

Sygn. akt: KIO 331/22

**WYROK**  
z dnia 24 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 lutego 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 lutego 2022 roku** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skoczowie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Limanowa z siedzibą w Limanowej**

przy udziale wykonawcy **„AW BAUTEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu**, zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skoczowie i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skoczowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego - Przedsiębiorstwa Inżynieryjnego „IMB-Podbeskidzie” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

**w Skoczowie na rzecz Zamawiającego – Gminy Limanowa z siedzibą w Limanowej – kwotę 3 736 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy siedmiuset trzydziestu sześciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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: Gmina Limanowa z siedzibą w Limanowej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa mostu na potoku Starowiejskim w ciągu ul. Lipowej w Limanowej”. Postępowanie prowadzone dla zamówienia publicznego o wartości poniżej 5 350 000 euro, tj. 22 840 755 zł. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00331988/01 z dnia 2021-12-27.

Dnia 7 lutego 2022 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 j.t. ze zm.), dalej jako „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Skoczowie (dalej jako „IMB-Podbeskidzie” lub „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty wykonawcy „AW BAUTEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu (dalej: „AW BAUTEX”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta tego Wykonawcy powinna być zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AW BAUTEX, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z ofertą AW BAUTEX powoduje konieczność zmiany Decyzji Starosty Limanowskiego nr 2/2021 z dnia 25.05.2021 r. (dalej: „Decyzja ZRID”), podczas gdy zgodnie z treścią dokumentacji postępowania Zamawiający wyraźnie, wielokrotnie w różnych miejscach dokumentacji podał, że oferty zawierać mają taką propozycję realizacji przedmiotu zamówienia, która nie będzie powodowała konieczności zmiany Decyzji ZRID.
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AW BAUTEX, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ oferta nie zapewnia zachowania parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie (wymóg z pkt 10 Rozdziału II SWZ) oraz ponieważ Zamawiający nie dopuścił zmian powodujących zmiany Decyzji ZRID w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli, podczas gdy wykonawca AW

BAUTEX złożył ofertę powodującą konieczność zmiany Decyzji ZRID w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli;  
ewentualnie

3. naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AW BAUTEX do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym ustalenia, czy zaproponowane przez tego wykonawcę rozwiązania w złożonej ofercie nie powodują, że oferta ta jest niezgodna z dokumentacją postępowania.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa, projektowania obiektów inżynierskich, w szczególności mostów, na potrzeby ustalenia faktu, że realizacja przedmiotu zamówienia wg wariantu zaoferowanego przez wykonawcę AW BAUTEX w swojej ofercie, skutkuje koniecznością zmiany Decyzji ZRID.

a nadto:

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy AW BAUTEX;

ewentualnie:

5) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie wykonawcy AW BAUTEX do wyjaśnień treści jego oferty w celu ustalenia jej zgodności z dokumentacją postępowania.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany, ponieważ Zamawiający w dniu 1 lutego 2022 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego Odwołujący został bezpodstawnie pozbawiony możliwości realizacji zamówienia, w sytuacji gdy oferty wykonawcy AW BAUTEX powinna zostać odrzucona. Odwołujący zajmuje na obecnym etapie drugie miejsce na tzw. liście rankingowej Zamawiającego, za ofertą Konsorcjum AW BAUTEX. W przypadku odrzucenia oferty wykonawcy AW BAUTEX, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), a zatem powinna być uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu SWZ i przepisów prawa. Szkoda, jaką może

ponieść Odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby Odwołujący, realizując zamówienie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa mostu na potoku Starowiejskim w ciągu ul. Lipowej w Limanowej”.

Cena oferty brutto wykonawcy AW BAUTEX wynosi 12 389 047,88 zł, natomiast cena oferty Odwołującego wynosi 13 461 639,24 zł.

Zgodnie z zapisami pkt 4 i 5 Rozdziału 19 SWZ:

*„4. Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty wariantowej przewidującej odmienny niż określony w SWZ sposób wykonania zamówienia, przy czym wykonawca składa ofertę podstawową lub ofertę wariantową. Oferta wariantowa podlega ocenie według tych samych kryteriów oceny ofert co oferta podstawowa.*

*5. Warunki złożenia oferty wariantowej:*

*1) Dopuszcza się odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie, bez konieczności zmiany decyzji ZRID,*

*2) Oferta wariantowa winna być opracowana wg wzoru określonego w Załączniku Nr 4a do SWZ i zawierać opis techniczny określający sposób wykonania elementów budowli i technologii wykonania elementów budowli.”*

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 04.01.2022 r. na pytanie:

*„Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający w związku z koniecznością obniżenia kosztów realizacji inwestycji dopuści optymalizację rozwiązań projektowych, w szczególności wykonanie obiektu mostowego według projektu zamiennego zakładającego zastosowanie innego typu konstrukcji ustroju nośnego”,* Zamawiający odpowiedział:

*„Zgodnie z zapisem w Rozdziale 2 ust. 10 SWZ dopuszcza się odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie, nie powodujący zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli. Dodatkowo Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany w projekcie wykonawczym, pod warunkiem zatwierdzenia zmian przez Inspektora nadzoru oraz opracowania przez Wykonawcę projektu zamiennego i objęcia tego projektu przez Wykonawcę nadzorem autorskim”.*

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 12.01.2022 r. na pytanie:

*„Prosimy o odpowiedź w przypadku wystąpienia poniższej sytuacji: Wykonawca składa ofertę wariantową w niniejszym postępowaniu. Oferta dotyczy zmian technologii wykonania samego obiektu mostowego. Prosimy o odpowiedź czy w pozostałym zakresie przedmiotu*

*zamówienia (w którym wykonawca nie zamierza dokonywać zmian) dokumentami wiążącymi w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia pozostają dokumenty stanowiące opis przedmiotu zamówienia (projekt budowlany, wykonawczy STWiORB)?”*

Zamawiający odpowiedział:

*„Tak, w przypadku złożenia oferty wariantowej dla elementów zamówienia, dla których Wykonawca nie dokonuje zmian przedstawiając ofertę wariantową wiążące pozostają zapisy projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz STWiORB, w hierarchii określonej w pytaniu nr 7. Jednocześnie Zamawiający przypomina, że w ofercie wariantowej należy zachować parametry użytkowe obiektu określone w załączonym do SWZ projekcie, bez konieczności zmiany decyzji ZRID”.*

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 14.01.2022 r. na pytanie:

*„W związku z nieprecyzyjną odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 04.01.2022r. dotyczącą dopuszczenia odmiennego niż określonego przez Zamawiającego sposobu wykonania zamówienia wykonawca prosi o potwierdzenie, że Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę łuku stalowego na łuk żelbetowy”.*

Zamawiający odpowiedział:

*„Zamawiający podtrzymuje swoją odpowiedź, że zgodnie z zapisem w Rozdziale 2 ust. 10 SWZ dopuszcza się odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie, nie powodujący zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli. Ponadto zgodnie z zapisem w Rozdziale 2 ust. 5 SWZ 5 Wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności ustawą z dnia 07 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 1333). Prace muszą być wykonane zgodnie z warunkami technicznymi i wymogami oraz normami przy tego typu robotach. Wszystkie materiały wykorzystane do wykonania przedmiotu zamówienia muszą być dopuszczone do stosowania zgodnie z obowiązującymi przepisami”.*

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 14.01.2022 r. na pytanie:

*„W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 3 w dniu 04.01.2022r. Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie odpowiedzi. Zamawiający z jednej strony dopuszcza odmienny sposób wykonania zamówienia przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie nie powodującym zmiany decyzji ZRID a z drugiej strony nie wyraża zgody na zmianę sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli. Wskazujemy, iż udzielona odpowiedź wyklucza się wewnętrznie. Prosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający dopuszcza zmianę rozwiązań*

*projektowych pod warunkiem, iż zmiany te będą nieistotne w świetle tzw. „specustawy drogowej”*

Zamawiający odpowiedział:

*„Patrz odpowiedź na pytanie nr 13. Z żadnych zapisów SWZ i udzielonych odpowiedzi nie wynika sprzeczność – Zamawiający dopuszcza odmienny sposób wykonania, ale taki który nie powoduje zmiany decyzji ZRID”.*

Odwołujący złożył ofertę „podstawową” czyli taką, która stanowi zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie.

Wykonawca AW BAUTEX złożył ofertę wariantową, która zgodnie z pkt 3 oferty podaje opis wykonania zamówienia:

1) Sposób wykonania elementów budowli:

Obiekt mostowy wolnopodparty, jednoprzęsłowy o konstrukcji nośnej łukowej (dwa łuki żelbetowe po zewnętrznej stronie) z podwieszoną żelbetową płytą pomostową. Klasa obciążeniowa mostu „B” wg PN 85/S-10030.

2) Technologia wykonania elementów budowli:

- Podpory

Przyczółki mostu pełnościenne, żelbetowe posadowione na palach wierconych Fi-600 mm na warstwie wyrównawczej z betonu C12/15 gr. 15 cm. Pojedynczy przyczółek składa się ze stopy fundamentowej o wys. 110 cm, ściany pionowej o grubości 100 cm, oraz dwóch skrzydeł połączonych monolitycznie z korpusem przyczółka i opartych na jego fundamencie. Zastosowane materiały: stal BSt500S, Beton C30/37.

- Ustrój nośny

Ustrój nośny o schemacie statycznym jednoprzęsłowym, wolnopodpartym. Konstrukcję nośną stanowią dwa łuki żelbetowe z jazdą dołem z podwieszonym żelbetowym pomostem. Łuki żelbetowe monolityczne zlokalizowane po zewnętrznej stronie płyty pomostowej, krępe o zakładanym przekroju 80/120 cm. Łuki nie będą połączone stężeniem wiatrowym. Beton płyty pomostu i łuków - C40/50. Pomost żelbetowy będzie się składał z płyty pomostowej, dwóch podłużnic żelbetowych oraz belek prostopadłych które będą podwieszane za pomocą wieszaków stalowych o średnicy 70 mm ze stali Re. min=460MPa do łuków żelbetowych.

• Przewidziano sprzężenie dwóch podłużnic żelbetowych za pomocą kabli sprężających:  
27T15 = 4 sztuk

- Kapy chodnikowe

Na płycie ustroju oraz na długości skrzydeł wykonane będą monolityczne żelbetowe kapy chodnikowe z betonu C40/50 zakończone deskami gzymsowymi. Kapy chodnikowe

zakotwiczone do konstrukcji nośnej płyty pomostowej za pomocą kotew talerzowych ocynkowanych klejanych.

- Łożyska

Przewidziano sześć łożysk garnkowych - Dylatacje

Na obiekcie wykonane zostaną dylatacje modułowe

- Hydroizolacja i odwodnienie

Na płycie żelbetowe przewidziana jest hydroizolacja z papy termozgrzewalnej gr. 0,5 cm. Wody opadowe z obiektu mostowego odprowadzone zostaną do kanalizacji deszczowej za pomocą kolektora zbiorczego podwieszzonego do płyty pomostu. W konstrukcji płyty mostowej osadzone będą wpusty mostowe klasy D400 z odpływem pionowych, oraz sączki pionowe zbierające wodę z powierzchni izolacji.

- Nawierzchnie na obiekcie

Przyjęto następujące warstwy:

o 4,00 cm – warstwa ściernalna AC11 S

o 5,00 cm – warstwa wiążąca AC16 W

o 0,50 cm – izolacja ustroju nośnego

Odwołujący stoi na stanowisku, że realizacja oferty AW BAUTEX rodzi konieczność zmiany Decyzji ZRID, więc wybór tej oferty jest wadliwy i naruszający przepisy ustawy Pzp wobec postanowień dokumentacji postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, aby złożyć ofertę, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia, nie mogli złożyć oferty powodującej konieczność zmiany Decyzji ZRID. Tymczasem realizacja wybranej oferty powoduje konieczność zmiany tej decyzji.

Uzasadnienie do wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa: Biegły posiada wiedzę specjalną i kompetencję, które pozwolą Izbie na wszechstronne rozpoznanie sprawy i wydanie odpowiedniego rozstrzygnięcia. Dodatkowo dopuszczenie i przeprowadzenie opinii biegłego nie spowoduje nieuzasadnionej zwłoki w rozpoznaniu sprawy.

Odwołujący podkreślił, że proponowana przez wykonawcę AW BAUTEX zmiana rozwiązania obiektu mostowego powoduje konieczność zmiany w Projekcie Zagospodarowania Terenu, a to wynika z faktu dołożenia dodatkowego łuku oraz planowanej zmiany kształtu i wymiarów przyczółków. Tak istotna zmiana sposobu wykonania przedmiotu zamówienia w stosunku do projektu stanowiącego załącznik do SWZ oraz w stosunku do parametrów wprost opisanych w Decyzji ZRID powoduje konieczność ponownego uzgodnienia realizacji z PGW Wody Polskie RZGW w Krakowie w celu ustalenia i zatwierdzenia zamiennego rozwiązania. Z powyższego wynika, że nie ma innego sposobu na realizację wariantu zaoferowanego przez AW BAUTEX, jak tylko poprzez konieczność



zmiany projektów, a to wpływa na konieczność zmiany Decyzji ZRID. Powyższe dodatkowo wynika także z faktu, że tym zmiany musiałyby zostać dokonane na działce będącej własności Wód Polskich, a nowy kształt i wymiary podpór wynikający z dołożenia dodatkowego łuku i zmiany usytuowania łuku już zaprojektowanego, wymagają uzgodnień w Zespole Uzgodnień Dokumentacji Projektowej.

Zgodnie z art. 36a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane:

*1. Istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego lub innych warunków decyzji o pozwoleniu na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę wydanej przez organ administracji architektoniczno-budowlanej.*

*1a. Istotne odstępianie od projektu zagospodarowania działki lub terenu lub projektu architektoniczno-budowlanego złożonego wraz ze zgłoszeniem budowy, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1-4, lub przebudowy, o której mowa w art. 29 ust. 3 pkt 1 lit. a, oraz instalowania, o którym mowa w art. 29 ust. 3 pkt 3 lit. d, wobec którego organ administracji architektoniczno-budowlanej nie wniósł sprzeciwu, jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o pozwoleniu na budowę dla całego zamierzenia budowlanego albo dokonaniu ponownego zgłoszenia.*

(...)

*5. Istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu lub projektu architektoniczno-budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę stanowi odstępianie w zakresie:*

*1) projektu zagospodarowania działki lub terenu, w przypadku zwiększenia obszaru oddziaływania obiektu poza działkę, na której obiekt budowlany został zaprojektowany;*

*2) charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego dotyczących:*

*a) powierzchni zabudowy w zakresie przekraczającym 5%,*

*b) wysokości, długości lub szerokości w zakresie przekraczającym 2%,*

*c) liczby kondygnacji;*

*3) warunków niezbędnych do korzystania z obiektu budowlanego przez osoby niepełnosprawne, o których mowa w art. 1 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzonej w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r., w tym osoby starsze;*

*4) zmiany zamierzonego sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części;*

*5) ustaleń miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, innych aktów prawa miejscowego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu;*

*6) wymagającym uzyskania lub zmiany decyzji, pozwoleń lub uzgodnień, które są wymagane do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę lub do dokonania zgłoszenia:*

*a) budowy, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1-4, lub*

b) *przebudowy, o której mowa w art. 29 ust. 3 pkt 1 lit. a, oraz instalowania, o którym mowa w art. 29 ust. 3 pkt 3 lit. d;*

7) *zmiany źródła ciepła do ogrzewania lub przygotowania ciepłej wody użytkowej, ze źródła zasilanego paliwem ciekłym, gazowym, odnawialnym źródłem energii lub z sieci ciepłowniczej, na źródło opalane paliwem stałym.*

Zgodnie z art. 32a ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych: *„Odstąpienie od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego, w zakresie objętym projektem zagospodarowania terenu w liniach rozgraniczających drogi, nie stanowi istotnego odstąpienia, o którym mowa w art. 36 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, jeżeli nie wymaga uzyskania opinii, uzgodnień, pozwoleń i innych dokumentów, wymaganych przepisami szczególnymi”.*

Mając na uwadze powyższe Ustawodawca zezwala na zastosowanie procedury odstąpienia od zatwierdzonego decyzją ZRID projektu budowlanego wyłącznie na etapie zamierzenia odstąpienia od sposobu realizacji inwestycji drogowej określonego w wydanej decyzji ZRID.

Przy czym mieć należy na względzie, że dotyczy to zarówno przypadków, kiedy odstąpienie miałyby nastąpić przed rozpoczęciem robót budowlanych, jak również w ich trakcie. Zatem gdyby dopuścić sposób realizacji przedmiotu umowy wg wariantu zaoferowanego przez AW BAUTEX to stwierdzić należy, że następcze stosowanie procedury odstąpienia jest niedopuszczalne, ponieważ takie odstąpienie od zatwierdzonego projektu budowlanego należałoby rozpatrywać w kontekście samowoli budowlanej, co w efekcie skutkowało koniecznością wstrzymania robót budowlanych przy zastosowaniu przepisów art. 50–51 ustawy prawo budowlane.

Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych w art. 32a wskazuje przesłanki, których kumulatywne spełnienie zwalnia z obowiązku uzyskania decyzji o zmianie ZRID. Zgodnie z treścią przywołanej regulacji, jeśli planowane odstąpienie obejmuje swoim zakresem projektu zagospodarowania terenu w liniach rozgraniczających drogi oraz nie wymaga uzyskania opinii, uzgodnień, pozwoleń i innych dokumentów, wymaganych przepisami szczególnymi nie stanowi istotnego odstąpienia od zatwierdzonego projektu inwestycji drogowej, a w konsekwencji nie wymaga uzyskania decyzji o zmianie ZRID. Zawarta w treści oferty AW BAUTEX koncepcja wykonania dwóch łuków i usytuowanie jednego z nich w innym miejscu niż to jakie było przewidziane w projekcie budowlanym stanowiącym załącznik do SWZ dla jednego łuku, skutkuje koniecznością zmiany Projektu Zagospodarowania Terenu, a w konsekwencji powoduje konieczność przeprowadzenia dodatkowych uzgodnień w tym m. in. z PZW Wody

Polskie RZGW w Krakowie. W tym konkretnym przypadku nie zachodzą przesłanki z art. 32a ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych – zatem konieczne jest uzyskanie zmiany Decyzji ZRID w wypadku zamiaru realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią oferty AW BAUTEX.

Różnica realizacji przedmiotu zamówienia wg wariantu z oferty AW BAUTEX w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia ma charakter istotny – dlatego zarówno kierownik budowy, jak i projektant zobowiązani są tę zmianę zakwalifikować właśnie jako zmianę istotną.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów, czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Według poglądów doktryny: *Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania*

*zamówienia* (H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021).

AW BAUTEX złożyło ofertę wariantową, która zgodnie z pkt 3 tej oferty podaje opis wykonania zamówienia, powodujący konieczność zmiany decyzji ZRID. Wykonawcy składający oferty są związani oświadczeniami złożonymi w jej treści, które wiążą ich w takim sensie, że determinują, co ma być przedmiotem przyszłego świadczenia. Przedmiot świadczenia nie może być poprzez składanie późniejszych oświadczeń w jakikolwiek sposób modyfikowany czy zmieniany. Tej okoliczności nie mogą sanować późniejsze wyjaśnienia, nawet jeżeli niezgodność złożonych przez wykonawców ofert z treścią SWZ była efektem niedoprecyzowania, omyłki czy jakiegokolwiek innej niedokładności.

Rolą wykonawcy jest potwierdzenie zgodności oferty z treścią dokumentacji postępowania za pomocą instrumentów wskazanych przez Zamawiającego już na etapie jej składania. Wykonawcy powinni wykazać, że oferowane przez nich rozwiązania, materiały, zakresy, urządzenia czy wreszcie sposób wykonania spełniają wymagania Zamawiającego, czego nie uczynił wykonawca AW BAUTEX, podając informacje determinujące, iż jej treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z SWZ we wszystkich jego aspektach na podstawie wszystkich żądanych informacji i wymaganych części oferty (wraz z załącznikami), a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności oferty wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy konieczności dedukowania i domyślenia się przedmiotu oferty na podstawie gwarantowanych parametrów. Wykonawca AW BAUTEX oświadczył, że złożył ofertę zgodną z dokumentacją postępowania, jednak już pobieżna analiza treści jego oferty w ocenie Odwołującego powinna doprowadzić Zamawiającego do stwierdzenia istotnych rozbieżności, opisanych w odwołaniu.

Zgodnie z zapisami SWZ nie dopuszczono zmian powodujących: zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli. Natomiast w treści oferty wykonawcy AW BAUTEX pojawił się zdaniem Odwołującego cały zestaw zmian powodujących zmiany Decyzji ZRID w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli.

Zgodnie z zapisami Decyzji ZRID, przewidziano wykonanie obiektu mostowego na potoku Starowiejskim według szczegółowo określonych parametrów konstrukcyjnych opisanych w części I, pkt. B str. Nr 2 oraz str. 4 pkt 1 w/w decyzji. Są one następujące:

*B. Rozbudowa i budowa nowego obiektu mostowego:*

Most jednoprzęsłowy bez podpory w korycie potoku Starowiejskiego, dla uniknięcia dodatkowego spiętrzenia wód powodziowych,

Zestawienie parametrów konstrukcyjnych

Długość całkowita konstrukcji nośnej obiektu [m] 53,66m

Szerokość całkowita obiektu [m] 12,20m

Rodzaj konstrukcji nośnej Łuk stalowy z jazdą dołem z pomostem zespolonym (ruszt stalowy z płytą żelbetową)

Ilość przęseł: 1

Rozpiętość teoretyczna łuku [m] 45,85m

Kąt skrzyżowania z przeszkodą [°] 35°

Kąt ukosu konstrukcji obiektu [°] Zmienny 24°-50°

Usytuowanie w planie: Łuk poziomy  $r = 153,00$ , klotoida

Profil podłużny: Łuk pionowy wypukły  $R=1200m$

Światło pionowe pod obiektem [m]; ok. 2,90m

Konstrukcja przyczółków Żelbetowe quas-skrzyniowe

Łożyska Garnkowe lub elastomerowe 1,2MN

Nawierzchnia Bitumiczna

Posadowienie obiektu Płaskie, bezpośrednio na gruncie nośnym, dodatkowo mikropale stalowe przenoszące rozpór łuku

Podstawowe materiały

Beton Klasa wytrzymałości Mrozoodporność Nasiąkliwość Klasa ekspozycji wg PN-EN 206-1

Ciosy podłożyskowe C35/45 F150 Do 5% XC4+XD3+XF4

Konstrukcja podpór C35/45 F150 Do 5% XC4+XD3+XF4

Konstrukcja płyty pomostu: C35/45 F150 Do 5% XC4+XD3+XF4

Stal: Zbrojeniowa B500 SP (A-IIIN)

Konstrukcyjna S355K4

Strona 4 pkt.1 Wymagania dotyczące powiązania z innymi drogami publicznymi, z określeniem ich kategorii

W ramach niniejszej inwestycji przewiduje się budowę nowego mostu na potoku Starowiejskim.

Most drogowy w ciągu ulicy Lipowej jest to most jednoprzęsłowy, łukowy z jazdą dołem.

- Klasa obciążenia mostu B wg PN-85/S-10030
- Szerokość całkowita pomostu – 12,20m
- Szerokość jezdni i chodników  $1,50+8,00+1,50=11m$
- Konstrukcja łuku – skrzynia stalowa

- *Konstrukcja pomostu – ruszt stalowy z belek skrzynkowych zespolony z płytą żelbetową,*
- *Podwieszenie – cięgna prętowe klasy 520,*
- *Konstrukcja przyczółków i murów oporowych – żelbetowe quasi-skrzyniowe,*
- *Posadowienie – mikropale systemu Titan lub równoważne*

Oferta AW BAUTEX przewiduje wprowadzenie zasadniczych zmian w parametrach konstrukcyjnych obiektu mostowego. Zgodnie z pkt 3 oferty założenia przyjęte do przygotowania oferty znacząco odbiegają od wymagań Decyzji ZRiD Nr 2/2021 z dnia 25.05.2021r. Polegają na zmianie konstrukcji obiektu i doborze materiałów budowlanych, które spowodują zmiany w Projekcie Zagospodarowania Terenu. Poprzez wprowadzenie dodatkowego łuku oraz zmianę kształtu, wymiarów i posadowienie przyczółków wymagane będzie uzyskanie ponownego uzgodnienia z PGW Wody Polskie RZGW w Krakowie (zmiany wprowadzane na działce będącej własnością Wód Polskich). Ponadto nowy kształt i wymiary podpór wynikające z dołożenia dodatkowego łuku i zmianie usytuowania łuku już zaprojektowanego wymagają uzgodnień w Zespole Uzgodnień Dokumentacji Projektowej.

Odwołujący przedstawił porównanie parametrów konstrukcyjnych i założeń materiałowych wymaganych Decyzją ZRID z założeniami zaoferowanym w treści oferty przez wykonawcę AW BAUTEX. To porównanie zdaniem Odwołującego potwierdza naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AW BAUTEX, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ oferta wykonawcy AW BAUTEX nie zapewnia zachowania parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie (wymóg z pkt 10 Rozdziału II SWZ) oraz ponieważ Zamawiający nie dopuścił zmian powodujących zmiany Decyzji ZRID w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli, podczas gdy wykonawca AW BAUTEX złożył ofertę powodującą konieczność zmiany Decyzji ZRID w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania budowli.

Tak ewidentna w ocenie Odwołującego różnica pomiędzy projektem stanowiącym załącznik do SWZ, treścią Decyzji ZRIT a treścią oferty AW BAUTEX, wskazuje na konieczność odrzucenia oferty jako niezgodnej z dokumentacją postępowania.

Gdyby ten zarzut się nie potwierdził, to w Odwołujący wskazał, że po stronie Zamawiającego zaistnieć powinna istotna obawa przed możliwością realizacji przedmiotu zamówienia wg zaoferowanej przez AW BAUTEX koncepcji w kontekście treści dokumentacji postępowania. Dlatego Zamawiający powinien co najmniej powziąć wątpliwość co do zgodności treści oferty z dokumentacją postępowania, zatem dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty AW BAUTEX stanowi naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp

w związku z art. 16 ustawy Pzp w związku z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AW BAUTEX do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym ustalenia czy zaproponowane przez tego wykonawcę rozwiązania w złożonej ofercie nie powodują, że oferta ta jest niezgodna z dokumentacją postępowania w zakresie.

Zamawiający ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zweryfikowania powyższych informacji i oceny oferty tego wykonawcy, kierując się koniecznością przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz racjonalnego wydatkowania środków publicznych, zmierzających do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy dającemu rękojmię należytego wykonania inwestycji, który za wskazaną cenę ofertową będzie w stanie zrealizować inwestycję w sposób niezakłócony i zgodny z decyzją ZRID.

Konsekwencją uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 16 Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad. Uczciwemu porównaniu podlegają bowiem wyłącznie te oferty, które są zgodne ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego.

Wobec powyższego, oferta AW BAUTEX powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 Pzp.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, złożył ofertę w postępowaniu. Proces badania i oceny ofert przeprowadzony przez Zamawiającego i wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca „AW BAUTEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu (dalej jako „Przystępujący” lub „AW Bautex”). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Przystępujący w złożonym pisemnym stanowisku procesowym również wnosił o oddalenie odwołania.

Na rozprawie Strony i Uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że zgodnie z zapisami Rozdziału 2 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) w punkcie 10 określono, że *„Dopuszcza się odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie, nie powodujący zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli.”*

Przy składaniu oferty wariantowej, w formularzu ofertowym należało wskazać opis wykonania zamówienia przez opis sposobu wykonania elementów budowli oraz opis technologii wykonania elementów budowli.

W dniu 4 stycznia 2022 roku Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na zadane przez Wykonawców pytania:

Pytanie 3:

Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający w związku z koniecznością obniżenia kosztów realizacji inwestycji dopuści optymalizację rozwiązań projektowych, w szczególności wykonanie obiektu mostowego według projektu zamiennego zakładającego zastosowanie innego typu konstrukcji ustroju nośnego.

Odpowiedź:

Zgodnie z zapisem w Rozdziale 2 ust. 10 SWZ dopuszcza się odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie, nie powodujący zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli. Dodatkowo Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany w projekcie wykonawczym, pod warunkiem zatwierdzenia



zmian przez Inspektora nadzoru oraz opracowania przez Wykonawcę projektu zamiennego i objęcia tego projektu przez Wykonawcę nadzorem autorskim.

W dniu 12 stycznia 2022 roku Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

Pytanie 8:

Prosimy o odpowiedź w przypadku wystąpienia poniższej sytuacji: Wykonawca składa ofertę wariantową w niniejszym postępowaniu. Oferta dotyczy zmian technologii wykonania samego obiektu mostowego. Prosimy o odpowiedź czy w pozostałym zakresie przedmiotu zamówienia (w którym wykonawca nie zamierza dokonywać zmian) dokumentami wiążącymi w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia pozostają dokumenty stanowiące opis przedmiotu zamówienia (projekt budowlany, wykonawczy STWiORB)?

Odpowiedź:

Tak, w przypadku złożenia oferty wariantowej dla elementów zamówienia, dla których Wykonawca nie dokonuje zmian przedstawiając ofertę wariantową wiążące pozostają zapisy projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz STWiORB, w hierarchii określonej w pytaniu nr 7. Jednocześnie Zamawiający przypomina, że w ofercie wariantowej należy zachować parametry użytkowe obiektu określone w załączonym do SWZ projekcie, bez konieczności zmiany decyzji ZRID.

14 stycznia 2022 roku Zamawiający w następujący sposób odpowiedział na pytania Wykonawców:

Pytanie 13:

W związku z nieprecyzyjną odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 04.01.2022r. dotyczącą dopuszczenia odmiennego niż określonego przez Zamawiającego sposobu wykonania zamówienia wykonawca prosi o potwierdzenie, że Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę łuku stalowego na łuk żelbetowy.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje swoją odpowiedź, że zgodnie z zapisem w Rozdziale 2 ust. 10 SWZ dopuszcza się odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie, nie powodujący zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli.

Ponadto zgodnie z zapisem w Rozdziale 2 ust. 5 SWZ 5. Wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze sztuką budowlaną i obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności ustawą z dnia 07 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 1333). Prace muszą być wykonane zgodnie z warunkami technicznymi i wymogami oraz normami przy tego typu robotach. Wszystkie materiały wykorzystane do wykonania

przedmiotu zamówienia muszą być dopuszczone do stosowania zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Pytanie 14:

W związku z nieprecyzyjną odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 04.01.2022r. dotyczącą dopuszczenia odmiennego niż określonego przez Zamawiającego sposobu wykonania zamówienia wykonawca prosi o potwierdzenie, że Wykonawca może wprowadzić zmianę gatunku stali konstrukcyjnej .

Odpowiedź:

Patrz odpowiedź na pytanie 12 i pytanie 13.

Pytanie 27:

W związku z udzieloną odpowiedzią na pytanie nr 3 w dniu 04.01.2022r. Wykonawca zwraca się o doprecyzowanie odpowiedzi. Zamawiający z jednej strony dopuszcza odmienny sposób wykonania zamówienia przy zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w załączonym do SWZ projekcie nie powodującym zmiany decyzji ZRID a z drugiej strony nie wyraża zgody na zmianę sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli. Wskazujemy, iż udzielona odpowiedź wyklucza się wewnątrznie. Prosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający dopuszcza zmianę rozwiązań projektowych pod warunkiem, iż zmiany te będą nieistotne w świetle tzw. „specustawy drogowej”.

Odpowiedź:

Patrz odpowiedź na pytanie nr 13.

Z żadnych zapisów SWZ i udzielonych odpowiedzi nie wynika sprzeczność – Zamawiający dopuszcza odmienny sposób wykonania, ale taki który nie powoduje zmiany decyzji ZRID.

Powołany w postępowaniu biegły – Pan mgr inż. K. F. posiadający uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wyraził opinię, że złożona przez Przystępującego oferta wariantowa w zakresie wprowadzonych rozwiązań projektowych wariantowych nie wymaga zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID), zgodnie z art. 32a ustawy o ZRID i art. 36a Prawa budowlanego.

Przystępujący złożył ofertę wariantową, z opisem wykonania przedmiotu zamówienia przytoczonym w odwołaniu przez Odwołującego, nie zachodziła więc konieczność powtarzania treści tego opisu.

**Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.**

Nie było sporne między Stronami, że Zamawiający dopuścił zapisami SWZ odmienny sposób wykonania przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym zachowaniu parametrów użytkowych obiektu określonych w projekcie. Zmiany, które mogli wprowadzić wykonawcy nie mogły spowodować zmiany decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID). Zamawiający dopuścił zmiany sposobu wykonania w zakresie sposobu wykonania elementów budowli i/lub technologii wykonania elementów budowli, co również nie było kwestionowane. Bez wątpliwa także Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty graficznej wersji projektowanych zmian, wymagając jedynie opisu wersji wariantowej, który należało zamieścić na formularzu ofertowym.

Należało zatem odpowiedzieć na pytanie, czy zaproponowany wariantowy sposób wykonania przedstawiony w ofercie przez Przystępującego może spowodować zmiany w decyzji ZRID lub innych dokumentach odnoszących się do realizacji inwestycji.

Zgodnie z art. 32a ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t.j. Dz.U.2022.176) odstępianie od zatwierdzonego projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego, w zakresie objętym projektem zagospodarowania terenu w liniach rozgraniczających drogi, nie stanowi istotnego odstępiania, o którym mowa w art. 36a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, jeżeli nie wymaga uzyskania opinii, uzgodnień, pozwoleń i innych dokumentów, wymaganych przepisami szczególnymi.

Przystępujący w pisemnym stanowisku procesowym przytoczył treść art. 36a ustawy Prawo budowlane, określającego jakie zmiany uważa się za istotne odstępianie od projektu zagospodarowania terenu, czy też projektu budowlano-architektonicznego.

Odwołujący, posiłkując się opisem zamieszczonym w ofercie Przystępującego wywodził, że zmiana rozwiązania obiektu mostowego powoduje konieczność zmiany w projekcie zagospodarowania terenu, co wynika z faktu dołożenia dodatkowego łuku oraz planowanej zmiany kształtu i wymiarów przyczółków.

Izba w tym zakresie podziela stanowisko Przystępującego i Zamawiającego, że Odwołujący dokonał rozszerzającej wykładni opisu realizacji inwestycji zamieszczonego w ofercie AW Bautex, niezasadnie wywodząc z zamieszczonej treści oferty, że będziemy mieli do czynienia ze zmianami projektowymi warunkującymi konieczność zmiany decyzji ZRID, czy też konieczność dodatkowych uzgodnień z Wodami Polskimi w ramach wydanego pozwolenia wodnoprawnego.

Odwołujący złożył w poczet materiału dowodowego opinię sporządzoną przez mgr inż. T.P, biegłego sądowego w zakresie szacowania nieruchomości i budownictwa przy Sądzie Okręgowym w Krakowie. Już z początkowego fragmentu niniejszego opracowania wynika, że *„propozycja zmian w formie opisu bez projektu wstępnego, czy chociażby podstawowych rysunków projektowych jak rzut z góry, przekrój poprzeczny, przekrój podłużny w żaden sposób nie pozwalają na merytoryczną ocenę czy zmiany te mogą stanowić nieistotne odstępnie od zatwierdzonego projektu budowlanego”*. Skoro tak, to opinia powyższa i sformułowane w niej wnioski nie mogą być podstawą uwzględnienia zarzutów odwołania. Zamawiający w SWZ nie wymagał przedłożenia jakichkolwiek innych dokumentów, rysunków technicznych, poza opisem w formularzu ofertowym. Zatem na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie jest uprawniony do żądania takich elementów od wykonawców, którzy złożyli oferty wariantowe. Jeżeli Odwołujący uważał, że zapisy SWZ nie pozwolą na rzetelną ocenę ofert wariantowych, uprawniony był do złożenia w tym zakresie odwołania, z czego nie skorzystał. Obecnie, oceniając oferty Zamawiający może polegać jedynie na opisie z formularza.

Jeżeli sporządzający opinię na podstawie tylko samego opisu z oferty nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy wariant proponowany przez Przystępującego doprowadzi do wystąpienia istotnych odstępstw od projektu budowlanego, to poleganie na treści i wnioskach takiej opinii byłoby błędem samym w sobie. Opinia bowiem stanowi założenia i przypuszczenia osoby ją sporządzającej, a nie odzwierciedla rzeczywistych założeń projektowych przyjętych przez Przystępującego. Opiniujący wielokrotnie używa sformułowania *„prawdopodobnie”*, co oznacza, że polega na przypuszczeniach własnych, a nie danych ujętych w ofercie Przystępującego. Dalej w opinii czytamy, że *„należy przyjąć, że na terenie działki należącej do Wód Polskich pojawią się dodatkowe elementy między innymi w postaci węzłowi łuków żelbetonowych (...). Zmiany te wymagają co najmniej zmian w Operacie Wodnoprawnym a tym samym uzgodnień z Państwowym Gospodarstwem Wodnym Wody Polskie”*. Ponownie sporządzający opinię przyjmuje, że wystąpią jakieś założenia, ale nie odnosi tych elementów wprost do treści oferty Przystępującego. Okoliczność, że sposób wykonania obiektu będzie powodował konieczność zmiany pozwolenia wodnoprawnego lub też dodatkowych uzgodnień z Wodami Polskimi jest również tylko przypuszczeniem samego Odwołującego i osoby sporządzającej opinię. Odwołujący na rozprawie dywagował, że być może dojdzie do zmiany zagospodarowania terenu na jednej z działek wodnych, ale są to tylko przypuszczenia, a nie fakty. Izba podziela w tej części uzasadnienia stanowisko przedstawione w piśmie procesowym przez Przystępującego na stronie 6 i 7 pisma.

Słusznie również zauważył Przystępujący, że tak odwołanie, jak i omawiana opinia T.P. odnosi się do części parametrów użytkowych obiektu mostowego, wskazując, że nie zostały one w ofercie określone. Powód braku tych elementów w ofercie dla Izby jest oczywisty, bowiem jak podkreślił sam Odwołujący w odwołaniu, niedopuszczalna była zmiana parametrów użytkowych obiektu. Tym samym, jeżeli nie zmieniała się długość całkowita obiektu, jego szerokość, profile, usytuowanie, ilość przęseł, kąty, klasa obciążeniowa oraz sposób użytkowania, to Przystępujący nie miał obowiązku powtarzania tych danych. Wykonawca AW Bautex słusznie skupił się na elementach, które zamierza wykonać w wybranym wariantcie.

Poddając analizie w odniesieniu do zasadności zarzutów odwołania drugą z przedstawionych przez Odwołującego opinii, sporządzoną przez mgr inż. T.B, posiadającego uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej, to dostrzeżenia wymaga, że Opiniujący „zamodelował” opis umieszczony w ofercie do samodzielnie sporządzonych rysunków technicznych, będących częścią opinii. Zdaniem Izby na rysunkach przedstawiona jest własna koncepcja Opiniującego, którą po części tylko wywodzi się z opisu zamieszczonego w ofercie Przystępującego, jak bowiem zauważono opis z oferty nie zawiera pełnych założeń projektowych. Nie jest wykluczone, że projekt, który sporządzi Przystępujący będzie obrazował zupełnie inaczej podstawowo opisane założenia i przedstawiał inny „wygląd” obiektu mostowego. W ocenie Izby dołączone do opinii rysunku przedstawiają indywidualną koncepcję Opiniującego, w jaki sposób On wyobraża sobie ów obiekt. Poza tym inne elementy opinii, przykładowo nawiązania do Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej dotyczące usytuowania chodników na obiekcie, znacząco wykraczają poza zarzuty odwołania. Gdyby dopuścić taki sposób budowania zarzutów i argumentacji, to Odwołujący do końca rozprawy mógłby wskazywać przepisy, z którymi jego zdaniem oferta Przystępującego jest niezgodna. Tymczasem momentem, z którym kończy się możliwość formułowania zastrzeżeń do ofert złożonych w postępowaniu jest wniesienie środków ochrony prawnej i ten moment decyduje o zakresie zaskarżenia, stwarzając przeciwnikowi sporu możliwość przedstawienia kontrargumentów.

Odnosząc się do zarzutów związanych z porównaniem parametrów konstrukcyjnych i założeń materiałowych w projekcie podstawowym i wariantowym oraz zakazem zmiany tych elementów, to zauważyć należy, iż Zamawiający dopuścił odmienny sposób wykonania, byleby nie powodował on konieczności zmiany decyzji ZRID. Zmianę przewidziano tak w podstawowych zapisach SWZ, jak również potwierdzono ją w odpowiedziach na pytania. Zmiana założeń była dopuszczalna co do sposobu wykonania elementów budowli i/lub

technologii wykonania elementów budowli. Wprost na powyższe wskazuje treść załącznika nr 4, gdzie wykonawcy składający ofertę wariantową mieli właśnie opisać i przedstawić sposób wykonania i technologię wykonania. Zamawiający potwierdził takie rozumienie zapisów SWZ odpowiadając na pytania nr 13 i 27 w dniu 14 stycznia 2022 roku. Interpretując odmiennie zapisy SWZ i udzielone odpowiedzi, dopuszczenie ofert wariantowych byłoby pozbawione sensu, na co także zwracali uwagę wykonawcy w pytaniach do Zamawiającego. Jeżeli uznać, że niedopuszczalna byłaby zmiana technologii i sposobu wykonania, to możliwość złożenia oferty wariantowej traktować należałoby w kategorii fikcji. Ograniczeniem wprowadzonym przez Zamawiającego była niezmiennosc warunków określonych w decyzji ZRID.

Reasumując, przedstawiona przez Odwołującego argumentacja i złożony materiał dowodowy nie prowadziły do uznania zasadności zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut ewentualny naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Jak już podkreślono w niniejszym orzeczeniu, oferta Przystępującego zawierała elementy wymagane zapisami SWZ. Zamawiający dokonując oceny zgodności treści tej oferty z założeniami projektowymi bazował na opisie zamieszczonym przez Przystępującego. Zdaniem Izby opis ten był wystarczający do potwierdzenia prawidłowości oferty w zakresie przyjętych rozwiązań wariantowych. Jeżeli po stronie Zamawiającego nie wystąpiły wątpliwości związane z treścią oferty Przystępującego, nie było jego obowiązkiem wezwanie takiego wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Jak podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie *„Oferta AW Bautex była jednoznaczna, zgodna z warunkami SWZ i nadawała się do oceny na podstawie jej treści”*.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy. Izba uważa, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

**Przewodniczący:**

.....