectwa potwierdzają także, że Inwestor obniżył wynagrodzenie wykonawcy za stwierdzone wady nieusuwalne. Podobnie w przypadku świadectwa przejęcia dotyczącego drugiej inwestycji, z treści tego dokumentu również wynika, że odebrane roboty miały wady, a wykonawca zobowiązał się do ich usunięcia i wykonania zaległych prac.

9. Oceny prawnej tych zdarzeń należy dokonać w oparciu o normy prawa cywilnego. Pzp nie reguluje stosunków cywilnoprawnych między osobami. W tym zakresie odsyła do Kodeksu cywilnego (art. 8 ust. 1 Pzp). Właściwymi normami prawnymi do oceny wykonania wcześniejszych umów, na które powołuje się POLAQUA w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, będą te wynikające z następujących przepisów Kodeksu cywilnego:

Art. 353 K. c. *zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić;*

Art. 354 § 1 K. c. *dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno – gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – w sposób odpowiadający tym zwyczajom;*

Art. 647 K. c. *przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu (...)*

Art. 462 K. c. *jeżeli wierzyciel przyjął świadczenie bez zastrzeżeń, domniemywa się, że zostało one spełnione należycie;*

Art. 471 K. c. *Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.*

Art. 556 K. c. *Sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę fizyczną lub prawną (rękojmia) (znajduje zastosowanie do umowy o roboty budowlane).*

10. Zgodnie z doktryną prawa cywilnego z istoty stosunku zobowiązaniowego wynika, że obowiązek świadczenia ciążyący na dłużniku powinien być wykonany (zasada realnego wykonania zobowiązania). Wygaśnięcie zobowiązania **przez jego wykonanie** stanowi zwykły etap, który kończy trwanie stosunku zobowiązaniowego. Z natury rzeczy prawidłowe wykonanie zobowiązania wymaga, by jakość świadczenia dłużnika była należyta. **Każde nawet najłżejsze odstępstwo od treści zobowiązania, stanowi nienależyte wykonanie zobowiązania** (str. 39 Kodeks cywilny TOM II Komentarz pod red. K. Pietrzykowskiego, 5 wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck). Art. 471 K. c. odnosić się może do każdego nawet najłżejszego przypadku stanowiącego naruszenie zobowiązania, niezależnie od tego na czym to naruszenie polega. Świadczenie rzeczy dotkniętej wadą w wykonaniu umowy sprzedaży stanowi naruszenie interesu kupującego. Rozróżnienie wad na istotne i nieistotne ma tylko takie znaczenie, że rzutuje na ocenę niewykonania zobowiązania albo nienależytego wykonania zobowiązania.

11. W tym kontekście należy również przywołać znaczenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jakie wynika z Pzp. Odwołujący pokrótce wskazuje, że określenie warunków udziału w postępowaniu ma na celu dopuszczenie do udziału w postępowaniu jedynie tych wykonawców, którzy **są zdolni do należytej realizacji zamówienia**. W tym aspekcie warunki udziału w postępowaniu chronią zatem interes zamawiającego, gdyż dopuszczani są jedynie wykonawcy dający rękojmię należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu służą również ochronie interesów wykonawców. Są one tożsame dla wszystkich wykonawców. Jeśli dany wykonawca spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu (tzw. warunki pozytywne) oraz nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia (tzw. warunki negatywne), instytucja zamawiająca nie może odmówić mu dostępu do udziału w postępowaniu. Jednocześnie z przepisów Pzp, wynika zasada realności doświadczenia. W interesie Zamawiającego realizującego zadania publiczne leży by zamówienie zostało realnie wykonane (spełnione zamawiane świadczenie). Rękojmię należytego wykonania zamówienia daje wykonawca, który realnie wykonał zobowiązanie – spełnił świadczenie zgodnie z treścią umowy.

12. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, wskazać należy, że złożone przez Polaqua dowody stanowią dowód nienależytego wykonania umów o roboty budowlane wobec stwierdzenia istnienia wad. Odbiór robót został dokonany z zastrzeżeniem, a więc w świetle art. 462 K. c. nie stanowi pokwitowania spełnienia świadczenia, z którym wiąże się domniemanie należytego wykonania oraz wygaśnięcia zobowiązania. Co więcej Polaqua została zobowiązana do usunięcia stwierdzonych wad i wykonania prac uzupełniających. Brak natomiast dowodów, czy prace te wykonała na warunkach uzgodnionych przez strony i czy de

facto zobowiązanie wygasło. Zdaniem Odwołującego brak potwierdzenia, że POLAQUA usunęła wady i dokończyła prace przesądza o nienależytym wykonaniu robót budowlanych wykazywanych w ramach warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 8. 2. 4. 1 IDW, w konsekwencji czyni sprzeczną z ustawą czynność Zamawiającego wyboru oferty POLAQUA, która nie wykazała spełnienia warunku doświadczenia. Skoro POLAQUA nienależycie wykonała roboty budowlane, w tym nie wykazała usunięcia wad i dokończenia zaległych prac nie może powoływać się na takie doświadczenie.

13. Na marginesie Odwołujący podnosi, że bez znaczenia dla oceny dokumentów przedłożonych przez POLAQUA pozostają realia rynkowe, a mianowicie to, że większości odbiorom towarzyszy stwierdzenie wad w wykonanym obiekcie (robotach budowlanych). Okoliczność ta nie uprawnia Zamawiającego, do przyjęcia, że taki odbiór z wadami oznacza należyte wykonanie robót budowlanych, skoro wykonawca potwierdził istnienie wady i zobowiązał się do jej usunięcia. Dopiero w przypadku usunięcia wad i jak dokończenia wszystkich prac można potwierdzić należyte wykonanie robót budowlanych, a w konsekwencji uznać, że wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania.

14. Odnośnie drugiego wykazywanego zadania „Projekt i budowa drogi S-6” wskazać również należy, że Zamawiający nie dysponował pełnym świadectwem przejęcia. Wykonawca nie złożył załączników w tym tego właściwego protokołu odbioru końcowego. Co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do ustaleń stron co do jakości wykonanych robót, w tym wykazu wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczenia o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze.

15. Przyjęcie przez Zamawiającego, że odebranie przez inwestora robót z wadami bez potwierdzenia ich usunięcia zgodnie z porozumieniem stron wypełnia przesłanki przewidziane w § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy było błędne, a w konsekwencji błąd ten podważa legalność wyboru oferty POLAQUA jako najkorzystniejszej. **Art. 128 ust. 1 Pzp** stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył m. in. podmiotowych środków dowodowych lub są one m. in. niekompletne, zamawiający wzywa wykonawcę do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający był zatem zobligowany w przypadku braku referencji i treści złożonych świadectw przejęcia, w tym niekompletnego świadectwa przejęcia

dotyczącego zadania „Projekt i budowa drogi S-6”, które potwierdzały nienależyte wykonanie wykazywanych robót **wezwać Polaqua do uzupełnienia dokumentów**.

C: REFERENCYJNY OBIEKT WS – 26 NIE SPEŁNIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

1. Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, w budowie lub przebudowie 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m (pkt 8.2.4.1. pkt d) IDW) POLAQUA wskazała w wykazie robót budowlanych: **Rozbudowa drogi krajowej nr 8 Warszawa- Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszków - granica województwa podlaskiego, odcinek II: obwodnica Ostrowi Mazowieckiej - granica województwa podlaskiego od km 553+145,50 do km 562+542,07, o długości ok. 9,40 km**
- budowę/przebudowę* obiektu mostowego WS-26 (oznaczenie obiektu mostowego) o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła wynoszącej 73,5 m

Do wykazu robót budowlanych POLAQUA załączyła świadectwo przejęcia, z którego wynikało, że przy odbiorze stwierdzono następujące wady w robotach mostowych dotyczących danego obiektu:

„PROTOKÓŁ KOMISJI ODBIORU ROBÓT z dnia 19-10-2018 CZĘŚĆ 1

(...)

6. Stwierdzone wady trwałe

Komisja Odbioru Robót stwierdza niedotrzymanie parametrów określonych w SST, tj.

c. ściany oporowe przy obiekcie WS-26,”

„Tabela potrąceń za wady trwałe

Dotyczy kontraktu pn. „Wykonanie rozbudowy drogi krajowej nr 8 Warszawa – Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszków – granica województwa podlaskiego, odcinek II: obwodnica Ostrowi Mazowieckiej granica woj. Podlaskiego od km 553+145,50 do km 562+5432,07, o długości ok. 9,40 km”

Lp. 3 – 5 % wadliwie wykonanych ścian oporowych z gruntu zbrojonego

2. Świadectwo przejęcia, pokwitowała zatem odbiór obiektu WS-26 z trwałą wadą. Wynagrodzenie wykonawcy za ten element robót zostało zmniejszone, na mocy oświadczenia Inwestora zaakceptowanego przez wykonawcę. POLAQUA legitymuje się zatem wykonaniem obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła pow. 50 m. z

trwałą wadą. Wada ta nie została realnie usunięta. Usunięcie tego rodzaju wady wymagałoby zburzenie wykonanych murów oporowych i wykonanie ich na nowo.

3. Zasada realnego wykonania zobowiązania wynikająca z przepisów Kodeksu cywilnego, o czym, był mowa powyżej, koresponduje z zasadą realności doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikającą z Pzp. Oznacza to, że wykonawca może powoływać się tylko na doświadczenie w wykonaniu zobowiązania przez należyte spełnienie świadczenia czynienia wynikającego z umowy - wykonanie obiektu, usunięcie wad wykonanego obiektu, czy wykonanie zaległych robót (wykonanie świadczenia w naturze). Sytuacje gdy realne wykonanie zobowiązania – spełnienie świadczenia stało się niemożliwe przesądza o tym, że wykonawca realnego doświadczenia nie nabył. Bez znaczenia dla spełniania warunku udziału w postępowania okoliczność, że wierzyciel został inaczej zaspokojony niż przez spełnienie umówionego świadczenia, np. poprzez zapłatę odszkodowania, potrącenie, odnowienie, złożenie do depozytu sądowego, czy *datio in solutum*. Uznanie przez Zamawiającego, że także doświadczenie w wykonaniu zobowiązania poprzez zapłatę odszkodowania, pomniejszenie wynagrodzenia, czy potrącenie jest realnym doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych uznać należy za bezzasadne w świetle obowiązujących norm prawnych.

4. Odwołujący w nawiązaniu do wywodów powyżej podnosi, że wykonawca nie nabywa doświadczenia w należyтым wykonaniu robót budowlanych poprzez wykonanie umowy przez spełnienie świadczeń odszkodowawczych. A zatem wykonanie zobowiązanie nie poprzez spełnienia świadczenia (wykonania obiektu) tylko poprzez zapłatę odszkodowanie, pomniejszenie wynagrodzenia, potrącenie itp. nie będzie tym realnym doświadczeniem wymaganym w ramach postawionego warunku udziału w postępowaniu. A zatem wystąpienie trwałych wad, których nie da się usunąć (a więc wykonać robót budowlanych) oznacza, nienależyte wykonanie robót budowlanych, a fakt spełnienia świadczenia poprzez zmniejszenie wynagrodzenia nie zmieni tej okoliczności. Podsumowując, POLAQUA wykonała nienależycie budowę obiektu WS – 26, który wykazywała na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. ppkt d) (Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) (...) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.

D: POLAQUA NIE WNIOSŁA WADIUM W SPOSÓB PRAWIDŁOWY

1. Zgodnie z postanowieniami pkt 18 IDW (WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM) m. in.:

- Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 3 450 000,00 PLN (słownie złotych: trzy miliony czterysta pięćdziesiąt tysięcy 00/100). (pkt 18.11 IDW)
- Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą. Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta. (pkt 18.3. IDW)
- Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.
- Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

2. Zgodnie z Zawiadomieniem o zmianie terminu składania i otwarcia ofert z dnia 27 października 2021 r. nr pisma GDDKiA.O.BY.D-3.2410.2.2021.3.25.pk) oraz zmianą ogłoszenia z dnia 27 października 2021 r. (2021/S 209-546255) Zamawiający ustalił następujące terminy:

- składanie ofert: do dnia 08.11.2021 r. do godz. 09:30,
- otwarcie ofert: w dniu 08.11.2021 r. o godz. 10:15,
- związanie ofertą: do dnia 07.03.2022 r.

3. Wykonawca POLAQUA wraz z ofertą złożył gwarancję wadialna nr 788/2021/FIN z dnia 5 listopada 2021 r. udzieloną przez Bank – Societe Generale S. A. Oddział w Polsce.

Odwołujący przytacza istotne z punktu widzenia przedmiotu sporu postanowienia gwarancji: Bank zobowiązuje się do zapłaty łącznej kwoty nieprzekraczającej **3.450.000,00 PLN** (słownie: trzy miliony czterysta pięćdziesiąt tysięcy złotych, 00/100) na pierwsze pisemne żądanie zapłaty Zamawiającego, zawierające oświadczenie, że jest w posiadaniu gwarancji w formie elektronicznej oraz aneksu/ów lub tekstu/ów jednolitych do gwarancji (o ile zostały sporządzone, w formie pisemnej lub elektronicznej), podając ich numer i datę wystawienia oraz, że zaistniała którakolwiek z przesłanek, określonych w art 98 ust 6 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz 2019) zwanej dalej **Ustawą PZP**, tj. gdy: (...)

„Niniejsza gwarancja jest ważna od dnia 08.11.2021 i obowiązuje do dnia 07.03.2022, po którym to terminie wygasa w całości i automatycznie, jeżeli najpóźniej w wyżej wskazanym terminie Bank nie otrzyma prawidłowego żądania zapłaty, tj. spełniającego wymogi określone w niniejszej gwarancji.”

„Żądanie zapłaty musi być dostarczone do Banku w formie: pisemnej (tj. w oryginale) lub elektronicznej, w sposób umożliwiający Bankowi weryfikację uprawnień do właściwej reprezentacji Zamawiającego i uwierzytelnienie podpisów osoby/ób podpisujących żądanie zapłaty.”

4. Z treści złożonej przez POLAQUA gwarancji wadium wynika, że żądanie zapłaty Zamawiającego zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek, określonych w art. 98 ust. 6 Pzp w terminie do dnia 07.03.2022, zgłoszone po tym terminie będzie bezskuteczne. A zatem Zamawiający pomimo, że wystąpi podstawa do zatrzymania wadium w terminie związania ofertą nie będzie mógł zgłosić skutecznego żądania zapłaty po tym terminie. Procedura zgłaszania żądania zapłaty wadium, przewidziana w gwarancji bankowej POLAQUA ustanawiająca termin na zgłoszenie żądania zapłaty równy terminowi odpowiedzialności gwaranta, powoduje, że oferta tego wykonawcy nie jest zabezpieczona do końca terminu przewidzianego przez Zamawiającego, który został wyznaczony jako dzień 7 marca 2022 r.

Czynność wyboru oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium w sposób prawidłowy narusza ustawę.

5. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 9 wykonawców. Wszyscy wnieśli wadium w formie gwarancji (bankowych albo ubezpieczeniowych). Wykonawcy odmiennie niż POLAQUA w przypadku procedury zgłaszania żądania zapłaty w terminie obowiązywania gwarancji, wydłużali okres obowiązywania gwarancji, tak by gwarancja zabezpieczała przypadki zatrzymania wadium, które zaistnieją w terminie 8 listopada 2021 r. do 7 marca 2022 r. (włącznie) – **w terminie związania ofertą**. Postanowienia poszczególnych gwarancji oferentów w istotnym zakresie przedstawiały się następująco.

Lp.	Wykonawca /wadium	Termin obowiązywania gwarancji wadium	Warunki zapłaty (termin zgłoszenia żądania zapłaty)
-----	-------------------	---------------------------------------	---

1.	Budimex (gwarancja bankowa)	8.11.2021 r. – 8.03.2022	Pisemne żądanie wypłaty od Beneficjenta, zawierające ww. oświadczenie i wskazujące kwotę żądanej wypłaty w walucie, w której wystawiona została gwarancja, musi zostać doręczone Bankowi w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji (...) Jeżeli koniec terminu do złożenia żądania wypłaty z niniejszej gwarancji przypada na sobotę, dzień ustawowo wolny od pracy lub inny dzień, w którym Bank nie prowadzi działalności operacyjnej, wówczas termin ten ulega wydłużeniu do najbliższego dnia, w którym Bank prowadzi działalność operacyjną.”
2.	Aldesa (gwarancja ubezpieczeniowa)	29.09.2021 – 1.06.2022	Gwarancja wygasa automatycznie całkowicie w przypadku: 1) gdyby żądanie zapłaty Beneficjenta oraz oświadczenie nie zostanie doręczone do Gwaranta w terminie ważności gwarancji,
3.	Mota Engil (gwarancja ubezpieczeniowa)	8.11.2021- 8.03.2022	Niniejsza gwarancja ważna jest w okresie od dnia 08-11-2021 r. do dnia 08-03-2022 r. włącznie (zwanym dalej „okresem ważności gwarancji”) i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie doręczone Gwarantowi w ww. terminie.
4.	NDI (dwie gwarancje ubezpieczeniowa)	8.11.2021 – 10.03.2022 8.11.2021 – 7.03.2022	Niniejsza gwarancja ważna jest w okresie od dnia 08-11-2021 r. do dnia 10-03-2022 r. włącznie (zwanym dalej „okresem ważności gwarancji”) i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli żądanie zapłaty wraz z oświadczeniem

			Beneficjenta nie zostanie doręczone Gwarantowi w ww. terminie. 5. Żądanie zapłaty powinno: 3) być doręczone do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności Gwarancji
5.	PORR (gwarancja bankowa)	8.11.2021 – 9.03.2022	Niniejsza gwarancja ważna jest od dnia 08.11.2021r. do dnia 09.03.2022r. włącznie, co oznacza, że Żądanie zawierające ww. oświadczenie powinno być przedstawione Bankowi w tym terminie.

6.	Strabag (gwarancja bankowa)	8.11.2021 9.03.2022	Niniejsza gwarancja jest ważna do dnia 09 marca 2022 roku, a jeżeli data ta przypadłaby w dniu, w którym Bank nie prowadzi działalności operacyjnej, niniejsza gwarancja jest ważna do pierwszego dnia roboczego Banku, następującego po tym dniu (zwanym dalej „Terminem ważności gwarancji”). Żądanie wypłaty musi wpłynąć do siedziby Banku na adres: Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna, Biuro Finansowania Handlu, ul. Puławska 15, 02-515 Warszawa, najpóźniej w ostatnim dniu Terminu ważności gwarancji.
7.	Kobylarnia	8.11.2021 – 7.03.2022	5. Żądanie zapłaty powinno:3) być doręczone do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod

6. Z analizy dokumentów wadialnych złożonych w niniejszym postępowaniu wynika, że wykonawcy, których gwarancje wadialne przewidywały obowiązek zgłoszenia żądania zapłaty wadium w terminie obowiązywania gwarancji wydłużali termin obowiązywania gwarancji, tak

aby umożliwić Beneficjentowi gwarancji złożenie oświadczenia o podstawy zatrzymania wadium, która zaistniała w całym w okresie związania ofertą. W sytuacji gdy termin obowiązywania gwarancji był równy terminowi związania ofertą (NDI, Kobyłarnia) gwarancja, umożliwiała zgłoszenie żądania zapłaty w ciągu 3 dni od upływu terminu ważności gwarancji, tj.:

3. Niniejsza gwarancja jest ważna w okresie **od 08.11.2021r. do 07.03.2022r.**, (zwanym dalej "okresem ważności Gwarancji"). Przez okres ważności Gwarancji rozumie się okres czasu w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1, skutkujących zatrzymaniem wadium.

5. Żądanie zapłaty powinno:

- 1) być podpisane przez Beneficjenta Gwarancji lub osoby przez niego umocowane, ze wskazaniem podstawy umocowania,
- 2) być oparte wyłącznie na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności Gwarancji,
- 3) **być doręczone do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności** Gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności na adres: ul. Noakowskiego 22, 00-668 Warszawa lub na adres mailowy szkody.gwarancje@interrisk.pl, przy czym musi być ono opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zawierać oznaczenie rachunku bankowego, na który ma nastąpić wypłata z Gwarancji,
- 4) wskazywać przypadek określony w ust.1 Gwarancji, którego zaistnienie stanowiło przyczynę zatrzymania wadium.

7. Kwestie dotyczące prawidłowości wniesienia wadium nie są objęte dyspozycją art. 223 ust. 1 Pzp i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu wadium omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1. Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy. Również, nie jest możliwe uzupełnienie tego dokumentu na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Poglądy w tym zakresie są ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m. in. KIO 2179/16, KIO 2640/15). W związku z tym, wyłącznie **oświadczenie woli Gwaranta zawarte w dokumencie gwarancji winno podlegać wykładni dla oceny skuteczności wadium** wniesionego w tej formie (wyrok Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 27.12.2016 r. w sprawie KIO 2332/16). Obecnie nie jest prawnie dopuszczalne przedstawienie dowodu wykazującego rzeczywistą wolę gwaranta - Bank – Societe Generale S. A. Oddział w Polsce towarzyszącą udzieleniu gwarancji nr nr 788/2021/FIN z dnia 5 listopada 2021 r. Uzyskanie zapewnienia gwaranta na obecnym etapie postępowania, że zakres jego odpowiedzialności dotyczy również sytuacji,

gdy żądanie zapłaty wadium wpłynie do gwaranta po terminie ważności gwarancji jest bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy. Nie może być zatem podstawą do przyjęcia, że wadium zostało prawidłowo wniesione. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie KIO 2179/16 Izba uznała, że dodatkowe oświadczenie Gwaranta przedstawione w postępowaniu odwoławczym nie ma znaczenia dla sprawy. Może zostać uznany tylko jako uzupełnienie gwarancji, po terminie składania ofert i po terminie czynności Zamawiającego. Nie może natomiast stanowić literalnej wykładni pierwotnego oświadczenia woli Gwaranta. Podobnie rozstrzygnęła Izba w wyroku z dnia 16.12.2015 w sprawie KIO 2640/15 uzasadniając, że nieprawidłowego wniesienia wadium nie można uzupełnić ani korygować po terminie składania ofert, a więc również zmieniać treść gwarancji wadialnej, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień. Wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne.

8. Odwołujący w tym miejscu, wskazuje, że zmiana Pzp nie zmieniła funkcji jakie spełnia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także nie zmieniła nic odnośnie charakteru prawnego tej instytucji, która pozostaje instytucją prawa cywilnego, tak samo jak gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa. Odwołujący wskazuje zatem na ugruntowane poglądy doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwa dotyczące instytucji gwarancji wadialnej, które powinny stanowić punkt wyjścia do **oceny prawnej** gwarancji bankowej POLAQUA i które jednocześnie przekonują co do tego, że gwarancja wadialna tego wykonawcy została wniesiona w sposób nieprawidłowy. Przyjmuje się, że gwarancja bankowa i ubezpieczeniowa ma charakter **abstrakcyjny, tzn. jest oderwana od umowy łączącej zamawiającego z wykonawcą (stosunku podstawowego)**, co wskazuje na **samodzielny charakter odpowiedzialności gwaranta** i konieczności wypłaty w momencie zgłoszenia żądania. Ustawa Prawo bankowe, ustawa o działalności ubezpieczeniowej, Kodeks cywilny **nie przewidują materialnoprawnych warunków zapłaty**. Z kolei, Pzp warunki te reguluje częściowo. Gwarancja POLAQUA wystawiona na potrzeby przedmiotowego postępowania ma charakter bezwarunkowy i nieodwoalny. Wskazano w niej ponadto, iż wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie zamawiającego po złożeniu pisemnego oświadczenia przez zamawiającego o treści wskazanej w dokumencie gwarancyjnym. Już z literalnej treści gwarancji wynika, że wypłata kwoty wskazanej w gwarancji nie jest uzależniona od podjęcia przez gwaranta czynności sprawdzających, lecz od złożenia oświadczenia przez zamawiającego zgodnego z treścią gwarancji. Niewątpliwie zatem ma ona charakter abstrakcyjny i samoistny. Na abstrakcyjny charakter ukształtowanej w ten sposób gwarancji zwraca się uwagę w orzecznictwie, np. wyrok Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2014 r. IV CSK 683/13. Takie stanowiska są również prezentowane w doktrynie, która podkreśla, iż Gwarancja na pierwsze żądanie sprowadza się do tego, że bank-gwarant

powinien dokonać wypłaty sumy gwarancyjnej niezwłocznie po wystąpieniu z takim roszczeniem przez beneficjenta gwarancji, który nabywa uprawnienia do żądania wypłaty dopiero w momencie niezrealizowania zobowiązania w ramach stosunku podstawowego. Uprawnienie beneficjenta gwarancji "na pierwsze żądanie" realizuje się w żądaniu zapłaty sumy gwarancyjnej ze wskazaniem, że okoliczność uprawniająca do takiego żądania wystąpiła, bez konieczności realizacji dodatkowych przesłanek, jak np. przedłożenia określonych dokumentów bądź przeprowadzenia innych dowodów.

9. W judykaturze oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalony jest pogląd zgodnie, z którym ze względu właśnie na **abstrakcyjny charakter gwarancji** oraz **samoistny (nieakcesoryjny) w odniesieniu do stosunku przetargowego**, dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli okoliczności w których ziści się gwarancja, których zaistnienie będzie uprawniało beneficjenta do żądania zapłaty określonej w gwarancji sumy pieniężnej. Przy czym brak jest konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odpowiedzialność gwaranta może być określona przez odesłanie do konkretnych przepisów lub opisowo. Niezależnie jednak od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta. Takie tezy wypływają m. in.: z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.09.2017 r. w sprawie KIO 1824/17, z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2016 r. w sprawie KIO 2179/16, z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.04.2019 r. w sprawie KIO 709/19 .

Również z orzeczeń sądów powszechnych. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia X Ga 81/09 wywoził, że gwarancja przetargowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w odniesieniu do stosunku przetargowego (podstawowego), a **wobec tego treść zobowiązania do wypłaty określonej kwoty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji**. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27.02.2019 w sprawie XII Ga 555/18 przesądził, że gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadkach zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego jaki i podmiotowego zakresu. Z kolei, Sąd Najwyższy rozważał tę kwestię w wyroku z dnia 7.01.1997 r. w sprawie I CKN 37/96, w którym wskazał, że istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że **wyłącznie rozstrzygającym o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji**.

10. Podsumowując dotychczasowe wywody, znaczenie dla oceny skuteczności wniesienia wadium ma **dosłowna treść gwarancji**, a ta w niniejszej sprawie jest jasna i konkretna. Przedmiotowa gwarancja wadium jasno i konkretnie wskazuje zakres przedmiotowy, w tym czasowy odpowiedzialności gwaranta. Po pierwsze określa, że chodzi o podstawy zatrzymania wadium uregulowane w Pzp, po drugie precyzuje, że gwarant odpowiada od dnia 8 listopada 2021 r. do dnia 7 marca 2022 r. oraz, że jego odpowiedzialność wygasa gdy – **nie otrzyma do dnia 7 marca 2022 r. prawidłowego żądania zapłaty** (spełniającego wymogi określone w gwarancji) wraz z oświadczeniem o zaistnieniu podstaw zatrzymania wadium uregulowanych w Pzp. Takie jasne i konkretne sformułowanie gwarancji powinno budzić właśnie uzasadnione wątpliwości czy oferta POLAQUA jest zabezpieczona i czy Zamawiający będzie mógł skutecznie zgłosić żądanie zapłaty w przypadku gdy podstawa zatrzymania wadium zaistnieje w terminie związania ofertą 8.11.2021 – 7.03.2022 r. **Przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej nie jest wcale wystąpienie okoliczności, o których mowa w przepisach ustawy Pzp, ale złożenie przez Zamawiającego oświadczenia, że takie okoliczności wystąpiły** (tak w wyroku KIO z 30 września 2014 r., sygn. akt KIO 1897/14) w określonym terminie. A zatem postanowienia gwarancji, które nie zabezpieczają Zamawiającego w ten sposób, że umożliwiają mu złożenie oświadczenia po upływie terminu, w którym okoliczności zatrzymania wadium mogą zaistnieć, uznać należy za sprzeczne z wymogami Pzp i kodeksowymi, które można pokrótce sprowadzić do reguły, którą wyraził sam Zamawiający w IDW „**Wadium musi obejmować cały okres związania ofertą**”.

11. Zamawiający, pomimo złożenia oświadczenia zgodnego z treścią gwarancji nie uzyska zapłaty wadium, w przypadku gdy zgłosi żądanie po terminie 7.03.2022 r. Tymczasem, **skuteczności wniesienia wadium musi pozostać poza sferą domniemań** (tak KIO w wyroku z dnia 6.06.2019 r. w sprawie KIO 830/19). Izba w wyroku z dnia 30 stycznia 2019 r. w sprawie KIO 44/19 wyraziła pogląd, że treść gwarancji wadium powinna być na tyle precyzyjna i wyczerpująca, czytelna oraz jasna, by zapewnić, że jej realizacja nie będzie uzależniona od wyniku dokonanej przez gwaranta wykładni, ponieważ konieczność dokonania takiej wykładni nie daje zamawiającemu pewności co do skuteczności wypłaty wadium. Co więcej, wobec jasnej treści gwarancji nie wolno stosować wykładni celowościowej. Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnieniu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł (KIO 2179/16).

12. Niewątpliwie, warunek przewidziany w gwarancji wadium POLAQUA, że bank ma otrzymać oświadczenie o zaistnieniu podstaw do zatrzymania wadium wraz z żądaniem zapłaty wadium w terminie do dnia 7 marca 2022 r., a więc żądanie to musi zostać złożone przed upływem terminu związania ofertą **stwarza realne ryzyko dla Zamawiającego**

niezaspokojenia z sumy gwarancyjnej. Pewne jest, w związku z jasnymi postanowieniami gwarancji, że żądanie zapłaty zgłoszone po dniu 7 listopada 2021 r. nawet jeżeli zawierałoby oświadczenie, że podstawa zatrzymania wadium zaistniała do dnia 7 listopada 2021 r. byłoby bezskuteczne. Gwarant nie będzie w ogóle analizował sprawy pod kątem odpowiedzialności w świetle Pzp, czy warunków przetargu, w tym określonego przez Zamawiającego terminu związania ofertą, ponieważ nie jest upoważniony do badania oświadczenia Beneficjenta pod kątem jego zasadności. O tym, że gwarant nie jest upoważniony do badania ani zasadności ani prawdziwości złożonego przez Zamawiającego oświadczenia wypowiedziała się Izba w przywoływanym już wyroku KIO 2179/16. Natomiast gwarant „na pierwsze żądanie” może podnieść zarzuty wyprowadzone z łączącego go z beneficjentem stosunku prawnego, przy użyciu konstrukcji naruszenia przez beneficjenta gwarancji postanowień gwarancji. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25.01.1995 r. w sprawie III CRN 70/94 orzekł, że bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji „bezwarunkowej na pierwsze żądanie” może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji.

13. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie KIO 2179/16 wyraziła wiele ważnych poglądów dotyczących gwarancji wadialnej, a wśród nich tezę, która po części była już przywoływana, że gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium – tak aby nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta **i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wniesieniu wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę.** Z poglądem tym koresponduje ten, wyrażony w wyroku Krajowej izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r. w sprawie KIO 1824/17, który głosi, że wątpliwości co do braku pewności w zakresie zabezpieczenia roszczeń zamawiającego wynikających z prawa zatrzymania wadium, nie dające się usunąć, przesądzają o braku skutecznego zabezpieczenia ofert wadium, a tym samym o nieprawidłowości wniesienia wadium. Wadium nie podlega wyjaśnieniu ani uzupełnieniu.

14. Postanowienia gwarancji wadialnej przedłożonej przez POLAQUA, które stanowią, że „gwarancja jest ważna od dnia 08.11.2021 i obowiązuje do dnia 07.03.2022, po którym to terminie wygasa w całości i automatycznie, jeżeli najpóźniej w wyżej wskazanym terminie Bank nie otrzyma prawidłowego żądania zapłaty, tj. spełniającego wymogi określone w niniejszej gwarancji” stwarza ryzyko mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. **Z uwagi na treść postanowień gwarancji wadialnej określenie przez Wykonawcę POLAQUA terminu**

obowiązania gwarancji równego terminowi związania ofertą było nieprawidłowe. Obowiązkiem wykonawcy jako profesjonalisty, jest dochowanie należytej staranności na każdym etapie postępowania, w tym również weryfikacja prawidłowości otrzymanej od gwaranta gwarancji wadialnej.

15. Problemem skuteczności wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie gwarancji, która zawiera postanowienia, że żądanie zapłaty należy doręczyć gwarantowi w terminie obowiązywania gwarancji, a termin ten jest jednocześnie terminem związania ofertą złożoną w toku przetargu zajmował się Sąd Okręgowy w Częstochowie. W wyroku z dnia 5 lutego 2021 r. w sprawie V Ga 328/20 sąd ten jak najbardziej słusznie uznał, że wadium takie jest nieprawidłowe. Z zaprezentowanymi w tym wyroku sądu poglądami korespondują te zaprezentowane w wyrokach KIO w sprawach KIO 2486/20 oraz KIO 2452/21. Odwołujący wskazuje, że rozstrzygnięcia te zasługują na aprobatę i wyznacznik dla oceny prawnej również w niniejszej sprawie. Rozstrzygnięcia ta odpowiadają aktualnemu dorobkowi judykatury oraz doktryny prawa cywilnego, która od lat zajmuje się tematyką gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej, a który to dorobek został pokrótce przytoczony w treści niniejszego odwołania. Odwołujący podnosi, że rozstrzygnięcia KIO, które prezentują odmienny pogląd od tego zaprezentowanego przez Sąd Okręgowy w Częstochowie należy uznać za poglądy odosobnione na tle bogatego orzecznictwa sądowego i Sądu Najwyższego. Nie ma żadnych podstaw do tego by inaczej oceniać gwarancję bankową czy ubezpieczeniową tylko dlatego, że została złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 kwietnia 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył poniższe wyjaśnienia:

AD. A odwołania: Bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego. Błędna wykładania oświadczenia woli Odwołującego. Oferta odwołującego zgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający wskazuje, iż zarzuty podniesione w treści odwołania są niezasadne i winny być oddalone w całości. W ocenie Zamawiającego jego czynność odrzucenia oferty Konsorcjum Kobyłarnia była prawidłowa, a Odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Na wstępie należy zauważyć, że planowane do wykonania w ramach Kontraktu przejście dla zwierząt nad Strugą Młyńską oraz nad obszarem użytku ekologicznego jest największym obiektem na tym odcinku drogi ekspresowej S10 – szacuje się, że długość obiektów inżynierskich z tym związana może sięgać nawet 80 metrów. Ograniczenia wynikające z

decyzji GDOŚ1 dla realizacji tego przejścia dla zwierząt są kluczowe dla wykonania całego Kontraktu. Decyzja środowiskowa wydana przez RDOŚ2 została istotnie zmieniona przez GDOŚ, uwzględniając pewien zakres postulatów społecznych i oczekiwań organizacji ekologicznych dotyczących realizacji drogi ekspresowej S10 zgłaszanych w trakcie procedury odwoławczej od decyzji środowiskowej wydanej przez RDOŚ w Bydgoszczy. Wskazane w decyzji GDOŚ ograniczenia, obostrzenia i wymagania dotyczące rygorów realizacyjnych są bardzo rozbudowane w porównaniu do innych decyzji środowiskowych dotyczących budowy dróg znanych Zamawiającemu.

Nie można bagatelizować wymagań decyzji GDOŚ dla realizacji największego i prawdopodobnie najtrudniejszego technologicznie obiektu inżynierskiego na niniejszym kontrakcie – przejścia dla zwierząt nad Strugą Młyńską w ok. km 12+516,10 w obszarze użytku ekologicznego. Mając na względzie zgłaszane postulaty społeczne i oczekiwania organizacji ekologicznych decyzja GDOŚ narzuciła inwestorowi m.in. obowiązek nieingerowania w obszar użytku ekologicznego, którego szerokość w środku możliwej osi drogi wynosi kilkadziesiąt metrów.

Przekłada się to na znaczne ograniczenia w robotach budowlanych przy tym obiekcie. Samo przejście dla zwierząt będzie pod drogą ekspresową w dolinie, gdzie płynie Struga Młyńska i został ustanowiony obszar użytku ekologicznego. Wykonanie przejścia składać się może z dwóch osobnych obiektów inżynierskich dla każdej z jezdni w danym kierunku. Technologia i konstrukcja obiektów jest ściśle powiązana z ograniczeniami wskazanym w decyzji GDOŚ. Najważniejsze ograniczenia wynikające bezpośrednio i pośrednio z wymagań decyzji GDOŚ:

- Prace związane z lokalizacją przedmiotowego obiektu, w miejscu przekroczenia cieku Struga Młyńska, prowadzić z wykluczeniem ingerencji w granice użytku ekologicznego.
- Brak możliwości wykonania podpór tymczasowych w trakcie realizacji obiektu na obszarze użytku ekologicznego, co determinuje możliwości technologiczne oraz wybór konstrukcji wykonania obiektów inżynierskich np. metodą nasuwania.
- Obowiązek wytyczenia granic tego użytku w sposób jednoznaczny i widoczny, oraz umieszczenia na granicy użytku Tablic informujących o użytku i o zakazie ingerencji w użytek.
- Brak możliwości składowania materiałów budowlanych na terenie użytku ekologicznego.
- Brak możliwości prowadzenia dróg technologicznych obejmujące ruch sprzętu budowlanego i przemieszczanie materiałów na terenie użytku.

- Brak możliwości ingerencji pracowników budowy w obszar użytku, przemieszczanie się pracowników po obu stronach użytku musi być tak zorganizowane, aby w nie ingerowali w użytek.
- Zabezpieczenie budowy obiektu nad użytkiem ekologicznym w sposób zapewniający brak możliwości przedostania się odpadów budowlanych na teren użytku. Wynika to z trudnością posprzątania terenu w obszarze użytku.

Dodatkowe wymagania decyzji GDOŚ ograniczające termin realizacji powodują już znaczne zaburzenia w wykonaniu i zachowaniu rygoru technologicznego tego ważnego ze względu na kontrakt odcinka drogi ekspresowej S10.

Stąd też decyzja Zamawiającego o szczegółowym i dokładnym zbadaniu założeń realizacyjnych przyjętych przez Wykonawców. W ocenie Zamawiającego czas trwania budowy obiektu nad obszarem użytku ekologicznego, w tym nad Strugą Młyńską będzie determinować czas trwania całej inwestycji, a wycena tego elementu ma istotny wpływ na cenę całej oferty.

Na temat ograniczeń związanych z występowaniem tego użytku i innymi ograniczeniami decyzji GDOŚ Zamawiający zadał szereg pytań Wykonawcom na etapie badania rażąco niskiej ceny np. pytania nr 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 51, co stanowi około 20% wszystkich zadanych pytań.

Również należy zwrócić uwagę, że pytania oferentów z etapu postępowania przetargowego wskazywały na świadomość Wykonawców o znaczeniu wymagań decyzji GDOŚ, pytań w tym zakresie zadano ponad 20.

Pytania zadane przez Zamawiającego miały na celu określić czy oferta Wykonawcy jest zgodna z SWZ, została skalkulowana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz czy zaoferowana cena lub jej istotne części składowe nie zawierają rażąco niskiej ceny. Po analizie udzielonych przez Wykonawcę odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że Wykonawca na etapie składania oferty nie zrozumiał wymagań SWZ i zamierza realizować umowę w sposób sprzeczny z bezwzględnie obowiązującą decyzją GDOŚ, a przyjęte przez niego założenia mogły mieć wpływ na kalkulację ceny oferty.

W ocenie Zamawiającego nie można porównywać kosztu robót wykonania obiektu w obszarze użytku ekologicznym (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) z innymi ofertami, gdyż propozycja każdego z oferentów była indywidualna, każdy z wykonawców przewiduje inną technikę realizacji tego obiektu, wobec czego inaczej kształtują się koszty z tym

związane. Niniejsze koszty robót wynikają z technologii i długości wykonania tego obiektu, a każdy oferent miał inny pomysł na rozwiązanie tego obiektu. W większości ofert była to tajemnica przedsiębiorstwa, a wyjaśnienie przyjętej technologii wykonania tego obiektu było kluczowe dla Zamawiającego na etapie badania rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym porównanie kosztów w tym przypadku nie jest miarodajne.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 19.11.2021r. skierował do Wykonawcy m.in. pytanie nr 43 w brzmieniu:

„Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie wystąpienie ograniczeń w dostępie do Placu Budowy z tytułu zapisów decyzji GDOŚ, iż prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) można prowadzić poza okresem rozrodu bobra i wydry, czyli od początku września do końca lutego, zaś likwidację żeremia, jeżeli zaistnieje taka konieczność powinna nastąpić w okresie od 1 marca do 15 kwietnia albo od 1 sierpnia do końca października? Prosimy o przedstawienie założonych okresów, w których będzie możliwa realizacja robót przy uwzględnieniu w/w ograniczeń terminowych”.

Wykonawca – pismem z dnia 03.12.2021r. udzielił następującej odpowiedzi:

„Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w ofercie wystąpienie ograniczeń w dostępie do Placu Budowy z tytułu zapisów decyzji GDOŚ, iż prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) można prowadzić poza okresem rozrodu bobra i wydry, czyli od początku września do końca lutego, zaś likwidację żeremia, jeżeli zaistnieje taka konieczność powinna nastąpić w okresie od 1 marca do 15 kwietnia albo od 1 sierpnia do końca października”.

Dokonując analizy otrzymanej odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że Wykonawca jedynie potwierdził pierwszą część pytania, nie odpowiadając na drugą część tj.:

„Prosimy o przedstawienie założonych okresów, w których będzie możliwa realizacja robót przy uwzględnieniu w/w ograniczeń terminowych”.

Mając na uwadze brak pełnej odpowiedzi na ww. pytanie, Zamawiający miał prawo zadać pytanie uszczegóławiające, co potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrok z dnia 15 czerwca 2020r., KIO 893/20: *„Dopuszcza się możliwość wystosowania do wykonawcy dodatkowego wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., to jednak celem takiego wezwania nie może być poprawa pierwszego z wezwań skierowanych przez zamawiającego, a usunięcie ewentualnych dalszych wątpliwości zamawiającego, które powstały na podstawie analizy pierwotnych wyjaśnień. Ponowne wezwanie jest*

możliwe w sytuacji, gdy z pierwszego wyjaśnienia wykonawcy wynikają takie informacje, które nie pozwalają na jednoznaczną ocenę, czy oferta jest prawidłowa, a dalsze "dopytanie" pozwoli na usunięcie wątpliwości i zapobiegnie potencjalnej eliminacji oferty prawidłowej z postępowania."

W ocenie Zamawiającego suche powtórzenie zapisów decyzji GDOŚ nie mogło być uznane za odpowiedź na pytanie o przedstawienie założonych przez Odwołującego okresów realizacji.

„Wykonawca w odpowiedzi zawarł informacje o ograniczeniach terminowych, w których można prowadzić prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w km ok. 12+516,10). Zamawiający prosi o jednoznaczną informację, w jakich okresach w ciągu całego roku Wykonawca zakłada wykonywanie przedmiotowego obiektu”.

Wykonawca w pierwszej odpowiedzi na pytanie nr 43 zawarł tylko potwierdzenie ograniczeń środowiskowych. Druga część pytania oraz pytanie uszczegóławiające miało na celu potwierdzić, czy Wykonawca rozumie te ograniczenia i jest świadomy jakie są realne możliwości terminowe wykonania tego obiektu oraz jakie terminy realizacji sam założył.

Odpowiedź uwzględniająca wymagania SWZ wskazywałaby na termin realizacji od początku września do końca lutego z innymi możliwymi ograniczeniami, które mogą występować ze względu na okres jesienno-zimowy realizacji tego obiektu, np. ograniczenia wynikające z proponowanej przez Wykonawcę technologii wykonania obiektu, ograniczenia temperaturowe w betonowaniu lub wykonaniu warstw konstrukcyjnych na obiekcie itp.

Z tymi ograniczeniami wiążą się koszty, których założona wysokość była badana przez Zamawiającego. Realizacja robót budowlanych w obniżonych temperaturach jest droższa ze względu na konieczność stosowania dodatkowej ochrony robót, stosowania nagrzewnic, budowania namiotów roboczych, stosowania dodatków chemicznych do betonu itd., a także ze względu na przepisy BHP, które zobowiązują m.in. do zapewnienia pracownikom odzieży ochronnej czy posiłków regeneracyjnych. Ograniczenia ustalone w bezwzględnie obowiązującej decyzji środowiskowej mają bezpośredni wpływ na zwiększenie kosztów budowy. Ograniczenia dotyczące realizacji robót w rejonie Strugi Młyńskiej powodują, że wykonawca może w tym rejonie realizować roboty od początku września do końca lutego czyli 6 miesięcy w roku i to częściowo w okresie zimowym (Kontrakt zakłada okres zimowy od 15 grudnia do 15 marca). Zamawiający raz jeszcze podkreśla, że obiekt nad Strugą Młyńską jest to największy obiekt na tym odcinku drogi, którego realizacja ograniczona jest nie tylko ww.

ograniczeniem czasowym ze względu na okres rozrodu bobra i wydry, lecz również ze względu na zakaz ingerencji w granice użytku ekologicznego, dlatego tak ważne było wyjaśnienie jakie założenia w tym zakresie przyjmują wykonawcy.

Wykonawca odpowiedział na pytanie uszczegóławiające w następujący sposób:

„Wykonawca informuje, wykonanie obiektu MS_PZDsz-1_12.5 w km ok. 12+516,10 prowadził będzie okresach od początku marca do końca sierpnia, po uprzedniej likwidacji żeremia”.

Co wprost wskazuje na niezgodność przyjętych terminów z decyzją GDOŚ, a tym samym niezgodność z SWZ.

W ocenie Zamawiającego, po analizie pytania nr 43, pytania uszczegóławiającego oraz odpowiedzi do nich można dojść do wniosku, iż Wykonawca założył wykonanie obiektu w terminie od początku marca do końca sierpnia, co właśnie dało podstawę do przyjęcia, iż oferta jest niezgodna z SWZ.

Niezasadne są także argumenty Wykonawcy, że ograniczenia środowiskowe mogą się zmienić w trakcie trwania kontraktu, gdyż wymagania SWZ są dla Wykonawcy wiążące na etapie składania oferty i na nich powinien opierać składaną przez siebie ofertę. Decyzja GDOŚ wskazująca na wiele ograniczeń i wymagań środowiskowych była załącznikiem nr 1 do PFU. Zamawiający specjalnie zadał szereg pytań w ramach badania rażąco niskiej ceny związanych z tymi wymaganiami, gdyż wpływały one na wycenę kontraktu i możliwe niedoszacowanie oferty, a jak się okazało w wyniku zadanych pytań Odwołujący założył realizację Kontraktu w sposób niezgodny z SWZ

W ocenie Zamawiającego niemożliwe było także dokonanie jakichkolwiek zmian w złożonych odpowiedziach w trybie poprawienia omyłek ani także prowadzenie dalszych wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego odpowiedź na pyt. ad 43 stanowiła jasne i wyraźne oświadczenie woli Konsorcjum Kobylarnia w zakresie planowanego terminu realizacji obiektu w obszarze użytku ekologicznego.

Pojęcie oczywistej omyłki pisarskiej było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku (wyrok SO w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08), jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską

jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty wyrok KIO 10 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 265/08. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Stąd w ocenie Zamawiającego w omawianym przypadku nie można mówić o omyłce i możliwości jej poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Nadto należy wskazać, że w omawianym przypadku pierwsze stanowisko Wykonawcy nie było stanowczo określone, stąd wynikała konieczność dopytania Wykonawcy. Jeszcze następne dopytanie mogłoby zostać uznane za czyn niedozwolony negocjacji treści oferty, a co więcej sprowadziłoby się do zmiany oświadczenia woli Wykonawcy, o czym w przypadku oczywistych omyłek nie może być mowy.

Wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowią rodzaj wykładni oświadczenia woli wykonawcy (jego oferty), dlatego przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień, które zmieniałyby treść złożonej oferty nie może być uznane za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści, zakazane w art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp. Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

Wyjaśnianie treści oferty nie może być wykorzystywane do uzupełniania braków w ofercie lub zmiany jej treści. Wyjaśnianie jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla podanej przez wykonawcę treści formularza ofertowego. Wyjaśnianie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 polega zatem na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści oferty”. Nie można będzie zatem uznać za wyjaśnienie treści oferty takiego wyjaśnienia, w którym wykonawca dokonuje zmiany treści oferty. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia muszą bowiem wskazywać sposób rozumienia treści złożonej oferty, nie mogą natomiast jej zmieniać. Natomiast w omawianym przypadku konsekwencją procedury wyjaśniającej byłaby zmiana oświadczenia woli Wykonawcy, poprzez wskazanie innych (zgodnych z decyzją GDOŚ) terminów realizacji obiektu w obszarze użytku ekologicznego.

Zamawiający decydując się na zadanie dodatkowych pytań w stosunku do udzielonej odpowiedzi Wykonawcy z dnia 22.12.2021r, przeprowadził procedurę wyjaśniającą na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ppkt 1) ustawy Pzp, której celem było uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonych wyjaśnień miało umożliwić dokonanie Zamawiającemu należytego badania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a w

konsekwencji ukazało, że Konsorcjum Kobylarnia zamierza realizować Kontrakt niezgodnie z SWZ.

Zamawiający wskazuje, że wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego uznać należy za profesjonalistę. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, czy oświadczenia te są poprawne i czy odpowiadają wymaganiom stawianym w danym postępowaniu. Zatem odpowiedzialność za ewentualne błędy spoczywa w tym przypadku na wykonawcy.

Wyjaśnienia Wykonawcy, że w odpowiedzi: „*Wykonawca informuje, wykonanie obiektu MS_PZDsz-1_12.5 w km ok. 12+516,10 prowadził będzie okresach od początku marca do końca sierpnia, po uprzedniej likwidacji żeremia*”, chodziło o realizację obiektu poza obszarem użytku ekologicznego są zdaniem Zamawiającego nielogiczne i stanowią jedynie próbę stworzenia teorii wyjaśniającej przyjęcie błędnego założenia w udzielonej odpowiedzi.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że wystąpienie ograniczeń w dostępie do Placu Budowy z tytułu zapisów decyzji GDOŚ związanych z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) dotyczą **wyłącznie** obszaru użytku ekologicznego. Zatem realizacja robót poza obszarem użytku ekologicznego możliwa jest także w innych terminach tj. przez cały rok (oczywiście z uwzględnieniem ograniczeń wynikających np. z okresu zimowego) i nie była przedmiotem pytań Zamawiającego.

Tym bardziej nielogiczne i irracjonalne wydaje się tłumaczenie wskazane w odwołaniu, gdyż można z niego wyciągnąć wniosek, iż Wykonawca nie planuje realizować prac związanych z obiektem poza obszarem użytku w pozostałym dostępnym okresie tj. od początku września do końca lutego. Oznaczałoby to, że Wykonawca samodzielnie rezygnuje z możliwego okresu realizacji prac przy obiekcie poza użytkiem w dostępnym kontraktowo terminie. W ocenie Zamawiającego jest to nieprawdopodobne, stąd interpretacja wskazana przez Wykonawcę w odwołaniu wskazuje nadal na niezrozumienie wymagań SWZ i przyjęcie niezgodnych z SWZ założeń w zakresie budowy przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w km ok. 12+516,10).

Ponadto w swoich pytaniach Zamawiający wyraźnie nawiązywał do decyzji GDOŚ, ograniczeń i terminów z niej wynikających. Trudno zatem uznać, że Zamawiającemu chodziło

o realizację obiektu w zakresie, w jakim jego realizacja nie jest objęta ograniczeniami wynikającymi z decyzji GDOŚ.

Dodatkowo, nawet gdyby uznać (z czym Zamawiający się nie zgadza), że Wykonawca w swojej odpowiedzi nawiązywał do realizacji obiektu poza użytkiem ekologicznym, to wskazałby to bezpośrednio w odpowiedzi na pytanie. Tymczasem z odpowiedzi nie wynika, że dotyczy ona realizacji obiektu poza obszarem użytku ekologicznego.

Należy także zwrócić uwagę na fakt, że w odpowiedzi na pytanie uszczegóławiające Konsorcjum Kobylarnia wskazuje, iż zamierza realizować obiekt, po uprzedniej likwidacji żeremia, natomiast ograniczenia wynikające z decyzji GDOŚ dotyczące terminów likwidacji żeremia występują także tylko na obszarze użytku ekologicznego, a nie poza nim. Zatem odniesienie się przez Wykonawcę do obowiązku likwidacji żeremia w określonym terminie, co reguluje decyzja GDOŚ, także wskazuje na fakt, iż w udzielonej odpowiedzi wcale nie chodziło o realizację obiektu poza użytkiem ekologicznym.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający był w pełni uprawniony do uznania, że Konsorcjum Kobylarnia przyjęło błędne okresy realizacji przedmiotowego obiektu, bez uwzględnienia bezwzględnie obowiązujących ograniczeń.

W zakresie poruszonej kwestii żądania harmonogramu prac Zamawiający informuje, że nie żądał od Wykonawcy przedstawienia harmonogramu prac tylko informacji o założeniach w zakresie przyjętych terminów realizacji na etapie przygotowania oferty. Wykonawca znając wymagany w SWZ termin końcowy wykonania zamówienia oraz pozostałe ograniczenia terminowe wynikające z zamówienia musiał przyjąć pewne założenia realizacji Kontraktu, w tym planowaną realizację kluczowego obiektu na Strudze Młyńskiej już na etapie składania ofert.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Nie jest tak, jak zdaje się chciałby tego Odwołujący, że o zgodności oferty z warunkami zamówienia świadczy złożenie oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym. Zamawiający powinien opierać swoje decyzje o uznaniu oferty za zgodną lub niezgodną z warunkami zamówienia tylko na tym oświadczeniu. Nadto ciężko wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca złożyłby wraz z ofertą oświadczenie, iż nie zamierza realizować zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia.

*„W ust. 1 pkt 5 komentowanego przepisu ustawodawca określa, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia, a nie – jak na mocy przepisów Prawa zamówień publicznych z 2004 r. – z SIWZ. Dokonując analizy komentowanego pkt 5 przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 p.z.p., należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. W wyroku KIO z 9.09.2021 r., KIO 2520/21, Izba wskazała, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku omińnięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Izba podkreśliła, że nie ulega wątpliwości, że każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem treści merytorycznej oferty. W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia – sposób realizacji przedmiotu umowy. W przypadku postępowań dotyczących robot budowlanych – w ocenie KIO – należy uznać wszelkie świadczenia dotyczące jakości, ilości, ceny jednostkowej, ceny ogólnej, wielkości poszczególnych narzutów, terminu realizacji, sposobu realizacji robót (zastosowanej organizacji prac i harmonogramu tychże prac), czyli wszelkich elementów mających bezpośredni wpływ na przedmiot i zakres świadczenia, o ile zostały ujęte i doprecyzowane w treści SWZ.” (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 226).*

W wyroku KIO z 30.07.2021 r., KIO 1904/21 podzielono prezentowany w orzecznictwie KIO pogląd, że stwierdzenie wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty z powodu niezgodności z warunkami zamówienia może mieć miejsce na podstawie treści wyjaśnień ceny przedstawionych przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję w zakresie prawidłowości odrzucenia oferty Kobylarnia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp i wnosi o oddalenie odwołania.

AD. B odwołania: Polaqua nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy. Zasadne wezwanie Polaqua do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający w pkt 8 SWZ Tom I: Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami (dalej „SWZ”) określił następujące warunki udziału w Postępowaniu:

8. Warunki udziału w postępowaniu

8.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

8.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

8.2.4.1. dotyczącej Wykonawcy:

*Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich **7 lat** przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:*

*a) **1 zadania** polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. **GP dwujezdniowych** o wartości robót co najmniej 173 mln PLN **netto***

*b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla **klasy A** lub **klasy I**.*

*c) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla **klasy A** lub **klasy I** i długości całkowitej obiektu co najmniej **50 m** mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu,*

*d) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla **klasy A** lub **klasy I** i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej **50 m**.*

Uwagi:

(...)

„Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).”

(...)

Dalej w pkt 10 SWZ Zamawiający określił jakie środki podmiotowe są zobowiązani złożyć wykonawcy, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu:

10. Podmiotowe środki dowodowe

10.8 W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa:

c) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Okres 7 lat, o którym mowa powyżej liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert;

Zamawiający wskazuje, że Polaqua na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożyła w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy:

(1) Świadcstwo Przejęcia robót dla Kontraktu: „Rozbudowa drogi krajowej nr 8 Warszawa - Białystok do parametrów drogi ekspresowej na odcinku Wyszaków - granica województwa podlaskiego, odcinek II: obwodnica Ostrowi Mazowieckiej - granica województwa podlaskiego od km 553+145,50 do km 562+542,07, o długości ok. 9,40 km”

Świadcstwo przejęcia wystawione zostało w dniu 22 października 2018r. Podstawą wystawienia Świadcstwa przejęcia była Subklauzula 10.1 Warunków Kontraktu. Wykonawca dodatkowo, poza Świadcstwem Przejęcia, przedłożył załączniki (co nie było wymagane przez Zamawiającego), na które składały się następujące dokumenty:

1. Protokół Komisji Odbioru Robót,
2. Lista prac drobnych zaległych,
3. Lista Wad - w zakresie robót oraz dokumentacji powykonawczej (mostowej),
4. Lista wad w zakresie dokumentacji powykonawczej (drogowej).

(2) Świadcstwo przejęcia robót dla Kontraktu: „Projekt i budowa drogi S-6 na odcinku węzeł Kiełpino/ bez węzła/ - węzeł Kołobrzeg Zachód/ z węzłem/”

Świadcstwo przejęcia wystawione zostało w dniu 27 września 2019r. Podstawą wystawienia Świadcstwa była Subklauzula 10.1 Warunków Kontraktu.

Powyższe jest zgodne z wymaganiami określonymi w punkcie 10.8. c) SWZ: „Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC)...”.

W tym miejscu Zamawiający przywołuje brzmienie Subklauzuli 10.1 Warunków Kontraktu dla analizowanego zadania inwestycyjnego jest następujące:

10.1 Oprócz sytuacji podanej w Subklauzuli 9.4 [Niepowodzenie Prób Końcowych], Roboty będą przejęte przez Zamawiającego, kiedy (i) Roboty zostaną ukończone zgodnie z Kontraktem, włącznie ze sprawami opisanymi w Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie] i z wyjątkiem tego, co zostało dozwolone w podpunkcie (a) poniżej, oraz (ii) Świadectwo Przejęcia dla Robót zostanie wystawione lub będzie się uważało, że zostało wystawione zgodnie z niniejszą Subklauzulą.

(...)

Inżynier, w ciągu 28 dni po otrzymaniu wniosku Wykonawcy:

(a) zobowiązany jest wystawić Świadectwo Przejęcia, podając datę, z którą Wykonawca wykonał zobowiązania określone w Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie], z pominięciem Wad oraz drobnych zaległych prac, podając jednocześnie wykaz stwierdzonych Wad oraz drobnych zaległych prac, wskazanych również przez Komisję Odbioru Robót, i termin ich usunięcia oraz wykonania. Protokół Komisji Odbioru Robót będzie stanowił załącznik do Świadectwa Przejęcia.

(b) odrzuci wniosek, podając powody i wyszczególniając pracę wymaganą do zrobienia przez Wykonawcę, aby umożliwić wystawienie Świadectwa Przejęcia. Wtedy Wykonawca ukończy tę pracę przed wystawieniem ponownego powiadomienia według niniejszej Klauzuli. Jeżeli Inżynier odrzuci wniosek Wykonawcy o wystawienie Świadectwa Przejęcia, na skutek negatywnych wyników Prób Końcowych i Wykonawca w wyznaczonym mu przez Inżyniera czasie nie doprowadzi do usunięcia wszystkich Wad uniemożliwiających prawidłowe użytkowania Robót lub Odcinka, zgodnie z jego przeznaczeniem, Inżynier powiadomi Zamawiającego i przekaże do wiadomości Wykonawcy, że Umowa nie została wykonana w terminie i w takim przypadku ma zastosowanie Subklauzula 8.7 [Kary umowne] lub Subklauzula 15.2 [Odstąpienie przez Zamawiającego].

Zatem zgodnie z powyższym uznać należy, że przejęcie robót przez zamawiającego, z wyjątkiem sytuacji polegającej na niepowodzeniu prób końcowych na podstawie Subklauzuli 9.4, następuje po spełnieniu dwóch przesłanek:

- (i) ukończeniu robót zgodnie z kontraktem, z wyjątkiem zaległych prac i wad niemających znaczącego wpływu na możliwość korzystania z robót zgodnie z ich przeznaczeniem,
- (ii) wystawieniu przez inżyniera świadectwa przejęcia.

Świadectwo Przejęcia dopuszcza zatem przejęcie Robót niewykonanych jeszcze w całości, z drobnymi, zaległymi pracami oraz wadami, których dokończenie czy też usunięcie nie będzie miało znaczącego wpływu na użytkowanie przejmowanych Robót.

Wskazać w tym miejscu należy, że polskiej praktyce budowlanej i w orzecznictwie dokument świadectwa przejęcia uznaje się za pełniący analogiczną funkcję, co protokół odbioru robót, a samą czynność przejęcia – za odpowiednik odbioru robót w rozumieniu Kodeksu Cywilnego i ustawy Prawo budowlane. Jest to jednak duże uproszczenie – gdyż na gruncie prawa polskiego pełne skutki prawne odbioru robót należy utożsamiać z momentem wydania wykonawcy świadectwa wykonania. Natomiast w dacie przejęcia uznaje się, że zamawiający objął w posiadanie roboty. Od tego momentu rozpoczyna swój bieg okres gwarancji jakości i rękojmi.

Jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 września 2017r., sygn. akt IV CSK 578/16:

„Świadectwo przejęcia może być uznane za dokument potwierdzający zakończenie robót i ich prawidłowe wykonanie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej jako odpowiednik protokołu odbioru, jeśli strony na zasadzie swobody umów wyrażonej w art. 3531 KC przeniosły do okresu zgłaszania wad etap wykonania drobnych zaległych prac i usunięcia drobnych wad uznając, że nie stoi to na przeszkodzie przejęciu obiektu do eksploatacji i zapłaty wynagrodzenia. Takie znaczenie świadectwu należy przypisać, uwzględniając w szczególności cel wydania tego dokumentu wynikający z klauzuli 10.1 warunków kontraktowych FIDIC, tj. iż celem tego dokumentu jest potwierdzenie, iż roboty zostały wykonane zgodnie z kontraktem (klauzula wymaga, aby zamawiający przyjął roboty, gdy zostaną ukończone zgodnie z kontraktem)”.

Zgodnie z warunkami kontraktowymi Inżynier na analizowanych kontraktach miał możliwość wystawić świadectwo przejęcia lub odrzucić wniosek wykonawcy. Raz jeszcze należy wskazać, że w przypadku obu inwestycji Inżynier Świadectwa przejęcia i tym samym potwierdził, że wykonano całość prac budowlanych, z wyjątkiem drobnych prac i wad, które nie uniemożliwiają zamawiającemu przejęcia i korzystania z robót zgodnie z ich przeznaczeniem.

W swoim odwołaniu Odwołujący nawiązuje do załącznika nr 1 do Świadectwa przejęcia dla drogi krajowej nr 8 tj. Protokołu Komisji Odbioru Robót z dnia 19 października 2018r. W protokole tym, stanowiącym w istocie pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę rozliczenia stron kontraktu, zostały zawarte ustalenia, co do jakości wykonanych robót wraz z wykazem ujawnionych wad i oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady. Takie działanie jest zgodne z prawem i jest potwierdzone m.in. wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 03.08.2017r. I ACa 689/16:

„W sytuacji, gdy wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych i brak jest wad istotnych, zamawiający jest zobowiązany do ich odbioru. W protokole z tej czynności, stanowiącym pokwitowanie spełnienia świadczenia i podstawę dokonania rozliczeń stron, niezbędne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualnego wykazu wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy stwierdzone wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.”

W tym miejscu należy wskazać, że w przypadku stwierdzenia wad trwałych w Świadectwie Przejęcia Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

1. dokonanie potrąceń,
2. wykonanie prac naprawczych,
3. nakazanie rozbiórki i ponowne wykonanie

- to z jakiego uprawnienia skorzysta Zamawiający zależy od tego jak poważne są stwierdzone wady i czy uniemożliwiają eksploatację.

Szczegółowa procedura odbioru robót jest opisana w Specyfikacji STWiORB DM.00.00.00. stanowiącej załącznik PFU, która określa w jakich przypadkach i na jakich zasadach Zamawiający może realizować ww. uprawnienia, w tym dokonywać potrąceń.

W analizowanym przypadku drogi krajowej nr 8 zamawiający nie nakazał Polaqua wykonania robót naprawczych, tudzież rozbiórki danego elementu i wykonania go od nowa. Zamawiający uznał za wystarczające dokonanie potrącenia, które były wystarczające z uwagi na charakter i zakres niedotrzymanych parametrów określonych w SST.

Odwołujący przywołuje załącznik do Świadectwa Przejęcia „Tabela potrąceń za wady trwałe” przedstawiający wysokość pomniejszenia umówionego wynagrodzenia Polaqua. W powołanej

Tabeli potrąceń, jako podstawę potrąceń wskazano DM.00.00.00. pkt. 8.4.1 zgodnie, z którym:

*„W przypadku stwierdzenia przez komisję, że jakość wykonywanych Robót w poszczególnych asortymentach **nieznacznie odbiega od wymaganej Dokumentacją Projektową i STWiORB z uwzględnieniem tolerancji i nie ma większego wpływu na cechy eksploatacyjne obiektu i bezpieczeństwo ruchu**, komisja dokona potrąceń, oceniając pomniejszoną wartość wykonywanych Robót w stosunku do wymagań przyjętych w Dokumentach Kontraktowych.”*

Skoro Komisja odbioru robót uznała, że naliczy potrącenia zamiast odmówić odbioru i nakazać wykonanie robót naprawczych, bądź rozbiórkę elementu robót wykonanego z wadą – tym samym należy uznać, że stwierdzone wady odpowiadają w/w opisowi tj. są nieznaczne i nie mają większego wpływu na cechy eksploatacyjne obiektu i bezpieczeństwo ruchu.

Zamawiający wskazuje, że w praktyce budowlanej, szczególnie przy realizacji tak dużych projektów infrastrukturalnych jak budowa dróg krajowych, wykonanie robót budowlanych w stanie idealnym, niedobiegającym choćby w znikomym stopniu od parametrów określonych w SST jest w zasadzie niemożliwe.

Obecnie u Zamawiającego do realizowanych inwestycji stosuje się Instrukcję DP-T 14 „Ocena jakości na drogach krajowych”.

Instrukcję stosuje się w zakresie:

- oceny jakości zrealizowanych robót drogowych i ich zgodności ze specyfikacją,
- sposobu postępowania z wadami,
- dokonywania redukcji ceny kontraktowej za przekroczenie odchyłek dopuszczalnych i za niedotrzymanie wartości wymaganych, zwanej dalej potrąceniem.

Na analizowanym kontrakcie rozbudowy drogi krajowej nr 8 instrukcja nie miała zastosowania (wydano ją później), jednakże Zamawiający przywołuje ją by pokazać, że stosowana praktyka zgodnie, z którą dokonuje się potrąceń w związku z przekroczeniem wartości tolerancji, jest powszechna i usystematyzowana i nie stanowi jakiegось wyjątku.

Należy także wskazać, że Odwołujący zrealizował dla GDDKiA Oddział w Bydgoszczy kontrakt pn.: *„Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 3 części:*

Część 3- Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Jaroszewo” (bez węzła) do granicy województwa o długości około 25,1 km.”.

Na doświadczenie z ww. kontraktu Odwołujący powołał się w postępowaniu przetargowym „*Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz-Toruń, odcinek 3 od węzła Solec do węzła Toruń Zachód*” – tj. na odcinku sąsiadującym z odcinkiem będącym przedmiotem niniejszego postępowania. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, tym samym uznając, że spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki dotyczące doświadczenia.

Tymczasem, podczas realizacji ww. odcinka S5 Odwołującemu także zostały naliczone potrącenia za wady trwałe w wysokości 80 180,69 zł netto (98 622,25 zł brutto) i pomimo to Zamawiający wystawił wykonawcy potwierdzenie, że „*roboty budowlane zostały wykonane i prawidłowo ukończone z zachowaniem ustalonych terminów zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją projektową. Roboty wykonano z należytą starannością, zgodnie ze sztuką budowlaną i z obowiązującymi przepisami techniczno – budowlanymi*”, które to Odwołujący dołączył do swojej oferty jako podmiotowy środek dowodowy.

Dowód: pismo Inżyniera Kontraktu z dnia 04 sierpnia 2020r., znak 4266-S5odc.7-11.4-KM

Gdyby uznać argumentację Odwołującego, że każde potrącenie za jakość z tytułu wad stanowi o nienależytym wykonaniu umowy, to bez żadnej przesady można by stwierdzić, że 90% inwestycji nie mogłoby być przedstawione jako spełniające warunek udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Zamawiający w SWZ wymagał: „*jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC)*”. Zamawiający nie wymagał bezusterkowego odbioru robót, bądź Świadcstwa przejęcia, w którym nie będzie wykazanych żadnych prac zaległych i wad. Zatem mając na uwadze Warunki Kontraktowe (w szczególności treść Subklauzuli 10.1), doświadczenia samego Zamawiającego oraz praktykę stosowaną na rynku budowlanym uznać należy, że przedstawione przez Polaqua Świadcstwo przejęcia dla inwestycji dotyczącej drogi krajowej nr 8 było wystarczające dla uznania, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia. Nadto Zamawiający wskazuje, iż nie ma żadnych podstaw, aby podważać zasadność wydanych Świadcstw przejęcia.

Natomiast w odniesieniu do pkt 7. i 12 odwołania Zamawiający wskazuje, że na gruncie Warunków Kontraktu wystawienie Świadectwa przejęcia rozpoczyna bieg kolejnego etapu w procesie budowlanym, tj. okresu przeglądów i rozliczenia kontraktu. W okresie tym Wykonawca usuwa wszelkie wady i usterki zgodnie z kontraktem oraz wykonuje wszelkie zaległe prace wskazane w świadectwie przejęcia co jest zgodne z wolą stron wyrażoną w świetle Subklauzuli 11.1. Prace te są wykonywane przed upływem okresu zgłaszania wad, w ciągu takiego rozsądnego czasu jaki jest polecony przez inżyniera i ustalony w załączniku do świadectwa przejęcia. Na gruncie warunków kontraktowych zgodnie z Subklauzulą 11.9 zobowiązania wykonawcy zostaną uznane za wykonane dopiero z chwilą wystawienia świadectwa wykonania. Dopiero ten dokument uważany jest za pełną akceptację robót, jako właściwie wykonanych.

Jednakże w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający wymagał świadectwa przejęcia a nie wykonania (co jest powszechną praktyką) – tym samym Zamawiający nie mógł żądać od wykonawców potwierdzenia usunięcia wszelkich wad, usterek i wykonania prac zaległych. Istnienie tych zaległych prac i wad nie oznacza, że kontrakt nie został wykonany.

Usuwanie usterek bowiem, uwzględniając specyfikę robót budowlanych, jest normalną praktyką po dokonaniu odbioru i nie oznacza nienależytego wykonania odebranej roboty. Aby mówić o nienależytym wykonaniu musi zaistnieć przyczyna oraz zamawiający musi ponieść szkodę - w związku z nienależytym wykonaniem umowy powstaje szkoda majątkowa oraz dalej powinien zaistnieć związek przyczynowy, jakaś korelacja między wykonaniem umowy w sposób nienależyty, a szkodą. Taka sytuacja, w analizowanym przypadku nie zaistniała.

Nadto Zamawiający wskazuje, iż dla wskazanej w wykazie robót inwestycji dotyczącej drogi krajowej nr 8 w dniu 18 stycznia 2021r. zostało wydane Świadectwo Wykonania (na dzień ukończenia robót w dniu 04 października 2018r.). Powyższe znajduje potwierdzenie w piśmie GDDKiA Oddział w Białymstoku z dnia 11 kwietnia 2021r. (O/BI.D- 5.0130.16.2022.MZI), które stanowi załącznik do wniosku dowodowego Odwołującego tj. pisma z dnia 13 kwietnia 2021r.

W odniesieniu natomiast do ad 14 odwołania Zamawiający wskazuje, iż nie wymagał przedłożenia wraz ze Świadectwem przejęcia wszystkich załączników, które zostały do niego sporządzone. Dla Zamawiającego fakt wystawienia Świadectwa przejęcia na podstawie Subklauzuli 10.1 jest wystarczający dla uznania, że dana robota – w tym przypadku dotycząca drogi S-6, została wykonana i odebrana. Nadto na stronie internetowej kontraktu

<http://www.kielpino-kolobrzeg.droga-s6.pl/> prowadzonej przez GDDKiA i cały czas dostępnej dla wszystkich zainteresowanych jest zawarta informacja, iż:

„27.09.2021r. zostało wydane Świadczenie Wykonania”. Wydanie Świadczenia Wykonania zgodnie z Subklauzulą 11.9 oznacza, że Wykonawca został zwolniony z zobowiązań (Subklauzula 14.12), a kontrakt należy uznać za zrealizowany. Z tego względu Zamawiający nie widział podstaw, aby wzywać wykonawcę Polaqua do uzupełnienia dokumentów, gdyż te, które przedłożył były wystarczające do uznania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto Zamawiający wskazuje, iż dokonał weryfikacji doświadczenia wykonawcy Polaqua u przedstawicieli Oddziałów GDDKiA w Białymstoku i Szczecinie, które prowadziły dane inwestycje. Doświadczenie wskazywane przez Polaqua zostało potwierdzone w informacjach e-mail z 21 i 22 marca 2022r., co także potwierdza, iż Zamawiający nie miał podstaw, by powziąć wątpliwości, co do dokumentów i informacji przedkładanych przez Polaqua i w konsekwencji wzywania tego wykonawcy do składania wyjaśnień lub uzupełniania dokumentów.

Dowód: korespondencja e-mail z przedstawicielami GDDKiA O/Szczecin oraz O/Białystok.

AD. C odwołania: Referencyjny obiekt WS – 26 nie spełnia warunku udziału w postępowaniu

Zamawiający potwierdza, iż wykonawca Polaqua na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1. pkt d SWZ TOM I wskazała w wykazie robót obiekt WS-26 o obciążeniu dla klasy A i rozpiętości teoretycznej przęsła wynoszącej 73,5 m zrealizowany w ramach ww. kontraktu na rozbudowę drogi krajowej nr 8.

Odwołujący wskazuje, że do załączonego Świadczenia przejęcia, mającego potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowania, załączono opisywany w pkt ad B niniejszej odpowiedzi Protokół komisji odbioru, w którym w pkt. 6 lit stwierdzono wady trwałe polegające na niedotrzymaniu parametrów określonych w SST przy wykonaniu ścian oporowych przy obiekcie WS-26. Z kolei z Tabeli potrąceń za wady trwałe wynika, iż z tytułu tej wady, na podstawie DM.00.00.00 pkt 8.4.1, dokonano potrącenia w wysokości 5%. Zamawiający nie kwestionuje tychże dokumentów, ani prawidłowości dokonanego potrącenia przez inwestora, kwestionuje natomiast stanowisko Odwołującego w tym zakresie i wnioski jakie prezentuje Odwołujące.

Jak już wskazano w pkt ad B odpowiedzi na odwołanie, w przypadku stwierdzenia wad Zamawiającemu przysługują różne uprawnienia tj.

1. dokonanie potrąceń,
2. wykonanie prac naprawczych,
3. nakazanie rozbiórki i ponowne wykonanie

– w zależności od tego jak poważne są stwierdzone wady i czy uniemożliwiają eksploatację.

W ocenie Zamawiającego realizacja każdego z ww. uprawnień skutkuje naprawieniem szkody i „usunięciem” wady, a Zamawiający zostaje w tym zakresie zostaje zaspokojony. Zatem skoro Zamawiający uznaje, że wystarczającym dla niego jest dokonanie potrącenia za daną wadę (gdyż wada ta nie wpływa na możliwość prawidłowej eksploatacji obiektu), to nie ma podstaw, aby wymagać fizycznego jej usunięcia poprzez naprawę lub rozbiórkę.

Mając zatem na uwadze funkcje Świadczenia przejęcia i skutki jakie wywołuje, co zostało opisane w pkt ad B odpowiedzi na odwołanie, uznać należy, że skoro na kontrakcie dotyczącym drogi krajowej nr 8 zostało wystawione Świadczenie przejęcia to zamawiający potwierdza realizację zadania na swoją rzecz, a wykonawca może posługiwać się doświadczeniem zdobytym na tym kontrakcie, celem wykazania warunków udziału w innych postępowaniach.

Nadto należy wskazać, iż GDDKiA Odział w Białymstoku potwierdziło należyte wykonanie obiektu WS-26 w powoływany już wyżej piśmie z dnia 11 kwietnia 2022r. Stanowiącym odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej złożony przez Konsorcjum Kobyłarnia.

Powyższe oznacza, że zarzuty odwołania w tym zakresie uznać należy za bezzasadne.

AD. D odwołania: POLAQUA nie wniosła wadium w sposób prawidłowy

W pierwszej kolejności Zamawiający potwierdza przywołane przez Odwołującego postanowienia IDW dotyczące wniesienia wadium, jednakże nie zgadza się z zarzutami odwołania w tym zakresie.

Zgodnie z art. 97 ustawy Pzp.:

1. *Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.*
2. *Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia.*

3. Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

4. Jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 lub art. 388 pkt 2 lit. b i c, lub art. 415 ust. 2 pkt 5 i 6, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego.

5. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie **do dnia upływu terminu związania ofertą**, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

6. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium **na przedłużony okres** związania ofertą.

7. Wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu;

2) gwarancjach bankowych;

3) gwarancjach ubezpieczeniowych;

4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2020 r. poz. 299).

8. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

9. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

10. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Stan faktyczny sprawy oraz treść powołanego powyżej przepisu jednoznacznie potwierdzają, że prezentowane przez Odwołującego stanowisko, **jest sprzeczne** z literalnym brzmieniem przepisu art. 97 ust. 5 p.z.p., zgodnie z którym wadium utrzymuje nieprzerwanie **do dnia upływu terminu związania ofertą**, z wyjątkiem przypadków w przepisie tym wymienionych, które określają przypadki wcześniejszego zwrotu wadium przed upływem terminu związania ofertą.

Nie można twierdzić, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy -na okres krótszy niż termin związania ofertą, skoro z dokumentów postępowania jednoznacznie wynika, że oba terminy są tożsame.

Nie można twierdzić, że złożone wadium nie zapewnia realnego zabezpieczenia zapłaty roszczeń Zamawiającego objętych gwarancją, że Zamawiający nie ma realnej możliwości zaspokojenia się z przedmiotu wadium, do upływu terminu, na jaki zostało ustanowione, skoro Gwarant zobowiązał się bezwarunkowo i nieodwołalnie do wypłacenia Zamawiającemu kwoty objętej gwarancją, po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna.

Treść przedłożonej gwarancji jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający ma realną możliwość zaspokojenia się z przedmiotu wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione.

Wobec jednoznacznej treści przepisu art. 97 ust. 5 p.z.p. (przesądzającej o prawidłowości wniesionego wadium), Zamawiający jedynie na marginesie wskazuje, iż umowy w sprawie zamówienia publicznego są zawierane przez Zamawiającego z co najmniej kilkudniowym wyprzedzeniem przed upływem terminu związania ofertą, w godzinach urzędowania Zamawiającego, tj. od 7:00 do 16:15. Niemniej, nawet przy przyjęciu, że wybrany Wykonawca zostałby zaproszony do podpisania umowy w ostatnim dniu związania ofertą, Zamawiający będzie miał możliwość skutecznego złożenia żądania wypłaty wadium i wadium to otrzyma, biorąc pod uwagę bezwarunkowy charakter gwarancji oraz przewidzianą w gwarancji możliwość złożenia żądania w formie elektronicznej.

Jako potwierdzenie zasadności prezentowanego stanowiska, Zamawiający wskazuje na uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 listopada 2019 r., XXIII Ga 76/19, w którym rozstrzygając prawidłowość przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium w postaci gwarancji bankowej, Sąd ten zważył, co następuje:

„Sąd Okręgowy podziela stanowisko, że czynność przedłużenia ważności wadium musi nastąpić w terminie związania ofertą i przed upływem terminu ważności pierwotnie wniesionego wadium, tak aby oferta była prawidłowo zabezpieczona przez cały okres postępowania. Wystarczające będzie, gdy obie te czynności zostaną dokonane w dowolnej kolejności. Zdaniem Sądu przedstawione wcześniej w odniesieniu do pism Konsorcjum (...) rozważania w zakresie składanych przez wykonawcę pism, wskazuje, że zamiarem Konsorcjum (...) było przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 17 czerwca 2018 r., a na ten sam okres przedłużono ważność gwarancji bankowej, stanowiącej wadium, co czyni bezzasadnym zarzut skarżącego. Konsorcjum (...) samodzielnie przedłużyło okres związania oferta przed upływem dotychczasowego terminu związania ofertą, z jednoczesnym

przedłużeniem okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, co czyni zadość wymogom wynikającym z art. 85 ust. 4 pzp. Jeszcze raz przy tym podkreślić należy, że przed upływem tego okresu Konsorcjum (...) przedłużyło zarówno termin związania ofertą, jak i ważność wadium na kolejny okres - do 15 września 2018 r. Nie doszło zatem do przerwania terminu związania ofertą.”

Powyższe stanowisko potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2021r., KIO 3617/21, gdzie Izba wskazała **„Jak więc wynika wprost z przepisów art. 97 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym jej ustępu 5, oraz z rozdziału 18. specyfikacji warunków zamówienia – IDW, w szczególności punktu 18.3, ani ustawodawca, ani Zamawiający nie zawarli żadnych innych regulacji dotyczących terminu obowiązywania gwarancji wadialnej niż jedynie wskazanie, że ma on obejmować cały okres związania ofertą. W gwarancji złożonej przez Przystępującego wymóg ten został spełniony.**

Aby zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, musiałaby zajść sytuacja, w której wykonawca wniósłby wadium w sposób nieprawidłowy. Aby zaś stwierdzić ową nieprawidłowość, należy wpierv ustalić, z czego owa nieprawidłowość wynika. W tym przypadku musiałaby wynikać z przepisów prawa lub specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający wskazał wykonawcom w specyfikacji warunków jednoznacznie, że wystarczający jest dla niego termin obowiązywania gwarancji równy terminowi związania ofertą, zatem gwarancja określająca taki termin zgłaszania roszczeń nie jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, czy wymaganiami ustawowymi, a więc nie może zostać uznana za nieprawidłową.

Oczywiste jest, że dla zamawiającego „bezpieczniejsza” jest sytuacja, o której mowa w przywołanych przez Odwołującego wyrokach, a w której ma on dodatkowy czas, ponad termin związania ofertą, na dochodzenie roszczeń. Natomiast ważąc dobra podlegające ochronie w postaci możliwości dłuższego zgłaszania roszczeń po stronie zamawiającego (zatem jego bezpieczeństwa finansowego) oraz bezpieczeństwa obrotu – dotyczącego nie tylko wykonawców, których oferty mogą zostać odrzucone, ale i samych zamawiających, którzy stają przed dylematem, czy mają obowiązek ofertę odrzucić ze względu na wady wadium, należy stwierdzić, że dobrem podlegającym w tym wypadku ochronie powinno być bezpieczeństwo obrotu. Wykonawcy nie mogą być bowiem zaskakiwaniu po złożeniu ofert oczekiwaniami co do dokumentu wadium, które nie zostały wyrażone a priori ani w specyfikacji warunków zamówienia, ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, ani w

przepisach regulujących poszczególne instytucje np. w przepisach Kodeksu cywilnego, prawa bankowego czy prawa ubezpieczeniowego, ani nawet w jednoznacznych poglądach orzecznictwa czy jednolitej praktyce – i to w sytuacji, gdy przedmiotowego dokumentu nie można ani poprawić, ani uzupełnić. Tym bardziej w sytuacji, w której dany zamawiający nie uregulował konkretnych kwestii z zakresu wadium w specyfikacji warunków zamówienia zabezpieczając w ten sposób swoje interesy w sposób szerszy lub bardziej odpowiedni, która to sytuacja również nie zasługuje na poddawanie szczególnej ochronie, wyższej niż wynikająca z założeń ustawowych. Należy w takim przypadku założyć, że istniejące regulacje są dla zamawiającego satysfakcjonujące. A tym samym znów trudno zarzucać wykonawcy wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, tj. nienależycie zabezpieczający interesy zamawiającego, których nie zabezpieczył sam zainteresowany.

W orzecznictwie, a za nim i w piśmiennictwie, wielokrotnie wskazywano na zasadę ochrony wykonawcy przez postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, tzn. jeśli wykonawca postąpił zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, nie może to być poczytywane na jego niekorzyść, nawet jeśli postanowienia te zawierały pewne wady lub luki.”

Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, iż zaszyły przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p.

Zamawiający wnosił o oddalenie wniosku dowodowego:

Zamawiający wnosi o oddalenie wniosku dowodowego wskazanego w piśmie Odwołującego z dnia 13 kwietnia 2022r. tj. wniosku o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentów znajdujących się w posiadaniu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, którymi są:

1. Rekomendacja Inżyniera nr 2642/18 (branża M),
2. Rekomendacja Inżyniera nr 2593/18 (branża D),

sporządzone w ramach inwestycji dotyczącej rozbudowy drogi krajowej nr 8, z uwagi na fakt, iż dokumenty te są nieprzydatne do rozpoznania niniejszej sprawy.

Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymagał przedstawienia określonych dokumentów, w tym Świadectwa Przejęcia i takie dokumenty od Polaqua otrzymał. Żądanie przedstawienia wyżej wskazanych dokumentów i ich analiza, w ocenie Zamawiającego, ma na celu wyłącznie prowadzenie sztucznej dyskusji czy Inżynier

powinien był wystawić Świadcstwo Przejęcia dla omawianego kontraktu czy też nie, co nie jest przedmiotem niniejszego postępowania. Ani Zamawiający, ani Odwołujący, ani także Krajowa Izba Odwoławcza nie ma w takich kompetencji, by w postępowaniu odwoławczym podważać decyzje podjęte na innym kontrakcie. Faktem jest, że Świadcstwo Przejęcia zostało wydane, zamawiający przejął roboty i użytkuje przedmiot umowy. Zatem w tym przypadku analiza poszczególnych rekomendacji Inżyniera, wydanych zresztą przed wydaniem Świadcstwa Przejęcia, jawi się jako bezcelowe i nieprzydatne dla rozpatrzenia sporu będącego przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca:

1) POLAQUA Sp. z o.o., ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Stan faktyczny:

W dniu 24 marca 2022 r. Zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 4 kwietnia 2022 r. konsorcjum wykonawców KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na podjęciu i zaniechaniu:

- a) czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego;
- b) zaniechania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;
- c) odrzucenia ofert Odwołującego;

- d) wyboru oferty złożonej przez wykonawcę POLAQUA Sp. z o. o. w Wólce Kozodawskiej (dalej: „POLAQUA” „Wykonawca”,) jako najkorzystniejszej oferty,
- e) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę POLAQUA;
- f) zaniechania czynności wezwania wykonawcy POLAQUA do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa 8.2.4.1. SWZ;
- g) zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy POLAQUA z postępowania;
- h) zaniechanie odrzucenia oferty POLAQUA;
- i) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W wyniku wniesionego odwołania przez konsorcjum wykonawców KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni oraz MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący do postępowania wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. pismem z dnia 8 kwietnia 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania, natomiast w piśmie z dnia 25 kwietnia 2022 r. przedstawił swoje stanowisko.

Odwołujący wniósł dodatkowo na rozprawie pismo procesowe z dnia 26 kwietnia 2022 r.

Stan prawny:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art.

226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Stosownie do art. 65 § 1 Kc, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Stanowisko Izby:

I.

Zarzut Odwołującego w zakresie zaniechania odrzucenia oferty POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kozodawskiej z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium jest zdaniem Izby zasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Natomiast zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że trzeba rozróżnić wniesienie wadium na okres związania ofertą (obejmującą tą samą datę) od możliwości zgłaszania roszczeń przez zamawiającego Gwarantowi, w przypadku gdy ziszczą się przesłanki z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Z treści złożonej przez Przystępującego gwarancji wadialnej nr 788/2021/FIN z dnia 5.11.2021 r. wynika, że „niniejsza gwarancja jest ważna od dnia 08.11.2021 r. i obowiązuje do dnia 07.03.2022 r., po którym to terminie wygasa w całości i automatycznie, jeżeli najpóźniej w wyżej wskazanym terminie Bank nie otrzyma prawidłowego żądania zapłaty, tj. spełniającego wymogi określone w niniejszej gwarancji”.

Oznacza to zdaniem Izby, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, że żądanie zapłaty poprzez złożenie stosownego oświadczenia Gwarantowi w przypadku zaistnienia którejkolwiek przesłanki z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp w terminie do dnia 07.03.2022 r., a następnie zgłoszone po tym terminie będzie bezskuteczne. W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, która stwierdziła, że przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej nie jest wcale wystąpienie okoliczności, o którym mowa w przepisach ustawy Pzp, ale złożenie przez Zamawiającego oświadczenia, że takie okoliczności wystąpiły (tak wyrok KIO z 30 września 2014 r, sygn. akt KIO 1897/14).

Tym samym zdaniem Izby trzeba patrzeć na funkcję, jaką ma pełnić wadium. W doktrynie i orzecznictwie Izby wskazuje się na dwie podstawowe funkcje wadium. Z jednej strony wadium stanowi wymóg niezbędny do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, z drugiej zaś strony rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą oraz zabezpieczenie zawarcia umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą. Ponadto w przypadku wadium wnoszonego w postaci gwarancji bankowej / ubezpieczeniowej, aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium przewidzianego w ustawie Pzp. Dokument gwarancyjny nie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Jeżeli więc z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimikolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjęć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą (tak KIO w wyroku z dnia 27 sierpnia 2013 r. sygn. akt: KIO 1988/13).

Podkreślić także należy, iż celem wadium jest realne zabezpieczenie zapłaty na rzecz zamawiającego swego rodzaju kary za nienależyte zachowanie wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że analiza treści wadium w postaci gwarancji bankowej złożonej przez Przystępującego, biorąc pod uwagę treść oświadczenia Gwaranta, nie zabezpiecza w pełni interesu Zamawiającego w całym okresie ważności gwarancji, co też skutkuje brakiem możliwości stwierdzenia, iż wadium wniesione przez ww. wykonawcę zostało wniesione w sposób prawidłowy. Jednocześnie jak wynika z ww. gwarancji data upływu terminu związania ofertą Przystępującego została określona równocześnie jako termin ważności gwarancji (08.11.2021 r. do 07.03.2022 r.). Co więcej, to w ww. terminie (do 07.03.2022 r.) do gwaranta powinny zostać zgłoszone wszelkie roszczenia wynikające z gwarancji. Powyższe wynika wprost z końcowych postanowień gwarancji wadialnej: „niniejsza gwarancja jest ważna od dnia 08.11.2021 r. i obowiązuje do dnia 07.03.2022 r., po którym to terminie wygasa w całości i automatycznie, jeżeli najpóźniej w wyżej wskazanym terminie Bank nie otrzyma prawidłowego żądania zapłaty, tj. spełniającego wymogi określone w niniejszej gwarancji ”. Innymi słowy, treść złożonej przez Przystępującego gwarancji bankowej obligowała Zamawiającego do podjęcia określonych czynności zmierzających do wypłaty kwoty określonej gwarancją do upływu okresu ważności gwarancji.

Słusznie w ocenie Izby podniósł Odwołujący, że warunek przewidziany w gwarancji wadialnej Przystępującego, że bank ma otrzymać oświadczenie o zaistnieniu podstaw do zatrzymania wadium wraz z żądaniem zapłaty wadium w terminie do dnia 7 marca 2022 r., a więc żądanie to musi zostać złożone przed upływem terminu związania ofertą stwarza realne ryzyko dla zamawiającego niezaspokojenia z sumy gwarancyjnej.

Izba dodatkowo wskazuje, że wadium wniesione w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie gwarancji nie może być utrudnione. Natomiast wadliwość gwarancji bankowej przedłożonej przez Przystępującego polega na ewidentnym ograniczeniu - w porównaniu do wadium wniesionego w pieniądzu - możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium pod koniec okresu ważności gwarancji wadialnej (będącym jednocześnie ostatnim dniem terminu związania ofertą). Izba wskazuje, że analogiczne stanowisko zajęła Izba w wyroku sygn. akt KIO 2452/21.

Izba nie neguje stanowiska Przystępującego, że brak jest jakiegokolwiek podstawy prawnej nakazującej wykonawcy utrzymania wadium w okresie przypadającym po terminie związania

ofertą czy też powołane przez Przystępującego orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2022 r., sygn. akt. KIO 3748/21, sygn. akt KIO 3758/21, zgodnie z którym „z żadnego innego przepisu ustawy Pzp nie wynika, aby termin ważności wadium w formie między innymi gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego, miałby być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną ilość dni”.

Jednakże Przystępujący nie zauważa, jak również zamawiający, że wadium ma na celu ochronę interesów Zamawiającego w przypadku zaistnienia przesłanek ustawowych w terminie związania ofertą, dając jednocześnie możliwość zamawiającemu zgłoszenie roszczeń Gwarantowi po upływie terminu związania ofertą. Zdaniem Izby, w tym konkretnym stanie faktycznym, Zamawiający mógłby nie uzyskać takiej ochrony.

Nie zmienia tego również brzmienie art. 98 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czy też wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie godziny urzędowania i zawieranie umów w sprawie zamówień publicznych z co najmniej kilkudniowym wyprzedzeniem, jak również możliwość zgłaszania żądań w formie elektronicznej. Nie można bowiem wykluczyć, że w określonych okolicznościach taka treść gwarancji wadium może być przyczyną problemów z uzyskaniem przez Zamawiającego sumy gwarancyjnej.

II.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ppkt 1 Pzp i w zw. z art. 65 § 1 KC poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że spór między Zamawiającym a Odwołującym dotyczy pytania nr 43 skierowanego do Odwołującego w dniu 19.11.2021 r. w ramach wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny i następnie działając na podstawie 224 ust. 1 i 2 ppkt 1), zadał dodatkowe pytanie w dniu 22.12.2021 r. w zakresie pytania nr 43 w celu doprecyzowania udzielonej odpowiedzi.

Pytanie nr 43 brzmiało:

Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie wystąpienie ograniczeń w dostępie do Placu Budowy z tytułu zapisów decyzji GDOŚ, iż prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) można prowadzić poza okresem rozrodu bobra i wydry, czyli od początku września do końca lutego, zaś likwidację

żeremia, jeżeli zaistnieje taka konieczność powinna nastąpić w okresie od 1 marca do 15 kwietnia albo od 1 sierpnia do końca października? Prosimy o przedstawienie założonych okresów, w których będzie możliwa realizacja robót przy uwzględnieniu w/w ograniczeń terminowych.

Wykonawca w dniu 3.12.2021 r. udzielił odpowiedzi:

„Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w ofercie wystąpienie ograniczeń w dostępie do Placu Budowy z tytułu zapisów decyzji GDOŚ, iż prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) można prowadzić poza okresem rozrodu bobra i wydry, czyli od początku września do końca lutego, zaś likwidację żeremia, jeżeli zaistnieje taka konieczność powinna nastąpić w okresie od 1 marca do 15 kwietnia albo od 1 sierpnia do końca października”.

W wyniku powyższej odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że wykonawca jedynie potwierdził pierwszą część pytania, nie odpowiadając na drugą część, tj. prosimy o przedstawienie założonych okresów, w których będzie możliwa realizacja robót przy uwzględnieniu w/w ograniczeń terminowych, co podkreślał Zamawiający, jak i Przystępujący na rozprawie.

W związku z powyższym Zamawiający zadał pytanie uszczegóławiające w brzmieniu:

Wykonawca w odpowiedzi zawarł informacje o ograniczeniach terminowych, w których można prowadzić prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w km ok. 12+516,10). Zamawiający prosi o jednoznaczną informację, w jakich okresach w ciągu całego roku Wykonawca zakłada wykonywanie przedmiotowego obiektu.

Wykonawca w dniu 10.01.2022 r. udzielił odpowiedzi:

„Wykonawca informuje, wykonanie obiektu MS_PZDsz-1_12.5 w km ok. 12+516,10 prowadził będzie okresach od początku marca do końca sierpnia, po uprzedniej likwidacji żeremia”.

W wyniku powyższego, zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SWZ.

Izba na podstawie zebranego materiału dowodowego w toku postępowania odwoławczego, jak i stanowisk stron przedstawianych na rozprawie doszła do przekonania, że zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SWZ.

Izba chce na samym początku podkreślić, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest traktowany jako profesjonalista a ocena należytej staranności w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej musi być uwzględniana zgodnie z art. 355 § 2 k.c., poprzez zawodowy charakter tej działalności.

Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, dokładnością w udzielaniu odpowiedzi itd. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Izba stoi na stanowisku, że wykonawca w pierwszej odpowiedzi na pytanie nr 43 zawarł tylko potwierdzenie ograniczeń środowiskowych wynikającej z decyzji GDOŚ i tym samym zamawiający był uprawniony do zadania pytania uszczegóławiającego. Zdaniem Izby jest to o tyle istotne, na co wskazywał zamawiający, że z ograniczeniami środowiskowymi wiążą się określone koszty. Inne bowiem będą koszty prowadzonych robót w okresie jesienno-zimowym a inne w okresie wiosenno-letnim. Dodatkowo Zamawiający wskazywał na rozprawie, że Odwołujący mógł sobie skrócić ten termin, który wynikał z decyzji środowiskowej, np. mógł wykonywać roboty luty - wrzesień, październik-styczeń.

Izba zważa, że wykonawca udzielając odpowiedzi na pytanie doprecyzowujące wskazał jednoznacznie, że wykonanie obiektu MS_PZDsz-1_12.5 w km ok. 12 +516,10 prowadził będzie w okresach od początku marca do końca sierpnia, po uprzedniej likwidacji żeremia.

Zdaniem Izby nieuprawnione jest stwierdzenie Odwołującego, że udzielając powyższej odpowiedzi chodziło mu o realizację obiektu poza obszarem użytku ekologicznego. Co istotne, na co wskazywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że wystąpienie ograniczeń w dostępie do Placu Budowy z tytułu zapisów decyzji GDOŚ związanych z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego, tj. ciek struga Młyńska w ok. km 12 + 516,10 dotyczą wyłącznie obszaru użytku ekologicznego.

Tym samym Izba stoi na stanowisku, że pytania zamawiającego wyraźnie dotyczyły wykonywania robót w obszarze użytku ekologicznego a nie poza jego obszarem. Dodatkowo Izba wskazuje, że w odpowiedzi na pytanie uszczegóławiające, Odwołujący wskazał, że zamierza realizować obiekt po uprzedniej likwidacji żeremia, natomiast ograniczenia wynikające z decyzji GDOŚ, na co wskazywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, dotyczące terminów likwidacji żeremia, występują tylko na obszarze użytku ekologicznego.

Izba wskazuje, że Odwołujący na rozprawie podkreślił, że „nie wskazał okresów, które zgodnie z ostatnim zdaniem pytania bowiem wynikają one z deklaracji”. Zdaniem Odwołującego udzielając odpowiedzi na pierwsze pytanie potwierdził, że uwzględnił w ofercie ograniczenia wynikające z decyzji środowiskowej, z czym Izba się nie zgadza.

Izba wskazuje, że Odwołujący jako profesjonalista powinien dokładnie i rzetelnie czytać całe pytanie, a nie tylko jej część. Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący potwierdził tylko, że uwzględnił w ofercie ograniczenia wynikające z decyzji środowiskowej, nie udzielając pełnej odpowiedzi na zadane pytanie, na co wskazuje druga część pytania: „Prosimy o przedstawienie założonych okresów, w których będzie możliwa realizacja robót przy uwzględnieniu w/w ograniczeń terminowych”. Tym samym Izba nie zgadza się z Odwołującym, że złożył jednoznaczną odpowiedź w pierwszym wezwaniu.

Na rozprawie Odwołujący wskazywał ponadto, że pytanie nr 43 było również skierowane do innych wykonawców, w tym do Przystępującego, który zdaniem Odwołującego nie udzielił odpowiedzi co do założonych okresów przy realizacji spornego przedmiotu zamówienia (w obszarze użytku ekologicznego). Izba zważa, że Przystępujący udzielił w dniu 3.12.2021 r. odpowiedź w brzmieniu:

”Wykonawca uwzględnił w ofercie wystąpienie ograniczeń w dostępie do Placu Budowy z tytułu zapisów decyzji GDOŚ , iż prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w ok. km 12+516,10) można prowadzić poza okresem rozrodu bobra i wydry, czyli od początku września do końca lutego, zaś likwidację żeremia, jeżeli zaistnieje taka konieczność powinna nastąpić w okresie od 1 marca do 15 kwietnia albo od 1 sierpnia do końca października. Wykonawca założył, że roboty budowlane wykonane będą w okresach, w których decyzja środowiskowa nie narzuca ich ograniczenia”.

W wyniku powyższej odpowiedzi, zamawiający wystosował doprecyzowujące pytanie w brzmieniu:

W odpowiedzi Wykonawcy brak informacji odnośnie założonych okresów, w których można prowadzić prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w km ok. 12+516,10) przy uwzględnieniu ograniczeń terminowych. Zamawiający prosi o jednoznaczną informację, w jakich okresach w ciągu całego roku zakłada Wykonawca wykonywanie przedmiotowego obiektu.

Przystępujący udzielił odpowiedzi w dniu 10.01.2022 r. w następującym brzmieniu:

„Wykonawca zgodnie z wymaganiami decyzji GDOŚ, prace związane z budową przejścia dla zwierząt w obszarze użytku ekologicznego (ciek Struga Młyńska w km około 12+516) będzie prowadził poza okresem rozrodu bobra i wydry, czyli od początku września do końca lutego”.

W związku z powyższym, Izba zważa, że Odwołujący nie ma racji, że Przystępujący nie udzielił odpowiedzi co do założonych okresów przy realizacji spornego przedmiotu zamówienia, ponieważ z odpowiedzi z dnia 10.01.2022 r. jednoznacznie jest wskazany okres, tj. od początku września do końca lutego.

Odwołujący na rozprawie odnosił się także do pytania nr 30 czy też do naruszenia zasady proporcjonalności, uczciwej konkurencji, dyskryminacji, jak i do art. 99 ustawy Pzp w piśmie procesowym z dnia 26 kwietnia 2022 r. jednak Izba zważa, że nie były one przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu. Izba w tym miejscu wskazuje, że zgodnie z art. 555 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba wskazuje, że stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Natomiast zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Stosownie zaś do art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba stoi na stanowisku, że odpowiedź na pytanie uszczegóławiające w zakresie pytania nr 43 było wyraźnym oświadczeniem woli Odwołującego odnośnie terminu realizacji obiektu w obszarze użytku ekologicznego. Tym samym Izba uznała, że błąd Odwołującego nie ma charakteru oczywistej omyłki pisarskiej ani innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z warunkami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty.

Izba zważa, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się omyłkę, która jest wyraźnie zauważalna, nie budzi wątpliwości,

nasuwająca się każdemu bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych ustaleń i niespowodowana uchybieniem merytorycznym. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. (tak np. wyrok KIO z dnia 29.07.2021 r., sygn. akt. KIO 1716/21).

Jeśli chodzi o inne omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przepis ten pozwala na poprawienie omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, przy czym nie mogą one mieć charakteru istotności. Jak się podkreśla w orzecznictwie poprawienie omyłek w rozumieniu tego przepisu, nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści specyfikacji, czyli do rekonstrukcji oświadczeń woli wykonawcy. Dodatkowo wskazuje się, że zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty (tak wyrok KIO z dnia 17.10.2019 r., sygn. akt. KIO 1964/19 z dnia 14.01.2021 r., wyrok KIO z dnia 14.01.2021 r., sygn. akt. KIO 3297/20).

Tym samym Izba stoi na stanowisku, że poprawienie powyższej omyłki przez zamawiającego doprowadziłoby do zmiany charakteru oświadczenia woli Odwołującego. Dodatkowo Izba wskazuje, że Odwołujący mógł wskazać różne okresy mieszczące się w dopuszczalnym przedziale wykonania robót, tj. od początku września do końca lutego.

Izba wskazuje, że wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią rodzaj wykładni oświadczenia woli wykonawcy, dlatego Izba stoi na stanowisku, że konsekwencją procedury wyjaśniającej przez zamawiającego byłaby zmiana oświadczenia woli Odwołującego poprzez wskazanie innych, zgodnych z decyzją GDOŚ terminów realizacji obiektu w obszarze użytku ekologicznego (wyjaśnienia co do spornej kwestii były już dokonywane w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny). Izba dodatkowo wskazuje, że zadawanie pytań uszczegóławiających wykonawcom, w tym Odwołującemu nakierowanych na odpowiedź wykonawcy, taką jaką miałyby uzyskać zamawiający, prowadziłoby to zdaniem Izby do niedopuszczalnych negocjacji wynikających z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że Odwołujący na rozprawie cofnął zarzuty oznaczone w pkt II i III odwołania, w związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie w powyższym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....