

Sygn. akt: KIO 306/22

**WYROK**  
z dnia 24 lutego 2022 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Ryszard Tetzlaff</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Emil Kawa</b> <b>Maksym Smorczewski</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Adam Skowroński</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lutego 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 lutego 2022 r.** przez wykonawców: **Konsorcjum Firm: 1) Rubau Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) Poltores Sp. z o.o., ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) KOBYLARNIA S.A. (Lider Konsorcjum), 2) MIRBUD S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Kobyłarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) NDI S.A. (Lider), 2) NDI SOPOT S.A. (Partner), ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, 3) „SP” Sine Midas Stroy” Sp. z o.o. (Partner), ul. Burabay nr 1393/30, Aktobe 090000, Kazachstan działająca przez „SP” Sine Midas Stroy” Sp. z o.o., Oddział w Polsce, ul. Cybernetyki 193, 02-677 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum Firm: 1) Rubau Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) Poltores Sp. z o.o., ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Rubau Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) Poltores Sp. z o.o., ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Rubau Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) Poltores Sp. z o.o., ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa** na rzecz **Skarbu Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej SIO Bydgoszcz-Toruń, odcinek 4 od węzła Toruń Zachód do węzła Toruń Południe, numer referencyjny: GDDKiA.O.BY.D-3.2410.4.2021.5, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.07.2021 r. pod nr 2021/S 134-355307 przez Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Bydgoszczy ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.), zwana dalej: „NPzp” albo „ustawy Pzp” albo „p.z.p”.

W dniu 28.01.2022 r. (za pośrednictwem <https://gddkia.eb2b.com.pl/>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Firm: 1) NDI S.A. (Lider), 2) NDI SOPOT S.A. (Partner), ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, 3) „SP” Sine Midas Stroy” Sp. z o.o. (Partner) ul. Burabay nr 1393/30, Aktobe 090000, Kazachstan działająca przez „SP” Sine Midas Stroy” Sp. z o.o., Oddział w Polsce ul. Cybernetyki 193, 02-677 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot zwane dalej: „Konsorcjum NDI” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Druga pozycje w rankingu zajęło Konsorcjum Firm: 1) Rubau Polska Sp. z o.o. (Lider), 2) Poltores Sp. z o.o. ul. Trojańska 7 02261 Warszawa: z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Trojańska 7, 02-261 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Rubau Polska” albo „Odwołującym”. Szóstą pozycje w rankingu zajęło Konsorcjum Firm: 1) KOBYLARNIA S.A. (Lider Konsorcjum), 2) MIRBUD S.A. (Partner Konsorcjum), ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Kobyłarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza zwane dalej: „Konsorcjum KOBYLARNIA” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego”.

Dnia 07.02.2022 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) odwołanie względem czynności z 28.01.2022 r. złożyli wykonawcy: Konsorcjum Rubau Polska. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem).

Zarzucił naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania w sytuacji, w której Konsorcjum NDI w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu;
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania w sytuacji, w której Konsorcjum NDI w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum NDI do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ, w sytuacji, w której wykonawca ten nie potwierdził spełnianie przedmiotowego warunku;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum NDI z postępowania w sytuacji, w której Konsorcjum NDI w wyjaśnieniach z 10.12.2021 r. oświadczyło zamierza wykonać zamówienie w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Warunkach Kontraktu oraz określonymi w Załączniku 4 (Dokumentacja geologiczno-inżynierska dla określenia warunków geologiczno-inżynierskich w podłożu projektowanej drogi ekspresowej S-10 na odcinku Bydgoszcz-Toruń pow.: toruński, bydgoski, miasto Toruń i miasto Bydgoszcz, woj. kujawsko-pomorskie) oraz Załączniku 18 (Warunki wykonania i odbioru robót budowlanych) do PFU.

W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnosimy o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 28.01.2022 r.;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, a w konsekwencji uznanie złożonej przez Konsorcjum NDI oferty jako podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp;
- 4) wezwanie Konsorcjum NDI do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że Konsorcjum NDI spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ;
- 5) odrzucenie oferty Konsorcjum NDI na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Wniosek o zasądzenie kosztów: Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa

procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, jakim powinni legitymować się wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia: *"Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:*

*a) jednego zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 165 mln PLN netto".*

W uwagach do opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, że: *„Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie Świadectwa Przejęcia (wydawanego 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.*

*Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć według średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadectwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub na dzień podpisania końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)."*

W pkt. 9.2 ust. 8 i 10 SWZ Zamawiający określił, że będzie wykluczał z postępowania wykonawców na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp w przypadkach spełnienia się przesłanek przewidzianych w tych przepisach. W postępowaniu oferty złożyło 7 (siedmiu) wykonawców, w tym Konsorcjum NDI oraz Odwołujący. W tym miejscu odwołania znajduje się informacja z zestawieniem punktowym ofert/.

Zamawiający w dniu 21.11.2021 r. po raz pierwszy wezwał Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Zamawiający zwrócił się o udzielenie odpowiedzi na pytanie *"Czy Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił terminy niezbędne do uzgodnień dokumentacji i uzyskania warunków technicznych oraz pozwoleń? Jeśli tak to prosimy o podanie tych terminów?"* (pytanie nr 41). Konsorcjum NDI odpowiedziało, że: *„Wykonawca wyjaśnia, że w swojej ofercie uwzględnił lei miny niezbędne do uzgodnień dokumentacji i uzyskania warunków technicznych oraz pozwoleń wnikaące z terminów administracyjnych."*

Zamawiający w dniu 26.11.2021 r. ponownie skierował do Konsorcjum NDI w trybie art. 223 ust. 1 Pzp żądanie do złożenia wyjaśnień w zakresie "weryfikacji zgodności treści

oferty z warunkami zamówienia". Wezwanie miało na celu uzyskanie odpowiedzi doprecyzowujących wcześniej złożone przez Konsorcjum NDI wyjaśnienia. Wykonawca w dniu 10.12.2021 r. udzielił odpowiedzi na zadane pytania.

Zakres żądania Zamawiającego obejmował wniosek o doprecyzowanie odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 41: *"na jakiej podstawie Wykonawca założył 90 dni na uzyskanie Decyzji ZRID? Powyższe założenie jest niezgodne z obowiązującymi przepisami, biorąc pod uwagę m.in. obowiązek uzyskania postanowienia RDOŚ w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko?"*

Konsorcjum NDI udzieliło odpowiedzi, w której wskazało, że: *"na gruncie obowiązujących przepisów termin wydania decyzji ZRID wynosi 90 dni od złożenia wniosku (art. 11 a ust. 3 oraz art. 11 h ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych). Zgodnie z art. 11h ust. 3 w/w ustawy do terminu 90 dni nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Rzeczywisty termin uzyskania decyzji może być zatem dłuższy. Jednocześnie Wykonawca nadmienia, że uzyskanie postanowienia RDOŚ w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko uzyskuje się przed złożeniem wniosku o wydanie decyzji ZRID 00r. Art. 11a ust.4 w/w ustawy."*

Dodatkowo, Zamawiający zwrócił się także o wyjaśnienie czy *"Wykonawca uwzględnił opisane w załączniku nr 18 do PFU wymagania dotyczące warunków wykonania i odbioru robót budowlanych (m.in. wzmocnienie podłoża gruntowego, wykonanie nasypów i zasypek obiektów, wykonanie warstw nawierzchni, obiektów inżynierskich, itp.) oraz związane z tym koszty? (...) Czy Wykonawca w swojej ofercie skalkulował potrzebę wzmocnienia bądź ulepszenia gruntów celem spełnienia wymaganych parametrów?"*

Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wskazał także, że: *"Budowa nasypu wg założeń Wykonawcy będzie odbywać się z materiału wykopowego G1 bez konieczności dowozu. Rozpoznanie podłoża na etapie dokumentowania geologiczno- inżynierskiego jest rozpoznaniem punktowym, dającym pewien obraz podłoża pod projektowaną drogę. Na tym etapie nie ma 100% pewności dotyczącej parametrów przydatności i grupy nośności G1. Na projektowanym przebiegu trasy SIO mamy do czynienia m.in. z piaskami równoziarnistymi wymagającymi dodatkowych zabiegów umożliwiających uzyskanie właściwych parametrów projektowych. Czy Wykonawca w swojej ofercie przewiduje możliwość wystąpienia gruntów należących do grupy nośności innej niż G1 i konsekwencje z tym związane?"*

Konsorcjum NDI udzieliło następującej odpowiedzi:

*"Wykonawca wyjaśnia, że uwzględnił opisane w załączniku nr 18 do PFU wymagania dotyczące warunków wykonania i odbioru robót budowlanych (min. wzmocnienie podłoża gruntowego, wykonanie nasypów i zasypek obiektów, wykonanie warstw nawierzchni, obiektów inżynierskich, itp.) oraz związane z tym koszty. (...) potwierdza, że uwzględnił koszt w postaci ryzyka konieczności wzmocnienia/ulepszenia gruntów w celu spełnienia wymagań zawartych w Kontrakcie w zakresie możliwym do oszacowania na podstawie przedłożonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu Zamówienia (PFU).*

*Wykonawca potwierdza, że bazując na zapisach PFU oraz przyjętej niwelecie przyjął podłoże gruntowe jako grupa nośności G1. Wykonawca zwraca uwagę, że podłoże gruntowe z uwagi na charakter pracy należy rozpatrywać jako układ powierzchniowy i punktowa odmienność warunków wymaga każdorazowo analizy w stosunku do danego odcinka z uwzględnieniem lokalnych warunków gruntowo-wodnych oraz zakresu i typu przeprowadzonych badań. Zmiana konstrukcji nawierzchni powinna być następstwem rzetelnej analizy danego odcinka robót, a nie tylko punktowych anomalii.*

*Wykonawca potwierdza, że dokonał należytej analizy przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji warunków gruntowo-wodnych (zał.4 PFU) i na tej podstawie skalkulował ofertę przyjmując możliwe do oszacowania na tym etapie ryzyka wynikające z przedstawionych w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji. Wykonawca zwraca uwagę, że w ślad za przywołanym przez Zamawiającego katalogiem (KTKN PiP), w przypadku wystąpienia gorszej od zakładanej grupy nośności, korekcie ulegają jedynie dolne warstwy konstrukcyjne (tablica 8.2) i nie występuje konieczność przeprojektowywania całości konstrukcji nawierzchni.*

*Wykonawca zwraca uwagę, że przedłożony do wyjaśnień bilans mas ziemnych zakłada nadwyżkę wykopów nad nasypami. Zabieg ten został zastosowany w celu ograniczenia możliwości wystąpienia gruntów innych niż G1. Nadwyżka materiału wykopowego pozwala w skrajnym wypadku na wyselekcjonowanie materiałów o obniżonej przydatności lub koniecznych do ulepszenia, a następnie wbudowanie w sposób nie wpływający negatywnie na przyjęte w założeniach grupy nośności podłoża gruntowego (np. dolne warstwy nasypu)."*

Następnie, oferta Konsorcjum NDI została najwyżej oceniona w ramach kryteriów oceny ofert, wobec czego Zamawiający w dniu 21.12.2021 r. wezwał Konsorcjum NDI do złożenia w trybie art. 126 ust. 1 Pzp podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia określonych w SWZ.

Konsorcjum NDI w dniu 03.01.2022 r. przekazało Zamawiającemu pismo przewodnie wraz z kompletem żądanych dokumentów, w tym m.in. Wykaz zrealizowanych robót na



potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ.

Konsorcjum NDI w pozycji nr 1 Wykazu robót wskazało, że partner konsorcjum - „SP” Sine Midas Stroy” LLP (dalej jako: "Sine Midas") brał udział w realizacji inwestycji pn. Przebudowa (budowa) Odcinka drogi w km: 259.3- 304.4 w ramach realizacji zadania pn. „Wschód-Zachód Projekt Drogowy: Zachodnia Europa - Zachodnie Chiny Międzynarodowy Korytarz Transportowy (CAREC Ib/ Przebudowa (budowa) drogi „Almaty-Kokpek-Chunja-Koktal-Khorgos”/"Almaty-Khorgos od km 0 do km 304.4" realizowanego na podstawie Umowy generalnego wykonawstwa z dnia 30.07.2013 r. na odcinek 259.3 km 304.4 km: (Umowa EWRP 259.3-304.4-ICB(W)-001/2013) (dalej jako: "Projekt Almaty- Khorgos"). Inwestycja była realizowana w ramach umowy podwykonawczej na rzecz jednego z członków konsorcjum generalnego wykonawcy - Todini Construzioni Generali S.p.A. (dalej jako: "Todini").

W Wykazie robót zostało także wskazane, że Sine Midas wykonało roboty o określonej wartości, które zostały zakończone w dacie:

Cechy zadania:

Zadanie polegało na budowie/przebudowie* drogi/HliEY* o klasie GP, o wartości robót wynoszącej 207 559 795,72 PLN netto.
--

W ramach zadania wykonano: (...)

Data wystawienia Świadcstwa Przejęcia (wydanego zgodnie z Subklauzulą 10.1 dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub data podpisania końcowego Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia)

30.11.2016 r.
---------------

Do Wykazu robót została dołączona referencja wydana przez Todini, w której wskazano, że: (i) Sine Midas w ramach umowy podwykonawczej nr 2 z 03.12.2013 r. (dalej jako: "Umowa Podwykonawcza") wykonał zadanie pn. Wschód-Zachód Projekt Drogowy: Zachodnia Europa - Zachodnie Chiny Międzynarodowy Korytarz Transportowy (CAREC Ib) / Przebudowa (budowa) drogi "Almaty-Kokpek-Chunja-Koktal-Khorgos"/ "Almaty- Khorgos od km 0 do km 304.4; (ii) data ukończenia wszystkich Robót to 15 maja 2019 r.; (iii) ostateczna wartość Umowy Podwykonawczej to 19.186.315,13 USD oraz 14.911.285,96 EURO oraz 8.697.156.648,54 KZT (Tenge kazachski). Łącznie równe kwocie 52.376.300,29 EURO.

Zamawiający w dniu 28.01.2022 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum NDI jako oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego została podjęta z naruszeniem szeregu przepisów ustawy Pzp. Po pierwsze, Odwołujący wskazuje, że

Konsorcjum NDI przedstawiło informacje nieprawdziwe w zakresie wartości robót wykonanych w ramach Projektu Almaty-Khorgos, czym wprowadziło Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Po drugie, zaoferowany przez Konsorcjum NDI sposób wykonania zamówienia jest sprzeczny z założeniami projektowymi i uniemożliwia prawidłową realizację zamówienia. Udzielone przez Konsorcjum NDI odpowiedzi z 10.12.2021 r. nie pozostawiają wątpliwości, że wykonawca ten nie dokonał wystarczającej weryfikacji zarówno wymagań Zamawiającego opisanych w PFU, jak i charakterystyki terenu, na którym będą wykonywane roboty budowlane.

*A. Ad zarzut nr 1 oraz zarzut nr 2 Odwołania - wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ*

Konsorcjum NDI - w wyniku zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, niedbalstwa lub lekkomyślności - wprowadziło Zamawiającego w błąd, w zakresie w jakim oświadczyło, że wartość robót budowlanych zrealizowanych przez Sine Midas w ramach Projektu Almaty-Khorgos wynosiła 207.559.795,72 PLN netto, a zatem, że Konsorcjum NDI spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a SWZ, tj. wykonało zadanie o wartości robót co najmniej 165 mln PLN netto. Słowem wstępu wskazać należy, że generalnym wykonawcą Projektu Almaty było konsorcjum firm Todini-Impregilo-KazakhDorStro (dalej jako: "Konsorcjum Todini"). Konsorcjum realizowało zamówienie na rzecz Komitetu Dróg Samochodowych Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju Republiki Kazachstanu (ang. Committee for Roads of the Ministry of Industry and Infrastructure Development of the Republic of Kazakhstan, dalej jako: "Inwestor Kazachstan") na podstawie umowy o nr EWRP 259.3-304.4-ICB(W)- 001/2013 zawartej w dniu 30.07.2013 r. (dalej jako: "Umowa Główna"). Przedmiotem umowy głównej było wykonanie dokumentacji projektowej, robót budowlanych oraz świadczenie nadzoru autorskiego na przedmiotowym odcinku drogi. Wartość robót budowlanych finalnie wykonanych odebranych przez inwestora od generalnego wykonawcy została określona w protokole odbioru z listopada 2017 r.: *"Wartość zgodnie z zatwierdzonym Kontaktem: łącznie 15,670,120,000.00 KZT, w tym za prace budowlano-montażowe 14,950.613.000.00 KZT"*.

Powyższa kwota stanowi - w przeliczeniu na polski złoty (PLN) po kursie z dnia podpisania protokołu odbioru w dniu 30 listopada 2017 r. i po odjęciu podatku VAT (12%) -

142.684.912.82	PLN	netto
----------------	-----	-------

(Źródło: <https://www.nbp.pl/home.aspx?navid=archb&c=/ascx/tabarch.ascx&n=b048zl71129>: 14,950,613,000.00 \*  
0.010689 = 159,807,102.36 zł brutto; 159,807,102.36 zł - 12%VAT z 159,807,102.36 =

142,684,912.82 zł netto). Podkreślenia przy tym wymaga fakt, przedmiotowa wartość robót dotyczy robót za których wykonanie na rzecz Inwestora Kazachstan odpowiedzialne było Konsorcjum Todini, a nie wyłącznie Sine Midas, a przy tym jest niższa niż minimalna wartość określona w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a SWZ (165 mln PLN netto). Istotnym jest także fakty, że to nie wartość robót zrealizowanych na podstawie Umowy Głównej, której Sine Midas nie był stroną, powinna stanowić przedmiot badania i oceny w kontekście warunku udziału w postępowaniu, ale wartość robót zrealizowanych i przekazanych do odbioru przez podwykonawcę na podstawie Umowy Podwykonawczej.

Przyjęcie innego założenia prowadziłoby do sytuacji, w której podwykonawca jedynie części zamówienia mógłby sobie przypisać wykonanie robót budowlanych, na których wartość składałyby się również prace innych podmiotów, w tym także generalnego wykonawcy. W świetle powyższego w sprawie kluczowym jest określenie wartości robót zrealizowanych przez Sine Midas (które zostały sprzedane generalnemu wykonawcy - Konsorcjum Todini). Zgodnie z Umową Podwykonawczą (vide pkt 2.1) wysokość wynagrodzenia Sine Midas została określona na kwotę 6.066.735.984 KZT brutto, co daje kwotę 74.165.847.40 PLN brutto oraz netto 66.219.506.61 PLN (podatek VAT - 12%) (Według kursu z dnia wystawienia Świadczenia Przejęcia (30.11.2016 r.) - źródło: [https://www.nbp.pl/home.aspx?navid-archb&c-/ascx/ta\\_barch.ascx&n-b048zl61130](https://www.nbp.pl/home.aspx?navid-archb&c-/ascx/ta_barch.ascx&n-b048zl61130)  $6,066,735,984.00 * 0.012225 = 74,165,847.40$  zł brutto;  $74,165,847.40 - 12\% \text{ VAT z } 74,165,847.40 = 66,219,506.61$ ) /W tym miejscu odwołania stosowny fragment w j. angielskim/.

Powyższe potwierdza również dokument rozliczenia robót wykonanych w ramach Umowy Podwykonawczej, który został sporządzony w dniu 13.12.2016 r. i zawierał zestawienie wartości robót wykonanych przez Sine Midas na dzień przejęcia robót z dnia 30 listopada 2016 r. Z dokumentu wynika, że ostateczna wartość odebranych prac uległa nieznacznemu zwiększeniu i finalnie wynosiła 7.154.806.146,75 KZT brutto / 6.388.219.773,89 KZT netto, co daje kwotę 78.095.988.20 PLN netto. /W tym miejscu odwołania stosowny fragment w j. angielskim i rosyjskim/.

Mając na względzie powyższe okoliczności, nie sposób uznać, że wskazana przez Konsorcjum NDI w Wykazie robót informacja na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ, tj. Projekt Almaty-Khorgos którego rzekoma wartość wynosiła 207.559.795,72 PLN netto, test informacją prawdziwa, w sytuacji gdy z oficjalnych dokumentów dotyczących tego projektu infrastrukturalnego wynika, że wartość wynagrodzenia uzyskanego przez Sine Midas w ramach Umowy Podwykonawczej (a więc wartość robót wykonanych przez Sine Midas, wynosiła 78.095.988,20 PLN netto. W ocenie Odwołującego Konsorcjum NDI działało z przynajmniej z zamiarem wprowadzenia

Zamawiającego w błąd, nie dokonując weryfikacji podnoszonych przez Odwołującego okoliczności, na etapie przygotowania oferty, ponieważ przedłożone przez Odwołującego dokumenty zostały pozyskane ze stron internetowych Inwestora Kazachstan.

Wskazać ponadto należy, że referencja wskazuje na "wartość umowy podwykonawczej", a nie wartość robót budowlanych zrealizowanych przez Sine Midas, które zostały przez generalnego wykonawcę odebrane w dniu 30.11.2016 r. i taka wartość należy przyjąć za relewantną dla oceny spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ. Istotnym jest także fakt, iż z referencji wynika, że Umowa Podwykonawcza wygasła dopiero w 2019 r. - tj. 3 lata po wykonaniu zadania, na które Konsorcjum NDI powołało się w Wykazie robót. W świetle powyższego profesjonalny i rzetelny wykonawca winien dojść do przekonania, że określona przez wystawcę referencji wartość odnosi się również do prac, które wychodzą poza jego zakres i dotyczy prac niezwiązanych z wykonaniem projektu referencyjnego.

Powyższe należy odnieść również do brzmienia warunku udziału w postępowaniu, który wprost wskazuje, że zadanie polega na wykonaniu (zakończeniu) robót budowlanych stwierdzonych wydaniem Świadectwa Przejęcia / protokołu odbioru robót / innego równoważnego dokumentu. Wszystkie prace zatem wykonane po tej dacie, nawet jeśli pośrednio lub bezpośrednio, są skorelowane lub związane z tym zadaniem nie zwiększają jego zakresu i wartości. Brak jest możliwości przyjęcia innego stanowiska z uwagi na określony przez Zamawiającego moment graniczny stanowiący kierunek ustalenia wartości robót wyrażonej w walucie obcej. Zamawiający wskazuje, że dzień wydania Świadectwa Przejęcia / protokołu odbioru robót / równoważnego dokumentu i ogłoszony przez NBP obowiązującym w tym dniu kurs danej waluty powinny stanowić postawę dla dokonania stosownych obliczeń dla określenia wartości odebranych robót. Wartość robót czy prac, które nie zostały na ten dzień zrealizowane, nie może zostać doliczona do wartości prac, które były przedmiotem przejęcia (gdyż w tej dacie nie istnieją lub nie zostały ukończone). Zatem Konsorcjum NDI, które w Wykazie robót (i) wskazało jako datę wydania Świadectwa Przejęcia dzień 30.11.2016 r. i jednocześnie oświadczyło, że (ii) wartość odebranych w tym dniu robót wynosiła 207.559.795,72 PLN netto wprowadziło Zamawiającego w błąd, w celu wykazania projektu referencyjnego w którym wartość robót to co najmniej 165 mln PLN netto.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp: *"Z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych"*. Z kolei

pkt 10 przywołanej powyżej regulacji nakazuje wykluczyć z przetargu wykonawcę *"który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia."*

Podsumowując powyższe - dla wykazania istnienia wyżej wskazanych przesłanek wykluczenia niezbędnym jest wykazanie, że:

- a. Wykonawca w wyniku zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- b. Wprowadzenie w błąd miało - lub mogło mieć - wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W niniejszym stanie faktycznym spełnione zostały obie z wyżej przywołanych przesłanek. Odnosząc się do pierwszej z nich - nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że działanie Konsorcjum NDI, które w żaden sposób nie dokonało weryfikacji czy wskazywane przez jednego z członków konsorcjum doświadczenie faktycznie potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ. Takie działanie wykonawcy powinno zostać zakwalifikowane co najmniej jako niedbalstwo.

Powoływane przez Odwołującego jako uzasadnienie zarzutów Odwołania informacje oraz dowody są publicznie dostępne na stronach internetowych Inwestora Kazachstan, a możliwość zapoznania się z nimi nie jest nawet obwarowana koniecznością kierowania do instytucji publicznych zapytań o zakres realizowanych przez Sine Midas prac etc. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że przedmiotowa inwestycja jest doświadczeniem własnym partnera konsorcjum, zatem Konsorcjum NDI nie może powoływać się na okoliczność braku możliwości pozyskania szczegółowych danych od podmiotów zewnętrznych i wynikającej z tego powodu niewiedzy jako przesłanki wyłączającej zastosowanie wyżej przywołanych przepisów Pzp. Sine Midas dysponowało i dysponuje dalej wszystkimi dokumentami, które zostały dołączone do Odwołania zatem, w ocenie Odwołującego, podmiot ten posiadał wiedzę na temat wartości wykonywanych prac, która w ostateczności została znacznie zawyżona w Wykazie robót z przyczyn znanych wyłącznie Konsorcjum NDI. Wskazał na orzecznictwie KIO o sygn. akt: KIO 1397/20, czy też KIO 904/20. W sprawie niewątpliwie doszło również do zmaterializowania się drugiej z przesłanek, albowiem przedstawienia przez Konsorcjum NDI w Wykazie robót nieprawdziwej informacji było podstawą dla uznania, że spełnia ono wszystkie warunki udziału w postępowaniu a jego oferta może zostać uznana jako oferta najkorzystniejsza. W świetle powyższego działanie Konsorcjum NDI miało bezpośredni wpływ na przyjęte przez Zamawiającego rozstrzygnięcie postępowania. Z tych względów nie powinno budzić wątpliwości, że Odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania

wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania zasługuje na uwzględnienie i wydaje się być "książkowym" przykładem sytuacji wprowadzenia zamawiającego publicznego w błąd.

*B. Ad zarzut nr 3 Odwołania - zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do uzupełnienia Wykazu robót w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a SWZ*

Odwołujący wskazuje, że - bez względu na podzielenie przez Izbę argumentów wskazanych powyżej w treści uzasadnienia Odwołania co do wprowadzenia przez Konsorcjum NDI Zamawiającego w błąd - Projekt Almaty-Khorgos nie spełnia wymagań określonych w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a SWZ, albowiem wartość robót wykonanych przez Sine Midas była w rzeczywistości niższa niż wymagane 165 mln PLN netto. W świetle powyższego Konsorcjum NDI nie potwierdziło, że spełnia przedmiotowy warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W konsekwencji Zamawiający winien zostać zobowiązany do wezwania Konsorcjum NDI w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a w sytuacji braku dokonania takiego uzupełnienia - do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

*C. Ad zarzut nr 4 odwołania - zaniechanie odrzucenia niezgodnej z warunkami zamówienia oferty Konsorcjum NDI*

Odwołujący wskazał, że udzielone przez Konsorcjum NDI w dniu 10.12.2021 r. odpowiedzi na pytania Zamawiającego potwierdzają, że oferowany przez Konsorcjum NDI sposób wykonania zamówienia nie odpowiada określonym w dokumentacji przetargowej warunkom zamówienia, wymaganiami Zamawiającego określonymi w Załączniku 4 (Dokumentacja geologiczno-inżynierska dla określenia warunków geologiczno- inżynierskich w podłożu projektowanej drogi ekspresowej S-10 na odcinku Bydgoszcz- Toruń pow.: toruński, bydgoski, miasto Toruń i miasto Bydgoszcz, woj. kujawsko- pomorskie) oraz Załączniku 18 (Warunki wykonania i odbioru robót budowlanych) do PFU.

*Zakładany przez Konsorcjum NDI termin na uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID)*

Jak wynika z przedstawionego powyżej stanu faktycznego, Konsorcjum NDI przyjęło, że "na gruncie obowiązujących przepisów termin wydania decyzji ZRID wynosi 90 dni od złożenia wniosku (art. 11 a ust. 3 oraz art. 11 h ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych). Zgodnie z art. 11h ust. 3 w/w ustawy do terminu 90 dni nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Rzeczywisty termin uzyskania decyzji może być zatem

*dłuższy. Jednocześnie Wykonawca nadmienia, że uzyskanie postanowienia RDOŚ w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko uzyskują się przed złożeniem wniosku o wydanie decyzji ZRID por. Art. 11 a ust. 4 w/w ustawy."*

Odwołujący potwierdza, że ustawowy termin na wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (decyzji o ZRID) wynosi 90 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie. Do wyżej wskazanego 90-dniowego terminu - jak słusznie wskazało Konsorcjum NDI w swoich wyjaśnieniach - nie wlicza się terminów przewidzianych do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku tzw. ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, którą z reguły przeprowadza się w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji o ZRID. Organ prowadzący postępowanie w sprawie wydania decyzji o ZRID (np. wojewoda) ma obowiązek wydania postanowienia o zawieszeniu postępowania do czasu przedłożenia przez wnioskodawcę raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko (art. 88 ust. 4 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U.2021.2373 t. j., dalej jako: "u.o.o.ś."). Zawieszenie postępowania skutkuje wstrzymaniem biegu terminu na wydanie decyzji o ZRID. Po otrzymaniu raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, zgodnie z art. 89 ust. 1 u.o.o.ś.), organ właściwy do wydania decyzji o ZRID występuje do właściwego regionalnego dyrektora ochrony środowiska albo Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z wnioskiem o uzgodnienie warunków realizacji przedsięwzięcia. Ustawowy termin na wydanie takiego postanowienia wynosi 45 dni od dnia otrzymania dokumentów od organu. Zatem 45-dniowego terminu na wydanie przez RDOŚ postanowienia o uzgodnieniu nie wlicza się do 90-dniowego terminu na wydanie decyzji o ZRID przez właściwy organ. W konsekwencji, wydanie decyzji o ZRID winno nastąpić - co do zasady - w ciągu 135 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie. Okres ten obejmuje czas RDOŚ na wydanie postanowienia o uzgodnieniu, w wymiarze 45 dni oraz czas na wydanie ZRID, tj. 90 dni.

Zgodnie z Programem Funkcjonalno - Użytkowym (dalej jako: "PFU"): "*Podane w PFU minimalny zakres i minimalne wymagania do zrealizowania mogą ulec zwiększeniu w wyniku przyjętych rozwiązań projektowych, uzyskanych opinii i warunków technicznych, uzgodnień, pozwoleń, zezwoleń, decyzji i zgód.*" (str. 44). W pkt 2.2.2 na str. 122 PFU wskazano także, że: "*W szczególności należy uwzględnić w Harmonogramie dla etapu prac projektowych terminy niezbędne na przeprowadzenie przeglądów i akceptacji a w tym na procedury audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego, procedury zatwierdzenia Projektu budowlanego oraz uzgadniania raportu oddziaływania na środowisko obowiązujące*

w ramach procedur GDDKiA oraz terminy\_ na uzyskanie uzgodnień, zezwoleń i zatwierdzeń wydawanych przez organy uzgadniające dokumenty i właściwe decyzyjne organy administracyjne. Zgodnie z Subklauzulą 8.3 [Harmonogram] Warunków Kontraktu wykonawca w terminie 21 dni od Daty Rozpoczęcia zobowiązany jest przedłożyć Inżynierowi oraz Zamawiającemu szczegółowy Harmonogram dla etapu prac projektowych. Harmonogram dla etapu prac projektowych (...) będzie zawierał:

*(i) kolejność, w jakiej Wykonawca zamierza realizować prace projektowe oraz pozostałe czynności niezbędne do uzyskania ZRID (na uzyskanie decyzji ZRID należy przewidzieć w harmonogramie 7 miesięcy) z wyraźną graficzną ilustracją ścieżki krytycznej, tj.: terminy wykonywania Dokumentów Wykonawcy oraz kolejność i terminy wykonywania prac, tak aby osiągnąć zakończenie zakresu określonego w każdym Kamieniu Milowym dla tego etapu, (...).*

Natomiast w Danych Kontraktowych zdefiniowano Wymaganą Minimalną Ilość Wykonania (Kamień Milowy) według Subklauzul 1.1.16 oraz 8.14 jako:

*Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy) stanowi:*

*Kamień Milowy nr 1 - złożenie do właściwego organu administracji publicznej w terminie 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRID.*

Powyższe oznacza, że Wykonawca przyjmując krótszy czas na procedurę uzyskania decyzji ZRID, nieuwzględniającą nawet czasu na procedurę środowiskową, którą wieńczy uzyskanie postanowienia uzgadniającego realizację przedsięwzięcia, nie wziął pod uwagę nie tylko ustawowych, ale również rzeczywistych terminów na uzyskanie decyzji ZRID, które wprost wskazał Zamawiający, określając czas procedury na 7 miesięcy.

Uwzględniając treść Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania - Kamień Milowy nr 1, w którym określono termin na złożenie wniosku o ZRID na 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, czas na uzyskanie decyzji ZRID przyjęty przez Konsorcjum NDI nie gwarantuje prawidłowości opracowania harmonogramu z uwagi na niedoszacowanie wymaganych okresów na poszczególne procedury projektowe i urzędowe. Podejście Konsorcjum NDI, skracającego czas na uzyskanie decyzji ZRID wskazuje na możliwość przedłużenia etapu Robót, który według danych przetargowych powinien rozpocząć się w terminie 15 miesięcy (okres do złożenia wniosku o ZRID) + 7 miesięcy (czas na uzyskanie decyzji ZRID), co daje łącznie 22 miesiące etapu projektowania.

Natomiast w wyjaśnieniach Konsorcjum NDI wskazało, że terminy te wyglądają następująco: 15 miesięcy (okres do złożenia wniosku o ZRID) + 90 dni (czas na uzyskanie decyzji ZRID), co daje łącznie 18 miesięcy etapu projektowania. Powyższe założenie oznacza, że Konsorcjum NDI, poprzez błędne i niezgodne z przepisami i wymaganiami Zamawiającego założenia, przedłuży okres realizacji Kontraktu o 4 miesiące. Mając na



względnie powyższe nie powinno budzić także żadnych wątpliwości, że Konsorcjum NDI, w związku z błędną oceną stanu prawnego, przyjmuje, że uzyska decyzję ZRID w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku. Obawy Zamawiającego wyrażone w treści pytania nr 41 o nieuwzględnienie dodatkowych okoliczności związanych z uzyskaniem postanowienia RDOŚ były słuszne, a udzielona przez Konsorcjum NDI odpowiedź potwierdza, że wykonawca ten oferuje wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z PFU. w którym nałożono obowiązek uwzględnienia w harmonogramie danego etapu czasu niezbędnego na pozyskanie tego rodzaju dokumentów. Na marginesie należy wskazać, że sam Zamawiający dostrzega fakt braku możliwości uzyskania decyzji ZRID w takich terminach i w nowych postępowaniach w oparciu o dotychczasowe doświadczenia Zamawiający przyjmuje jeszcze dłuższy okres na uzyskanie decyzji ZRID w wymiarze 9 miesięcy zamiast jak dotychczasowych 7 miesięcy. /W tym miejscu odwołania stawny fragment z dokumentów GDDKiA – Harmonogram – Istotne obszary w których dokonano zmian/. Oferta Konsorcjum NDI w tym zakresie nie odpowiada zatem warunkom zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

#### *Nieuwzględnienie przez Konsorcjum NDI specyfiki gruntu*

Również udzielone przez Konsorcjum NDI odpowiedzi w zakresie klasyfikacji gruntu, na którym będzie realizowana inwestycja, świadczą o tym, że zakładany przez Konsorcjum NDI sposób wykonania zamówienia jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Załączniku 4 (Dokumentacja geologiczno-inżynierska dla określenia warunków geologiczno-inżynierskich w podłożu projektowanej drogi ekspresowej 5-10 na odcinku Bydgoszcz-Toruń pow.: toruński, bydgoski, miasto Toruń i miasto Bydgoszcz, woj. kujawsko-pomorskie) oraz Załączniku 18 (Warunki wykonania i odbioru robót budowlanych) do PFU. Konsorcjum NDI wskazało bowiem, że: *"bazując na zapisach PFU oraz przyjętej niwelecie przyjął podłoże gruntowe jako grupa nośności G1. Wykonawca zwraca uwagę, że podłoże gruntowe z uwagi na charakter pracy należy rozpatrywać jako układ powierzchniowy i punktowa odmienność warunków wymaga każdorazowo analizy w stosunku do danego odcinka z uwzględnieniem lokalnych warunków gruntowo-wodnych oraz zakresu i typu przeprowadzonych badań."* oraz, że: *"przedłożony do wyjaśnień bilans mas ziemnych zakłada nadwyżkę wykopów nad nasypami. Zabieg ten został zastosowany w celu ograniczenia możliwości wystąpienia gruntów innych niż G1. Nadwyżka materiału wykopowego pozwala w skrajnym wypadku na wyselekcjonowanie materiałów o obniżonej przydatności lub koniecznych do ulepszenia. a następnie wbudowanie w sposób nie wpływający negatywnie na przyjęte w założeniach grupy nośności podłoża gruntowego ino, dolne warstwy nasypu)."*

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, iż Konsorcjum NDI opierając się na badaniach geotechnicznych, które wskazują na obecność piasków w podłożu gruntowym, zakwalifikował je jako grunt G1 tzn. taki, który nie wymaga żadnych zabiegów wzmacniających lub uszlachetniających i nadaje się do bezpośredniego posadowienia na nim konstrukcji drogi. Odwołujący wskazuje, że taka kwalifikacja gruntu jest nieprawidłowa, a zakładany na jej podstawie sposób wykonania zamówienia nie pozwala na prawidłową realizację umowy zawartej w ramach postępowania. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie bez przyczyny zwrócił się do Konsorcjum NDI o udzielenie odpowiedzi na pytanie: *„Udokumentowane grunty zalegające w podłożu, pomimo potencjalnej przydatności mogą wymagać podczas wbudowywania dodatkowego wzmocnienia bądź ulepszenia. Czy Wykonawca w swojej ofercie skalkulował potrzebę wzmocnienia bądź ulepszenia gruntów celem spełnienia wymaganych parametrów?”*

Obszar, na którym znajduje się projektowana droga przebiega przez jeden z największych w Polsce teren wydm śródlądowych, które charakteryzują się występowaniem piasków równoziarnistych, co oznacza, że będą one stanowić podłoże dopiero po wykonaniu działań uszlachetniających, optymalnie przez doziarnienie brakującymi frakcjami kruszyw. Powyższe założenie wynika bezpośrednio z Załącznika 4 do PFU: *„Dokumentacja geologiczno-inżynierska dla określenia warunków geologiczno-inżynierskich w podłożu projektowanej drogi ekspresowej S-10 na odcinku Bydgoszcz-Toruń pow.: toruński, bydgoski, miasto Toruń i miasto Bydgoszcz, woj. kujawsko-pomorskie”*, w której wskazano m.in.:

#### .4 Geomorfologia

Obszar badań zlokalizowany jest (...) w obrębie mezoregionu Kotlina Toruńska. (...) W Kotlinie dominują formy pochodzenia rzeczno-erozyjnego oraz związane z procesami eolicznymi. Największą powierzchnię zajmują tarasy erozyjno-akumulacyjne (wyższe) występujące na wysokościach od około 50 do 75 m n.p.m. (...) Klasyczne wydmy śródlądowe występują praktycznie na całym obszarze badań o wysokości 72 - 79 m n.p.m. Są to wydmy paraboliczne, wały i pagórki wydmowe o wysokości względnej do 30 m, przeciętnie 10 - 15 m. W podsumowaniu stwierdzono:

Podłoże gruntowe w trasie projektowanego odcinka drogi krajowej

Na odcinkach projektowanej drogi ekspresowej S-10, gdzie w podłożu gruntowym, rozumianym jako podłoże drogowej budowli ziemnej (do głębokości strefy aktywnej  $z_{max}$  wg. PN-B-03020) występują nasypy niekontrolowane (warstwa Ib), grunty niespoiste w stanie luźnym (warstwy Ig1, IIa1, IIb1, lic1, IVa1, IVb1 oraz IVc1), grunty spoiste w stanie plastycznym i miekkoplastycznym (warstwy If1-2, III1-2 oraz VI-2) oraz grunty organiczne

(warstwy Id i Ie) należy bezwzględnie wykonać sprawdzające obliczenia osiadania. Zgodnie z normą PN-98/S-02205 dopuszczalne osiadania nie powinny przekroczyć 10 cm.

Już pobieżna ocena przekrojów geotechnicznych na podstawie legendy do Dokumentacji geologiczno - inżynierskiej wskazuje, że praktycznie na całym odcinku objętym kontraktem w podłożu gruntowym dominują piaski aluwialne, oznaczone symbolami II (a, b, c) oraz piaski eoliczne, oznaczone jako grupa Ig. Grunty te przeważająco występują w stanie średniozagęszczonym i luźnym, co wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo, wręcz pewność, że są one równoziarniste. Powyższe oznacza, że dodatni bilans robót ziemnych nie gwarantuje wykonania robót w całości z gruntu miejscowego i do realizacji robót niezbędne jest dowieszenie gruntu spoza budowy (z dokopu), który będzie zawierał odpowiednie frakcje kruszywa. Następnie grunt rodzimy po zmieszaniu z dowieszonym uzyska parametry gruntu G1.

Dodatkowo stwierdził, że Zamawiający na podstawie WWIORB jednoznacznie określił w Załączniku 18 do PFU - WARUNKI WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH (WWiORB):

- D-02.00.01 ROBOTY ZIEMNE. WYMAGANIA OGÓLNE

- D-02.01.01 ROBOTY ZIEMNE. WYKONANIE WYKOPÓW,

że według D-02.00.01 ROBOTY ZIEMNE. WYMAGANIA OGÓLNE:

2.2 Podział gruntów i materiałów nasypowych

2.2.6. Do budowy nasypów nieprzydatne są materiały nie spełniające wymagań podanych w Tabelicy 2.2, z uwzględnieniem zapisów punktu 2.2.8. W szczególności nieprzydatne są następujące grunty i materiały antropogeniczne, przy czym nieprzydatność może mieć charakter trwały lub czasowy:

b) równoziarniste (o wskaźniku jednorodności uziarnienia  $Cu < 2,5$ ),

oraz według D-02.01.01 ROBOTY ZIEMNE. WYKONANIE WYKOPÓW:

5.6 Wymagania dotyczące zagęszczenia i nośności podłoża gruntowego nawierzchni w wykopie i miejscach zerowych robót ziemnych

5.6.3. Jeżeli podłoże gruntowe nawierzchni (grunt rodzimy lub warstwa ulepszanego podłoża) w wykopach i miejscach zerowych nie spełnia wymagań w zakresie minimalnej wartości wskaźnika zagęszczenia, to przed ułożeniem pierwszej warstwy konstrukcji nawierzchni należy je dogęścić do wartości IS, podanych w Tabelicy 5.1.

5.6.4. Jeżeli wartości wskaźnika zagęszczenia określone w tabelicy 5.1 nie mogą być osiągnięte, to należy określić przyczynę i podjąć środki w celu ulepszenia gruntu podłoża nawierzchni, umożliwiające uzyskanie wymaganych wartości wskaźnika zagęszczenia. Możliwe do zastosowania środki, o ile nie są określone w WWiORB, proponuje Wykonawca i przedstawia do akceptacji Inżyniera/Inspektora nadzoru.

Konsorcjum NDI nie przewidziało takich działań pomimo informacji zawartych w dokumentacji geologiczno - inżynierskiej udostępnionej przez Zamawiającego. Na podstawie powyższego wynika, że Konsorcjum NDI nie wyceniło w ofercie ulepszenia gruntu rodzimego, błędnie i sprzecznie z danymi Zamawiającego kwalifikując ten grunt jako G1, przez co oferta Konsorcjum NDI została złożona niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe będzie prowadzić do konieczności wykonania szeregu dodatkowych czynności oraz zwiększenia kosztów realizacji zadania, których Konsorcjum NDI nie uwzględniło w swojej ofercie. Oferta Konsorcjum NDI nie obejmuje konieczności wykonania takich czynności jak: (i) zakup i transport materiału do doziarnienia na plac budowy, (ii) mieszanie materiału dowiezionego z miejscowym, (iii) budowanie zmieszanego materiału nasypowego, (iv) kontrola jakości i zagęszczenia materiału, (v) odwóz dodatkowego materiału z wykopu - według deklaracji Konsorcjum NDI w bilansie robót ziemnych przeważały wykopy i nie był planowany dowóz materiału. W związku z koniecznością dowozu materiału, bilans wykopu powiększy się, stąd dodatkowy odwóz równy dokopowi. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazuje, że nieuwzględnienie specyficznego rodzaju gruntu rodzimego, pomimo opisanego jego specyfiki w dokumentacji projektowej autostrady A1 na odcinku Czerniewice - Odolion (obecne nazwy: Toruń Południe - Ciechocinek) przez wykonawcę autostrady A1 w tym rejonie było powodem roszczeń wykonawcy. Projekt odległych o kilka kilometrów od węzła Toruń Południe MOP Otłoczyn Wschód i Otłoczyn Zachód z kolei zakładał wykonanie skarp zewnętrznych o pochyleniu 1:2 ze względu na mały jak na piaski kąt tarcia gruntu, nie pozwalający na zastosowanie standardowego pochylenia skarp 1:1,5. W wyjaśnieniach Konsorcjum NDI nie wskazano również pochylenia skarp jako możliwego środka zaradczego na obsypywanie się skarp, co wskazuje, że Konsorcjum NDI nie ujęło specyfiki gruntów rodzimych w kalkulacji ceny, o czym świadczą odpowiedzi tego podmiotu. Jednocześnie dowodzi to nieuwjęciu wszystkich kosztów oferty Konsorcjum NDI, jakie powinny być w niej zawarte na podstawie danych zawartych w dokumentacji przetargowej, i jakich wymagał Zamawiający. O tym, że Konsorcjum NDI niewłaściwie zidentyfikowało rodzaj gruntu świadczy również odpowiedź udzielona na pytanie nr 50 Zamawiającego (wezwanie do wyjaśnień z 28.11.2021 r.) w brzmieniu: *"W związku z przyjęciem niskich kosztów na niektóre pozycje np. dokumentację geologiczno-inżynierską czy Wykonawca w swojej ofercie skalkulował ryzyko zwiększenia tych kosztów?"*. Konsorcjum NDI odpowiedziało, że: *"w swojej ofercie przyjął ogólny koszt na ryzyka związane z realizacją przedmiotowego zadania, w którym zawiera się m.in. zwiększenie kosztów na opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej."* Z powyższego wynika, że Konsorcjum NDI pominęło istotne, jeśli nie główne ryzyko, jakim jest określenie warunków podłoża. Wykonawca ten nie tylko zlekceważył dostępną dokumentację wskazującą na występowanie niezagęszczalnych - równoziarnistych

piasków wydmowych, ale również nie uznał za zasadne wykonać uzupełniającej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, co potwierdza wyjaśnienie tego wykonawcy w związku z niskimi kosztami przeznaczonymi na ten cel - vide odp. 50 na pytanie Zamawiającego. Udzielona na pytanie nr 50 odpowiedź wskazuje, że Konsorcjum NDI na etapie projektowanie nie zakłada dodatkowego badania gruntów - i takie badanie wykona dopiero na etapie realizacji robót budowlanych. Powyższe może sugerować na celowe działanie Konsorcjum NDI związane z brakiem doświadczenia przy realizacji tego rodzaju zamówień. Wskazać bowiem należy, że zidentyfikowanie odmiennych warunków gruntowych na etapie realizacji robót budowlanych stanowi przesłankę do żądania zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy zgodnie z Subklauzulą 20.1 w zw. z 4.12 Warunków Kontraktu. Natomiast, jeśli taka odmienność zostanie dostrzeżona na etapie projektowania to wykonawca jest obowiązany do zrealizowania zadania na podstawie właściwego rozpoznania terenu i odpowiednich technik wzmocnienia podłoża.

W świetle powyższego można założyć, że Konsorcjum NDI w sposób celowy i świadomy przyjmuje sposób wykonania zamówienia, który umożliwi mu kreowanie roszczeń o dodatkowe wynagrodzenie. Taka strategia pozwala Konsorcjum NDI na zmniejszenie ceny ofertowej, a tym samym uzyskanie konkurencyjnej pozycji w rankingu ofert. Wskazać bowiem należy, że w na koszty związane z przedmiotowym zakresem robót składają się: (i) zakup i transport materiału do doziarnienia na plac budowy; (ii) mieszanie materiału dowiezonego z miejscowym; (iii) wbudowanie zmieszanego materiału nasypowego; (iv) kontrola jakości i zagęszczenia materiału; oraz (iv) odwóz dodatkowego materiału z wykopu. Jeżeli Konsorcjum NDI nie wkalkulowało tego zakresu robót to oferta Konsorcjum NDI nie obejmuje szeregu prac, których wartość może wynosić kilkadziesiąt milionów złotych. Koszt jednostkowy 1 m<sup>3</sup> nasypu z gruntu z wykopu z ulepszeniem w stosunku do kosztu 1m<sup>3</sup> nasypu z gruntu bez ulepszenia zwiększa się w przedziale od 2 do 2,5 razy, przy założeniu, że grunt należy doziarnić w 30%, co oznacza, że: (i) 30% ilości gruntu na nasyp należy pozyskać z dokopu/ z kopalni (zakup z transportem) - koszt zależy od ceny zakupu materiału i dystansu z jego będzie transportowany na budowę; oraz (ii) 30% ilości gruntu na nasyp pozyskanego z wykopu należy odwieźć i zutilizować jako nienadający się do wbudowania. Szacunkowo na 100 tys. ton wykopu przypada 30 tys. ton materiału o wyselekcjonowanych frakcjach, których koszt wraz z dowozem zawiera się w przedziale: 28-36 zł za tonę. Konsorcjum NDI nie uwzględniło natomiast tych kosztów w swojej ofercie. Odwołujący nie zgadza się na tego rodzaju praktykę wskazując, że jest ona niekorzystna tak dla samego Zamawiającego, jak i dla całego rynku zamówień publicznych. Zamawiający dostrzegając tego rodzaju nieprawidłowości powinien reagować już na etapie postępowania przetargowego w celu niedopuszczenia do sytuacji, w której zamówienie zostanie

powierzone wykonawcy, który nie wkalkulował w cenę oferty znaczących i możliwych do dostrzeżenia na etapie przygotowania oferty ryzyk. Brak skalkulowania przez Konsorcjum NDI tego rodzaju czynności koniecznych do wykonania w ramach udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji geologiczno - inżynierskiej, powoduje również ryzyko niewykonania robót w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Ryzyko związane z wykryciem odmiennych warunków gruntowych, którego w kalkulacji nie ujęło Konsorcjum NDI, jest natomiast do uniknięcia przy uwzględnieniu wymagań Zamawiającego. Mając powyższe na względzie nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że Konsorcjum NDI nie uwzględniło w swojej ofercie kluczowych dla wykonania zamówienia informacji oraz oferuje wykonanie zamówienia w sposób niemożliwy do zastosowania na terenie, gdzie mają zostać wykonane roboty. W świetle powyższego oferta Konsorcjum NDI jest niezgodna z warunkami zamówienia i na tej podstawie powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Następnie przywołał orzecznictwo KIO o sygn. akt: KIO 2009/19, KIO 1864/20.

Zamawiający w dniu 08.02.2022 r. (za pośrednictwem <https://gddkia.eb2b.com.pl/>) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.02.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum KOBYLARNIA zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Konsorcjum KOBYLARNIA.

W dniu 11.02.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum NDI zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum NDI.

W dniu 21.02.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów w całości.

*I. wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ*

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ, gdzie został określony warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej. Konsorcjum NDI przedłożyło wymagany przez Zamawiającego wykaz robót budowlanych, z którego wynika, że warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ spełnia Partner Konsorcjum „SP” Sine Midas Stroy” sp. z o.o., który jako podwykonawca Konsorcjum, którego liderem było Todini Construzioni Generali (dalej jako Todini), realizował na jego rzecz zadanie: Przebudowa (budowa) Odcinka drogi w km: 259.3 – 304.4 na podstawie Umowy Podwykonawczej nr 2 z 03.12.2013r. w ramach realizacji inwestycji pn. *„Wschód-Zachód Projekt Drogowy: Zachodnia Europa – Zachodnie Chiny Międzynarodowy Korytarz Transportowy (CAREC 1b/ Przebudowa (budowa) drogi „Almaty-Kokpek-Chunja-Koktal-Khorgos”/”Almaty-Khorgos od km 0 do km 304.4”* realizowanej na podstawie Umowy generalnego wykonawstwa z 30.07.2013r. na odcinek 259.3 km 304.4 km: (Umowa EWRP-259.3-304.4.ICB(W)-001/2013). W wykazie wskazano, że wartość ww. robót wynosiła 207.559.795,75 PLN netto, a data wystawienia Świadectwa Przejęcia lub podpisania końcowego Protokołu odbioru lub równoważnego dokumentu to 30.11.2016r. Zatem z wykazu robót budowlanych, który datowany jest na dzień 22.01.2022r. wynika, że Konsorcjum NDI spełniało warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.2.4 ust. 1 lit a) SWZ ponieważ wskazane w pkt 1 wykazu zadanie:

1. zostało wykonane w okresie 7 lat przed upływem terminu składania ofert;
2. polegało na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie min. GP dwujezdniowych;
3. wartość robót wynosiła co najmniej 165 mln PLN netto.

Na potwierdzenie powyższego Konsorcjum NDI przedłożyło wraz z wykazem referencje od Todini z 12.10.2020r. Referencje te potwierdzają wykonanie przez „SP” Sine Midas Stroy” umowy podwykonawczej wskazanej w wykazie robót budowlanych oraz parametry drogi i wartość wykonanych robót. Z dokumentu wynika, że wartość robót wynosiła 52.376.300,29 Euro brutto, co przy 12% stawce VAT daje kwotę 46.764.553,83 Euro netto, która po przeliczeniu według średniego kursu NBP na dzień 30.11.2016r. (4,4384) daje kwotę 207.559.795,72 PLN netto. Fakt, że w referencjach wskazano, iż data zakończenia wszystkich robót to 15.05.2019r. nie oznacza, że Świadectwo Przejęcia (lub inny równoważny dokument) nie mogło być wydane 30.11.2016r. jak to wskazano w wykazie. Ponadto należy wskazać, że zakończenie robót zarówno dnia 30.11.2016r., jak i 15.05.2019r. spełnia warunek określony w pkt 8.2.4 SWZ ukończenia robót w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert. Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznał, że Konsorcjum NDI spełnia m.in. przedmiotowy warunek udziału

w postępowaniu i dnia 28.01.2022r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum NDI jako oferty najkorzystniejszej. Podkreślenia wymaga, że na dzień dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie miał wiedzy ani świadomości o występowaniu jakichkolwiek okoliczności świadczących o tym, że informacje i dokumenty przekazane celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum NDI są nieprawdziwe. Zamawiający standardowo nie badał referencji inaczej niż na podstawie samej ich treści i takie zachowanie jest zgodne z prawem zamówień publicznych. Wskazał na wyrok KIO z 13.12.2021r., sygn. akt: KIO 3467/21. Rodzaj dokumentów jakich Zamawiający może wymagać od wykonawców określa ściśle Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020.2415). W § 9 tego rozporządzenia określono podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Z powyższych regulacji wynika zatem, że Zamawiający nie jest uprawniony do wychodzenia ponad ramy prawne w zakresie żądanych dokumentów. Zamawiający w niniejszym postępowaniu zażądał dokumentu wynikającego wprost z treści § 9 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 4 pkt. 1 wyżej powołanego rozporządzenia i dokonał jego oceny. Żadne przepisy nie nakazują Zamawiającemu prowadzenia swego rodzaju „śledztwa”, co do informacji przedstawionych w żądanych dokumentach ani każdorazowego wyjaśniania ich treści. Działania Zamawiającego były więc zgodne z przepisami prawa. Jak już wskazano powyżej, w momencie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający nie miał wątpliwości, co do prawdziwości przedstawionych przez Konsorcjum NDI referencji oraz doświadczenia wskazanego w wykazie robót, ani też do tego czasu nie dostał żadnych dodatkowych informacji „z zewnątrz” jakoby miał być wprowadzany w błąd. Tym samym na dzień 28.01.2022r. Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Konsorcjum NDI do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 Pzp ani do wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Powyższe oznacza, że w czynnościach oraz rzekomych zaniechaniach Zamawiającego nie sposób dopatrzeć się naruszeń wskazanych przez Odwołującego przepisów. Odnosząc się natomiast do informacji i dowodów przekazanych przez Odwołującego wraz z odwołaniem, Zamawiający wskazuje, że nie ma wiedzy skąd Odwołujący takie dane uzyskał i czy są to dane prawdziwe chociażby dlatego, że Odwołujący nie ujawnia dokładnego źródła ich pochodzenia posługując się jedynie lakonicznym określeniem, iż zostały pozyskane „ze stron internetowych Inwestora Kazachstan”. Zatem w ocenie Zamawiającego dokumenty te nie posiadają waloru przydatności do rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, nie są



wiarygodne ani nie mogą stanowić podstawy do przesądzenia, iż zaistniały wobec Konsorcjum NDI przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Jednocześnie celem zachowania należytej staranności i wyjaśnienia wątpliwości opisanych w treści odwołania, Zamawiający pismem z 16.02.2022r. nr GDDKiA.O.BY.D3.2410.4.2021.5.30.gk skierował do Todini prośbę o potwierdzenie informacji przedstawionych przez Konsorcjum NDI w swojej ofercie.

W odpowiedzi Todini potwierdziło informacje przedstawione przez Konsorcjum NDI oraz własne referencje z 12.10.2020r., iż „SP” Sine Midas Stroy” w ramach umowy podwykonawczej realizowało roboty na zadaniu pn. „Wschód-Zachód Projekt Drogowy: Zachodnia Europa – Zachodnie Chiny Międzynarodowy Korytarz Transportowy (CAREC 1b/Przebudowa (budowa) drogi „Almaty-Kokpek-Chunja-KoktalKhorgos”/”Almaty-Khorgos od km 0 do km 304.4”, w tym wykonał roboty dla Odcinka 6 (km 259,3 do km 304,4) o wartości 52.376.300,29 euro. Celem potwierdzenia ww. informacji Todini udostępniło „Świadectwo rozliczenia końcowego”. Z ww. „Świadectwa rozliczenia końcowego” wynika, iż termin zakończenia robót to 30.11.2016r. oraz że wszystkie roboty zostały wykonane przez „SP” Sine Midas Stroy”, natomiast samo Todini nie wykonywało żadnych prac, co potwierdzają cyfry 0 przy każdej z pozycji z wykazu. Zwrócił uwagę, że Odwołujący załączył do odwołania świadectwo nr 30, a nie świadectwo końcowe, a taki dokument nie określa końcowej i rzeczywistej wartości wykonanych robót, gdyż jest którymś z kolei, cząstkowym, dokumentem rozliczeniowym na inwestycji. Zatem przedstawiony przez Odwołującego dokument nie może służyć weryfikacji informacji przedstawionych przez Konsorcjum NDI w wykazie robót oraz podważeniu wiarygodności referencji od Todini. Nadto odręczny wpis przedstawiciela „SP” Sine Midas Stroy na świadectwie nr 30 wskazuje, iż podwykonawca potwierdza wystawienie dokumentu jedynie pod względem formalnym, natomiast jego podpisanie nie stanowi akceptacji kwot zawartych w tym dokumencie, a podwykonawca zastrzega sobie prawo dochodzenia roszczeń wynikających z umowy. Taki wpis potwierdza, iż danych i kwot wskazanych w tym dokumencie nie można traktować jako ostateczne, a strony prawdopodobnie będą dokonywać dalszych rozliczeń. Za ostateczne należy natomiast uważać „Świadectwo rozliczenia końcowego”, które zostało podpisane bez żadnych zastrzeżeń i które określa wartość zrealizowanych robót na moment ich zakończenia. Mając na uwadze powyższe okoliczności Zamawiający stwierdza, iż w postępowaniu nie zaszły okoliczności skutkujące koniecznością wezwania Konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, ani nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia Konsorcjum NDI, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 Pzp, co oznacza jednocześnie, że zarzuty podniesione w odwołaniu są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

## *II. Zakładany przez Konsorcjum NDI termin na uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID)*

Zamawiający wskazuje, co także prawidłowo przywołuje Odwołujący, że ustawowy termin na wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (decyzji o ZRID) wynosi 90 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie (art. 11a ust. 3 ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych). Do ww. terminu nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu (art. 11h ust. 3). Wskazania wymaga, iż ww. reguła dotycząca niewliczania określonych terminów czy też okresów do 90-dniowego terminu na wydanie decyzji o ZRID, będzie miała zastosowanie we wszelkich sytuacjach, w których przepisy prawa przewidują termin do dokonania określonej czynności, a także w przypadku zawieszenia postępowania (przez okres jego trwania) oraz w przypadku opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Przykładowo do terminu na wydanie decyzji nie będzie wliczany termin na przeprowadzenie oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko lub okres na uzupełnienie braków formalnych lub też do złożenia wyjaśnień itp. Konsorcjum NDI przyjęło zatem termin uzyskania decyzji o ZRID z ustawy i zgodny z ustawą i słusznie w swojej odpowiedzi wskazało, że rzeczywisty termin uzyskania decyzji może być dłuższy, co dla Zamawiającego oznacza uwzględnienie w ofercie takiej możliwości. Z całą pewnością na termin wydania decyzji ZRID będzie mieć wpływ jakość i kompletność złożonego przez Wykonawcę wniosku oraz terminy udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień bądź dokonywanie uzupełnień dokumentacji po złożeniu wniosku o wydanie ZRID. Zamawiający w Subklauzuli 8.3 [Harmonogram] SWK /W tym miejscu przytoczył niniejszy fragment/. Zamawiający biorąc pod uwagę doświadczenia z szeregu realizacji autostrad i dróg ekspresowych ustalił granice odpowiedzialności Stron Kontraktu za termin wydania decyzji ZRID tj. 7 miesięcy od dnia złożenia wniosku. Powyższe oznacza, że jeżeli wykonawca dozna opóźnienia lub poniesie Koszt w wyniku opóźnień (ponad 7 miesięcy określone w Warunkach Kontraktu) spowodowanych przez organy administracji, będzie uprawniony z zastrzeżeniem postanowień Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] do Przedłużenia Czasu na Ukończenie i/lub żądania zapłaty takiego Kosztu. Reasumując w przypadku jeśli wykonawca uzyska ZRID w terminie szybszym aniżeli określone graniczne 7 miesięcy – Harmonogram będzie odpowiednio zaktualizowany, a Wykonawca uzyska więcej czasu dla etapu realizacji Robót. W przypadku jeśli Wykonawca uzyska ZRID w terminie późniejszym aniżeli określone graniczne 7 miesięcy – Harmonogram również będzie odpowiednio zaktualizowany, a czas dla etapu realizacji Robót odpowiednio dostosowany (przy założeniu, że opóźnienia były

spowodowane przez organy administracji publicznej). Nadto jeżeli wykonawca założy w harmonogramie termin krótszy niż 7 miesięcy Inżynier nie zaakceptuje takiego Harmonogramu i zwróci go wykonawcy celem dokonania zmian, co nie oznacza, jak już wskazano powyżej, że wykonawca nie może uzyskać ZRID w krótszym terminie. Nie można natomiast zgodzić się z Odwołującym, który w pkt. 53 wskazuje, że Wykonawca „nie wziął pod uwagę nie tylko ustawowych, ale również rzeczywistych terminów na uzyskanie decyzji ZRID, które wprost wskazał Zamawiający, określając czas procedury na 7 miesięcy”. Prawdą jest, że Zamawiający zobowiązał do założenia w Harmonogramie okresu 7 miesięcy dla uzyskania decyzji ZRID, natomiast nie jest to sztywny i rzeczywisty termin, bowiem Zamawiający nie ma wiedzy ile faktycznie będzie trwać cała procedura. Z ustawy wynika, że termin dla organu na wydanie decyzji ZRID to 90 dni, natomiast z doświadczenia Zamawiającego to ok 200 dni, stąd takie założenie w Harmonogramie. Dodatkowo zauważył, że przyjęty termin uzyskania ZRID nie stanowił kryterium oceny ofert, wykonawcy nie byli także zobowiązani do wskazywania go w ofercie. Jedynym terminem wymaganym przez Zamawiającego do przedstawienia w Ofercie jest termin wykonania zamówienia wynikający z pkt. 7 SWZ. Zamawiający określił termin wykonania zamówienia na 44 miesiące, a Wykonawcy w ramach kryteriów oceny ofert mogli dokonać skrócenia tego terminu o maksymalnie 3 miesiące. W pkt 21.1.2.3. pkt 2) SWZ Zamawiający wskazał: /W tym miejscu przytoczył niniejszy fragment/. Zarówno Konsorcjum NDI, jak i Odwołujący, a także wszyscy pozostali oferenci, celem uzyskania dodatkowych 10 pkt wskazali, że wykonają zamówienie w skróconym o 3 miesiące terminie. Uznać zatem należy, że oferta Konsorcjum NDI spełnia warunki określone w SWZ w zakresie terminu realizacji i nie można uznać jej za niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, zatem zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp nie potwierdził się.

### *III. Nieuwzględnienie przez Konsorcjum NDI specyfiki gruntu*

W dniu 21.10.2021r. Zamawiający wystosował do Konsorcjum NDI pytania techniczne dotyczących realizacji Inwestycji. W tym miejscu Zamawiający zaznacza, iż zgodnie z przyjętą praktyką, przy tak skomplikowanych zadaniach, standardowo kieruje do wykonawców w trybie art. 223 ust. 1 Pzp tzw. pytania techniczne celem wyjaśnienia i ustalenia przyjętego przez wykonawcę planu realizacji zamówienia oraz jego zgodności z warunkami ustalonymi przez Zamawiającego. Zamawiający zadał Konsorcjum NDI następujące pytania (nr 42 i 44) dotyczące kwestii wykorzystania zalegającego gruntu lub uwzględnienia zabiegów ulepszenia występujących gruntów.

Pyt. Nr 42

Jakie przewidziano technologie wzmocnienia podłoża i umocnienia skarp? Jakie założenia przyjęto do wyceny oferty w tym zakresie? Prosimy o wskazanie ilość gruntu jaką przewiduje

się do wzmocnienia. Prosimy o wskazanie miejsc (zgodnie z pikietażem drogi głównej), w których założono dane wzmocnienia.

Pytanie nr 44

Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił koszt wykonania dodatkowych obserwacji, badań geologicznych i/lub geotechnicznych w celu uszczegółowienia budowy geologicznej podłoża? Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie uzupełniającej dokumentacji geologiczno- inżynierskiej w formie dodatku do przekazanej dokumentacji? Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie koszty związane z wymogiem wzmocnienia podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp? Jaką technologię wzmocnienia podłoża gruntowego przyjął Wykonawca w ofercie. Prosimy o podanie kosztu netto zarówno dla wykonania dodatkowych badań, jak i dla wykonania wzmocnienia podłoża. Na przedmiotowe pytania Konsorcjum NDI udzieliło odpowiedzi w dniu 05.11.2021r.

*Odpowiedź na pyt. nr 42 stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa i została przytoczona w piśmie, a w orzeczeniu usunięta.*

Odpowiedź na pyt. nr 44

*„Wykonawca potwierdza, że uwzględnił koszt wykonania dodatkowych obserwacji, badań geologicznych i/lub geotechnicznych w celu uszczegółowienia budowy geologicznej podłoża. Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie uzupełniającej dokumentacji geologiczno- inżynierskiej w formie dodatku do przekazanej dokumentacji. (cd. stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa). Fragment dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa zostały usunięte z orzeczenia.*

Po otrzymaniu odpowiedzi Zamawiający w dniu 26.11.2021r, w celu wyjaśnienia wszystkich wątpliwości, zadał Konsorcjum NDI dodatkowe pytania uszczegóławiające, w tym do udzielonych odpowiedzi na pyt. 42 i 44

Ad 42 i 44

*„Czy w swojej ofercie Wykonawca uwzględnił opisane w załączniku nr 18 do PFU wymagania dotyczące warunków wykonania i odbioru robót budowlanych (min. wzmocnienie podłoża gruntowego, wykonanie nasypów i zasypek obiektów, wykonanie warstw nawierzchni, obiektów inżynierskich, itp.) oraz związane z tym koszty?*

*Czy przyjęta przez Wykonawcę do wyceny niweleta nie wykracza poza zakres rozpoznania geologicznego przekazanego przez Zamawiającego?*

*Przekazana przez Zamawiającego dokumentacja jest jedynie interpretacją rzeczywistych warunków gruntowo-wodnych powstałą na podstawie badań punktowych.*

*Udokumentowane grunty zalegające w podłożu, pomimo potencjalnej przydatności mogą wymagać podczas wbudowywania dodatkowego wzmocnienia bądź ulepszenia. Czy*

*Wykonawca w swojej ofercie skalkulował potrzebę wzmocnienia bądź ulepszenia gruntów celem spełnienia wymaganych parametrów?*

*Zgodnie z zapisami PFU dotyczącymi konstrukcji nawierzchni oraz powołanych tam Katalogów Typowych Konstrukcji Nawierzchni, Wykonawca ma obowiązek przeprowadzić badania kontrolne potwierdzające założenia dotyczące nośności podłoża, przyjęte w czasie projektowania. Jeżeli badania kontrolne wykażą, że grupa nośności określona w czasie robót jest gorsza od przyjętej do projektowania konstrukcji nawierzchni to należy przeprojektować całą konstrukcję z uwzględnieniem niższej nośności. Czy Wykonawca w swojej ofercie przewidział taką konieczność?*

*Budowa nasypu wg założeń Wykonawcy będzie odbywać się z materiału wykopowego G1 bez konieczności dowozu. Rozpoznanie podłoża na etapie dokumentowania geologicznoinżynierskiego jest rozpoznaniem punktowym, dającym pewien obraz podłoża pod projektowaną drogę. Na tym etapie nie ma 100% pewności dotyczącej parametrów przydatności i grupy nośności G1. Na projektowanym przebiegu trasy S10 mamy do czynienia m.in. z piaskami równoziarnistymi wymagającymi dodatkowych zabiegów umożliwiających uzyskanie właściwych parametrów projektowych. Czy Wykonawca w swojej ofercie przewiduje możliwość wystąpienia gruntów należących do grupy nośności innej niż G1 i konsekwencje z tym związane?"*

Na przedmiotowe pytania Konsorcjum NDI udzieliło odpowiedzi w dniu 05.11.2021r.:

Odpowiedź Konsorcjum NDI

*„Wykonawca wyjaśnia, że uwzględnił opisane w załączniku nr 18 do PFU wymagania dotyczące warunków wykonania i odbioru robót budowlanych (min. wzmocnienie podłoża gruntowego, wykonanie nasypów i zasypek obiektów, wykonanie warstw nawierzchni, obiektów inżynierskich, itp.) oraz związane z tym koszty. Przyjęta przez Wykonawcę niweleta nie wykracza poza zakres rozpoznania geologicznego. Wykonawca informuje, że wycena robót została oparta o dokumentację udostępnioną przez Zamawiającego oraz z uwzględnieniem możliwych do oszacowania na etapie sporządzania oferty ryzyk. Wykonawca odnotowuje, że dokumentacja będąca zał.4 do PFU została sporządzona w oparciu o wymagania, które stosowane są powszechnie w procesach inwestycyjnych i na ich podstawie możliwa jest rzetelna wycena przewidywanego zakresu prac. Wykonawca potwierdza, że uwzględnił koszt w postaci ryzyka konieczności wzmocnienia/ulepszenia gruntów w celu spełnienia wymagań zawartych w Kontrakcie w zakresie możliwym do oszacowania na podstawie przedłożonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu Zamówienia (PFU). Wykonawca potwierdza, że bazując na zapisach PFU oraz przyjętej niwelecie przyjął podłoże gruntowe jako grupa nośności G1. Wykonawca zwraca uwagę, że podłoże gruntowe z uwagi na charakter pracy należy rozpatrywać jako układ powierzchniowy*

*i punktowa odmiennosc warunkow wymaga kazdorazowo analizy w stosunku do danego odcinka z uwzględnieniem lokalnych warunkow gruntowo-wodnych oraz zakresu i typu przeprowadzonych badan. Zmiana konstrukcji nawierzchni powinna byc następstwem rzetelnej analizy danego odcinka robót, a nie tylko punktowych anomalii. Wykonawca potwierdza, ze dokonat nalezyczej analizy przekazanej przez Zamawiajacego dokumentacji warunkow gruntowo-wodnych (zał.4 PFU) i na tej podstawie skalkulowal oferte przyjmujac mozliwe do oszacowania na tym etapie ryzyka wynikajace z przedstawionych w przekazanej przez Zamawiajacego dokumentacji. Wykonawca zwraca uwage, ze w slad za przywolany przez Zamawiajacego katalogiem (KTKNPIP), w przypadku wystapienia gorszej od zakladanej grupy nošności, korekcie ulegaja jedynie dolne warstwy konstrukcyjne (tablica 8.2) i nie wystepuje koniecznosc przeprojektowywania calosci konstrukcji nawierzchni. Wykonawca zwraca uwage, ze przedlozony do wyjašnień bilans mas ziemnych zaklada nadwyzke wykopów nad nasypami. Zabieg ten zostal zastosowany w celu ograniczenia mozliwosci wystapienia gruntów innych niz G1. Nadwyzka materiału wykopowego pozwala w skrajnym wypadku na wyselekcjonowanie materiałów o obnizonej przydatnosc lub koniecznych do ulepszenia, a następnie wbudowanie w sposob nie wplywajacy negatywnie na przyjete w zalozeniach grupy nošności podloza gruntowego (np. dolne warstwy nasypu)".*

Zamawiajacy wskazuje, ze grupa nošności podloza gruntowego nawierzchni klasyfikuje nošność podloza gruntowego nawierzchni w zaleznosci od rodzaju i stanu gruntu podloza, warunków wodnych w podlozu, wysadzinowosci gruntu oraz od charakterystyki korpusu drogowego. Wystepuja cztery grupy nošności podloza gruntowego oznaczone symbolami: G1, G2, G3 i G4. Grupa G1 oznacza niewysadzinowe podloze o wskaźniku nošności nie mniejszym niz 10%. Obowiazujaca w Polsce klasyfikacja obejmuje kilkadziesiat rodzajów gruntów, ale dla celów projektowych zastosowano klasyfikujace grunty w ramach czterech wymienionych grup, przy czym rodzaj gruntów występujacych w podlozu powiazano z poziomem swobodnego zwierciadła wody gruntowej. W przypadku, gdy podloze nawierzchni zostalo zaklasyfikowane do grupy G2, G3 lub G4 to oznacza, ze podloze nie ma odpowiedniej nošności. Nalezyc je wówczas doprowadzic do grupy nošności G1 stosujac odpowiednie metody techniczne (np. stabilizacje mechaniczna lub chemiczna, geosyntetyki itp.). Ješli nie jest to mozliwe, konieczna jest wymiana gruntu. W celu okrešlenia grupy nošności podloza nawierzchni projektant zobowiazany jest ocenic:

- a) warunki wodne do gęłbokości 2 m od zakladanego spodu konstrukcji nawierzchni,
- b) rodzaj i wlašciwosci gruntu zalegajacego do gęłbokości 1 m od zakladanego spodu konstrukcji nawierzchni.

Projektant takze ocenia czy w warstwach dolnych podloza, ponizej 1 m od spodu konstrukcji nawierzchni, nie występuja warstwy slabe, wymagajace indywidualnego projektowania.

Projektant jest zobowiązany do podania w projekcie grupy nośności podłoża gruntowego nawierzchni, przyjętej jako podstawa do projektowania konstrukcji nawierzchni na podstawie:

- sporządzonych przez wykonawcę (projektanta) geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych (opinia geotechniczna, dokumentacja badań podłoża gruntowego, projekt geotechniczny);
- oraz w razie potrzeby uzupełniającej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i dokumentacji hydrogeologicznej sporządzonej w formie dodatków do dokumentów przekazanych przez Zamawiającego. W czasie robót budowlanych, bezpośrednio po odsłonięciu podłoża gruntowego nawierzchni w wykopach lub po uformowaniu nasypów, przed wykonaniem warstwy ulepszanego podłoża lub pierwszej warstwy konstrukcji nawierzchni, wykonawca zobowiązany jest przeprowadzić badania kontrolne potwierdzające założenia dotyczące nośności podłoża, przyjęte w czasie projektowania. Powyższe wymagania stanowią podstawy do projektowania realizacji budowy drogi i nie mogą być w żaden sposób zniesione bądź unieważnione. Z uwagi na fakt, że Inwestycja realizowana jest w systemie projektuj i buduj, wszelkie wymienione wyżej czynności są dokonywane przez projektantów na etapie realizacji. Natomiast na etapie składania ofert wykonawcy opierają się jedynie na wstępnych założeniach i badaniach. Z powyżej przytoczonych odpowiedzi Konsorcjum NDI wynika, że wykonawca wstępnie, na podstawie przyjętej niwelety oraz materiałów udostępnionych przez Zamawiającego, założył występowanie gruntów kategorii G1 czyli nie wymagających dodatkowych zabiegów w celu doprowadzenia gruntu do zakładanych parametrów (odpowiedź na pytanie nr 42). Jednakże Konsorcjum NDI przewiduje wykonanie uzupełniającej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (odpowiedź na pytanie 44), a jedynie na etapie sporządzania oferty dokonał wstępnych założeń na podstawie dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego. Jednakże chcąc mieć pewność, że Wykonawca zrozumiał przedmiot zamówienia Zamawiający zadał dodatkowe pytania dotyczące wykorzystania gruntu. Zamawiający otrzymał potwierdzenie, że Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie koszt wzmocnienia lub ulepszenia gruntu z wykopu w celu spełnienia wymagań zawartych w Kontrakcie oraz, że skalkulował możliwe ryzyka jakie mógł na tym etapie założyć. Zamawiający wskazuje, że założenia dokonywane przez wykonawców na tym etapie są założeniami jedynie wstępnymi, natomiast przedstawienie właściwych rozwiązań możliwe jest dopiero na etapie projektowania. Po dokonaniu weryfikacji złożonych odpowiedzi Zamawiający uznał, że Konsorcjum NDI uwzględniło wszystkie wymagania Zamawiającego i nie miał podstaw do odrzucenia Oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i zarzut w tym zakresie uznać należy za bezzasadny.

W dniu 22.02.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Przystępujący po stronie Zamawiającego złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów rzekomego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, czy też braku spełnienia/ wykazania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (zarzut 1, 2 i oznaczony w odwołaniu jako 6), zwrócenia uwagi już w tym miejscu wymaga, że zaprezentowany przez Konsorcjum Rubau stan sprawy („stan faktyczny”), można by określić, nawiązując do wartości, jakimi posługuje się Odwołujący, nie jest nawet w połowie prawdziwy. Jest to również konsekwencja posłużenia się niepełną treścią załączonych do odwołania dokumentów – interpretowanych w sposób wybiórczy i nakierowany na wykazanie słuszności z góry przyjętych twierdzeń. Zauważył, że w trakcie lektury odwołania nie sposób oprzeć się wrażeniu próby ograniczenia przez Konsorcjum Rubau - wszelkimi możliwymi sposobami - zakresu prac, jakie zostały faktycznie wykonane przez „SP” Sine Midas Stroy” („Sine Midas”), a których wartość powinna zostać uwzględniona. Odwołujący zdaje się zapominać przy tym, że zasadniczą ideą, jaka towarzyszy wprowadzaniu tego typu wartości do warunków udziału w przetargu, jest zweryfikowanie, czy 3 konkretny wykonawca będzie w stanie wykonać odpowiednio „pokaźne” zamówienie. Jak zostanie wykazane, nie istnieją powody, dla których Sine Midas należałoby odmówić prawa do uznania referencyjnego zadania za spełniające to oczekiwanie Zamawiającego. Uwagi te Wykonawca czyni jedynie w celu ukazania działań, jakie podejmuje Odwołujący, aby dopasować pewien stan faktyczny do swojej tezy. Już w tym miejscu warto bowiem zaznaczyć, że wartość prac do wystawienia Świadectwa Przejęcia osiągnęła pułap oczekiwany przez Zamawiającego (a nawet znacznie go przekraczający), wyartykułowany w warunku udziału, co też zostanie wykazane w dalszej części niniejszego pisma. Także gdy idzie o zarzuty dotyczące rzekomej niezgodności treści oferty z SWZ, stanowisko w tym zakresie – podobnie jak w przypadku zarzutów dotyczących wprowadzenia w błąd – jawi się raczej jako podjęta przez Odwołującego próba „nagięcia rzeczywistości” celem odrzucenia w pełni zgodnej z SWZ oferty Przystępującego. Co charakterystyczne dla Konsorcjum Rubau, przyjmuje Ono w odwołaniu własne rozumienie udzielanych przez Wykonawcę odpowiedzi i wyjaśnień (niezgodnie z intencją i treścią nadaną przez Konsorcjum NDI), a następnie wykazuje ich niezgodność z dokumentacją postępowania.

## ***II. ZARZUT WPROWADZENIA W BŁĄD/ BRAKU WYKAZANIA WARUNKÓW UDZIAŁU***

Konsorcjum Rubau w swoim odwołaniu wskazuje, że doświadczenie, na które powołał się Przystępujący /Inwestycja z pozycji 1 Wykazu robót budowlanych („Zadanie”)/, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Wynikać to ma z faktu, że – w ocenie Odwołującego - wartość zrealizowanych robót budowlanych w ramach referencyjnego projektu nie przekroczyła – wbrew stanowisku Konsorcjum NDI – 165 mln zł netto. W tej sytuacji uznać



należy, zdaniem Odwołującego, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, co prowadzić powinno do uznania Wykonawcy za wykluczonego z postępowania, a jego oferty za odrzuconą. Na uzasadnienie swojego stanowiska Odwołujący powołał się w swoim piśmie na następujące dokumenty: 1. wyciąg z umowy podwykonawczej z 03.12.2013 r., zawartej pomiędzy Todini /Zarówno przedmiotową nazwę, jak i dalsze nazewnictwo w niniejszym piśmie, przyjęto za treścią odwołania/, jako Głównym Wykonawcą, a Sine Midas, jako podwykonawcą robót; 2. zestawienie z 13.12.2016 r., zawierające – jak wskazuje Odwołujący – rzekomo finalne - rozliczenie wykonanych prac przez podwykonawcę; 3. ostateczne sprawozdanie rozliczenia prac z 27.02.2018 r. (wraz z wyciągiem tłumaczenia na język polski); 4. protokół odbioru z listopada 2017 roku (wraz z wyciągiem tłumaczenia na język polski); 5. treść referencji wystawionych Sine Midas przez Todini.

W tym miejscu Wykonawca podkreślił, że – jak zostanie to wykazane na podstawie pełnej dokumentacji dotyczącej realizacji referencyjnego projektu – stanowisko Odwołującego jest błędne, a wartość zrealizowanych przez Sine Midas robót przekroczyła 165 mln zł netto. Co przy tym istotne, Konsorcjum Rubau oparło swoje twierdzenia wyłącznie na części dokumentacji odnoszącej się do Zadania, dlatego uznać je należy za błędne. Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż umowa podwykonawcza (nota bene - podobnie jak Umowa Główna – o czym dalej) podpisana przez Sine Midas a Todini nie była umową ryczałtową, a kosztorysową. Wynika to z szeregu jej postanowień, w tym m.in. klauzuli 2.3 tej umowy: *2.3 Roboty zlecone w ramach podwykonawstwa będą podlegać w celu ustalenia płatności pomiarowi na podstawie rzeczywistych ilości wykonanych zgodnie z instrukcjami WYKONAWCY w oparciu o stawki i ceny określone w Przedmiarze Robót w sposób i w terminach określonych w Artykule 22 niniejszej Umowy.* Podkreślił, że Odwołujący dysponował pełną treścią umowy podwykonawczej – została ona załączona do odwołania, jednak przetłumaczonych zostało jedynie kilka (pasujących pod tezy odwołania) postanowień. W celu rozwiania wszelkich wątpliwości co do faktycznej treści umowy podwykonawczej, Przystępujący załącza pełne jej tłumaczenie. Powyższa okoliczność (kosztorysowy charakter wynagrodzenia z umowy podwykonawczej) jest istotna z dwóch powodów. Po pierwsze, umowa podwykonawcza wskazywała jedynie na zakładaną przez strony przed przystąpieniem do realizacji prac wartość umowy (wartość wyjściową). Zgodnie z taką konstrukcją rozliczenia ostateczna (faktyczna) wartość wykonanych przez Sine Midas prac mogła być znana dopiero po wykonaniu całego zadania (jak zostanie wykazane w dalszej części pisma – wartość ta znacznie się różniła (wzrosła) od tej pierwotnie zakładanej). Po drugie, wartość wskazana w umowie podwykonawczej wynikała z początkowo przyjętego do wykonania przez Sine Midas zakresu prac, opisanego w Załączniku nr 3 do umowy podwykonawczej, tj.

dokumentu, którego Odwołujący nie przedłożył. Na powyższe wskazuje postanowienie 5.1 umowy podwykonawczej: *Artykuł 5 – Przedmiar Robót w ramach podwykonawstwa 5.1 Przedmiar Robót zleconych stanowi integralną część niniejszej Umowy o Podwykonawstwo (Załącznik nr 3)*. Ponadto potwierdza to także treść artykułu 14 – Obowiązki WYKONAWCY, zgodnie z którym: *14.2 WYKONAWCA zapłaci PODWYKONAWCY za roboty wykonane zgodnie z Umową o Podwykonawstwo, w tym dodatkowe ilości robót (jeśli wystąpią) przekraczające te określone w Przedmiarze Robót Umowy o Podwykonawstwo, ale tylko w zakresie uzgodnionym przez INŻYNIERA i opłaconym przez ZAMAWIAJĄCEGO*. Nota bene na fakt, że określona w umowie podwykonawczej wartość nie jest ostateczna (a przynajmniej może nie być) wskazuje również pośrednio przywołana, ale nieopisana już w odwołaniu w tej części, klauzula dotycząca wynagrodzenia Sine Midas. Warto zauważyć, że Konsorcjum Rubau poprzestało jedynie na opisie pierwszej części zdania, całkowicie pomijając drugą z nich, w której Todini zobowiązuje się również do zapłaty ewentualnych „innych kwot”: *Artykuł 2 — Cena Robót zleconych w ramach podwykonawstwa 2.1 PODWYKONAWCA zobowiązuje się do wykonania, ukończenia i utrzymania Robót zleconych w ramach podwykonawstwa za kwotę 6 066 735 984,00 KZT (sześć miliardów sześćdziesiąt sześć milionów siedemset trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt cztery) (wielkość i wartość) lub inne kwoty, które mogą stać się należne zgodnie z warunkami niniejszej Umowy o Podwykonawstwo. Cena Umowy o Podwykonawstwo zawiera podatek VAT 12% (dwanaście procent). 20% (dwanaście procent) tej kwoty zostanie zapłacone w euro zgodnie z kursem wymiany walut wynoszącym 194,42 KZT za euro, 20% (dwadzieścia procent) tej kwoty zostanie zapłacone w USD zgodnie z kursem wymiany walut wynoszącym 151,1 KZT za USD, oraz 60% (sześćdziesiąt procent) tej kwoty zostanie zapłacone w KZT*. Co dodatkowo warto podkreślić, umowa podwykonawcza miała charakter umowy „back-to-back”, a zatem stanowiła niejako „lustrzane odbicie” Umowy Głównej. Oznacza to, że na Sine Midas przeniesiono prawa i obowiązki wynikające z umowy 6 między Konsorcjum Todini a Inwestorem Kazachstan, w tym zakres prac. Wskazują na to następujące postanowienia umowy podwykonawczej: [General Conditions] [Warunki Ogólne] Umowa o Podwykonawstwo jest umową typu back-to-back, w ramach której PODWYKONAWCA na mocy niniejszej Umowy o Podwykonawstwo przyjmuje, o ile nie określono inaczej, te same obowiązki i zobowiązania wobec WYKONAWCY, jakie WYKONAWCA przyjmuje na podstawie Umowy Głównej z ZAMAWIAJĄCYM. Powyższe potwierdza również sposób opisu przedmiotu umowy podwykonawczej, zgodnie z którym Sine Midas miał wykonać roboty zlecone w ramach Umowy Głównej, co też zostało nie tylko całkowicie pominięte (przemilczane) przez Odwołującego (mimo dostępu do tego dokumentu), ale w odwołaniu pojawiają się twierdzenia zupełnie odmienne. *Artykuł 1 –*

*Przedmiot Umowy 1.1 Roboty zlecone w ramach podwykonawstwa polegają na wykonaniu, ukończeniu i utrzymaniu oraz usunięciu wad robót drogowych w ramach: Umowy: EWRP-259.3-304.4- ICB(W)-001/2013: Budowa (przebudowa) odcinka drogi, w tym między innymi prace porządkowe na terenie budowy, roboty ziemne, budowa sztucznych struktur, podbudów dróg i nawierzchni, roboty umocnieniowe, system odwadniania, urządzenia drogowe i zarządzania ruchem, obiekty utrzymania, rekultywacja terenu i inne roboty zgodnie z Umową i Przedmiarem Robót, a także roboty w celu zapewnienia bezpieczeństwa ruchu; rozmieszczenie oświetlenia na węzłach komunikacyjnych oraz podjęcie działań ograniczających oddziaływanie na środowisko.* Powyżej wskazane okoliczności są o tyle istotne dla rozstrzygnięcia analizowanej sprawy, że – jak wynika z poniższej tabeli, a także załączonych do przedmiotowego pisma dokumentów - ostatecznie Sine Midas wykonało ponad dwukrotnie więcej prac niż pierwotnie zakładano. Oczywiście przełożyło się to również na otrzymane przez tego wykonawcę wynagrodzenie. Znajduje to swoje potwierdzenie w prostym porównaniu ilości prac początkowo zakładanych do wykonania przez Sine Midas, opisanych w Załączniku nr 3 do umowy 7 podwykonawczej („Zakres podstawowy”), oraz przedłożonym i zatwierdzonym zarówno przez Todini, jak i Inżyniera, Oświadczeniu końcowym (Final Settlement Certificate). Zgodnie z Załącznikiem nr 3 (Przedmiar robót; Bill of Quantities - BoQ), wartości za określone prace, oszacowane na podstawie ich ilości, wynosiły (na etapie zawierania umowy podwykonawczej, do której, próbując ustalić wysokość wynagrodzenia Sine Midas, referuje Odwołujący): /W tym miejscu pisma stosowny fragment z tego dokumentu/. Analogiczna suma, jako wyjściowa, znalazła się w zestawieniu z dnia 13.12.2016 r., złożonym wraz z odwołaniem: /W tym miejscu pisma stosowny fragment z tego dokumentu/. Co ważne, już w tym dokumencie zawarto oświadczenie Sine Midas (odręczny dopisek), że wskazana w tym dokumencie kwota nie wyczerpuje roszczeń podwykonawcy wynikających z łączącej go Todini umowy: /W tym miejscu pisma stosowny fragment/. Okoliczność ta została przez Odwołującego pominięta (dopisek nie został również przetłumaczony w polskojęzycznej wersji dokumentu). A zatem kwota, jaka została wskazana w tym dokumencie , jako – krótko rzecz ujmując – bezsporna i nie budząca wątpliwości, mogła zostać wypłacona bez zbędnej zwłoki. Taki też był cel Sine Midas. Inne natomiast roboty, a zatem płatności, nieprzewidziane pierwotnie przez umowę podwykonawczą, jako wykraczające poza Zakres podstawowy, zgodnie z artykułem 14.2 umowy podwykonawczej, jak to bywa w tego typu przypadkach, musiały zostać dopiero przeanalizowane - „uzgodnione przez INŻYNIERA i opłacone przez ZAMAWIAJĄCEGO” /WYKONAWCA zapłaci PODWYKONAWCY za roboty wykonane zgodnie z Umową o Podwykonawstwo, w tym dodatkowe ilości robót (jeśli wystąpią) przekraczające te określone w Przedmiarze Robót Umowy o Podwykonawstwo, ale tylko w zakresie

uzgodnionym przez INŻYNIERA i opłaconym przez ZAMAWIAJĄCEGO/. W dniu 21.03.2018 r. Sine Midas, nawiązując do zawiadomienia o ukończeniu prac z 15.11.2016 r., powołując się przy tym na treść klauzuli 18.1 umowy podwykonawczej (przywołana poniżej), w załączeniu do swojego pisma z tego dnia przedłożyło Todini Oświadczenie końcowe (Final Settlement Certificate), zawierające ostateczny wykaz ilości i wartości wykonanych prac (Przedmiar robót; BoQ). *Artykuł 18 – Zakończenie Robót zleconych w ramach podwykonawstwa 18.1 Po zakończeniu Robót zleconych w ramach podwykonawstwa PODWYKONAWCA złoży WYKONAWCY Oświadczenie końcowe o zakończeniu zgodnie z procedurą określoną w Umowie Głównej.* Oświadczenie końcowe zostało zatwierdzone przez Todini ostatecznie w dniu 01.10.2018 r. Co przy tym ważne, a co wynika z jego treści – wbrew gołosłownym sugestiom Odwołującego – dotyczyło ono prac wykonanych właśnie do 30.11.2016 r., a nie po tej dacie. Jeśli chodzi o zakres prac - wartości ujęte w Oświadczeniu końcowym, jak i w Przedmiarze robót (BoQ), są ponad dwukrotnie większe niż pierwotnie zakładano, co jednoznacznie dowodzi, że zakres pierwotnie przewidziany w umowie podwykonawczej nie był tym, który faktycznie Sine Midas wykonało. Jak wskazano u dołu Oświadczenia końcowego, Sine Midas z tytułu wykonania robót, było uprawnione do następujących płatności: 1.14.911.285, 96 euro brutto 2. 19.186.315, 13 dolarów brutto 3. 8.697.156.648, 54 tenge brutto. /W tym miejscu pisma poniżej wycinek z oryginalnego dokumentu (z podpisami) oraz tłumaczenie/. Biorąc pod uwagę kurs ww. walut z dnia wystawienia Świadcstwa Przejęcia, tj. 30.11.2016 r. /Zgodnie z pkt. 8.2.4 Instrukcja dla Wykonawców wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach obcych należy przeliczyć według średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadcstwa Przejęcia/, wartość wykonanych prac kształtuje się następująco:

<b>Płatność</b>	<b>Kurs</b>	<b>Tabela kursów średnich NBP</b>	<b>Wartość finalna</b>
14.911.285, 96 euro	4,4384	nr 231/A/NBP/2016 z dnia 30-11-2016	66.182.251, 60 zł brutto
19.186.315, 13 dolarów	4,1721	nr 231/A/NBP/2016 z dnia 30-11-2016	80.047.225, 35 zł brutto
8.697.156.648, 54 tenge	0,012225	nr 048/B/NBP/2016 z dnia 30-11-2016	106.332.740, 02 zł brutto

<b>Razem:</b>			<b>252.562.216, 97 zł brutto/ 225.493.050, 88 zł netto</b>
---------------	--	--	--

Jak już wynika z powyższego, ale co także znajduje potwierdzenie w innych przedłożonych przez samego Odwołującego dokumentach, nie jest prawdą, że wynagrodzenie Todini (jako generalnego wykonawcy) wynosiło ok. 14,5 mld tenge. Wystarczy spojrzeć na ostateczne sprawozdanie rozliczenia prac z dnia 24 lutego 2018 r. (załączone do odwołania), w którym to widnieje kwota ponad 19 mld tenge (III Suma z podatkiem/ Total including Tax), którą pomniejszono o wypłaconą już wcześniej zaliczkę w wysokości ponad 2 mld tenge: /W tym miejscu pisma stosowny fragment/.

Znajduje to swoje potwierdzenie w postanowieniu nr 23.2 umowy podwykonawczej, zgodnie z którym po osiągnięciu odpowiedniego poziomu wypłaty wynagrodzenia, potrącane będzie 20% kwoty każdego PŚP celem zwrotu zaliczki. Jeśli spojrzeć na kolumnę drugą, w której zawarto opis pozycji (nr 8; pod Suma z podatkiem) wyraźnie widać tam potrącenie (odliczone) 20%, które wcześniej w formie zaliczki otrzymało Todini oraz Sine Midas.

*23.2. Po osiągnięciu przez PODWYKONAWCĘ 30% całkowitej kwoty Umowy o Podwykonawstwo WYKONAWCA zatrzymuje 20% kwoty każdego Przejściowego Świadectwa Płatności, z uwzględnieniem korekty ceny, aż do całkowitego zwrotu całej kwoty zaliczki wpłaconej przez WYKONAWCĘ PODWYKONAWCY.* Różnica w wynagrodzeniu (upraszczając: ok. 19 mld tenge do ok. 14,5 mld tenge) Todini i Sine Midas przy całkowitym podzleceniu prac wynika oczywiście z przyjętych przez te podmioty różnych wartości (cen) poszczególnych prac (pozycji) w Przedmiarze robót – nieznacznie wyższych w Umowie Głównej niż w umowie podwykonawczej). Biorąc pod uwagę powyższe, jakiegokolwiek sugestie związane także z Protokołem 6 z listopada 20017 r., że to Todini otrzymało ok. 15 mld tenge, są całkowicie chybione i nieprawdziwe. Odwołujący w tym zakresie zdaje się spekulować i wprowadzać Izbę w błąd. Ponadto należy podkreślić, że Załącznik nr 9 do Odwołania jest dokumentem będącym odpowiednikiem pozwolenia na użytkowanie i nie stanowi dokumentu rozliczeniowego między stronami umowy. Nie może być on zatem wyznacznikiem wartości robót zrealizowanych przez Sine Midas. Niesłuszne są także uwagi dotyczące referencji wystawionych przez Todini dla Sine Midas. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że podpisał je Dyrektor Oddziału w Ałmatach, a zatem osoba niejako bezpośrednio zaangażowana w realizację projektu tj. będąca „na miejscu”, nie zaś np. osoba z siedziby głównej Todini (Rzym – Włochy), która mogła ewentualnie mieć ograniczoną wiedzę na temat realizacji projektu. Po drugie, uwzględniając treść umowy podwykonawczej, do której

przecież Odwołujący miał dostęp (przedłożył ją wraz z odwołaniem), jakiegokolwiek podnoszenie, że w treści referencji użyto sformułowania „wartość Umowy Podwykonawczej” a nie „wartość robót”, należy postrzegać wyłącznie jako próbę zaciemnienia całego obrazu sprawy (potocznie rzecz ujmując – „szukania dziury w całym”, aby udowodnić z góry założoną tezę). Jak już bowiem wskazano powyżej, przedmiotem umowy podwykonawczej było wykonanie tożsamyh robót objętych Umową Główną. Jakiegokolwiek zatem sugestie, że wskazana w referencjach wartość odnosi się jeszcze do czegoś innego, są całkowicie chybione i nakierowane na wprowadzenie w błąd Izby. Biorąc wszystko to, co powyżej, pod uwagę, należy jeszcze raz wyraźnie podkreślić, że Odwołujący swoje tezy z odwołania formułuje wyłącznie w oparciu o część dokumentacji odnoszącej się do realizacji przedsięwzięcia. Dlatego też obraz, jaki nakreślił w swoim stanowisku, nie ma nic wspólnego z ostatecznym przebiegiem realizacji Zadania. Na marginesie i z ostrożności Konsorcjum NDI wskazuje, że Partner Sine Midas ma jeszcze inne doświadczenia, które spełniają warunek udziału. Z oczywistych względów w takiej sytuacji pojawia się pytanie, po co miałby wprowadzać Zamawiającego w błąd, przedstawiając mu projekt, który nie spełnia oczekiwań Generalnej Dyrekcji? Zdecydował się natomiast na wskazanie tego, a nie innych 12 projektów, również z tego względu, że był on już weryfikowany np. przez krakowski Oddział Generalnej Dyrekcji w 2018 roku. Na jego podstawie została przyznana temu wykonawcy do realizacji umowa pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 od granicy woj. świętokrzyskiego do Krakowa, odcinek: węzeł Miechów (bez węzła) - węzeł Szczepanowice (bez węzła)”. Przystępujący załącza referencje z zadania: „Rekonstrukcja korytarza Centrum – Południe «Astana-Karaganda-Bałchasz-Ałmaty» odcinek drogi samochodowej «Granica FR (na Jekaterinburg) -Ałmaty» obwodnica wschodnia miasta Karaganda 1472-1497 km”, które również spełniają wymagania Zamawiającego. Powyższe jest o tyle istotne, że – jak zauważa się w najnowszym orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie (Sąd Zamówień Publicznych) - o ile nawet uznać, że Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego (czemu stanowczo zaprzecza), a spełniał w momencie składania ofert i spełnia nieprzerwanie warunki udziału w postępowaniu z uwagi na inne posiadane doświadczenie, wykluczenie z postępowania takiego wykonawcy w świetle opisanych powyżej okoliczności, jawi się jako zbyt rygorystyczne; stanowi to argument za brakiem podstaw do stawiania wykonawcy zarzutu w postaci wprowadzenia zamawiającego w błąd (tak: SO w W-wie w wyroku z 16.12.2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 123/21; analogicznie wcześniej: SO w Katowicach w wyroku z 13.09.2019 r., sygn. akt: XIX Ga 953/19).

**III. ZARZUT NIEZGODNOŚCI TREŚCI OFERTY Z SWZ III.1. ZAKŁADANY PRZEZ KONSORCJUM NDI TERMIN NA UZYSKANIE DECYZJI O ZEZWOLENIU NA REALIZACJĘ INWESTYCJI DROGOWEJ (ZRID).** Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Przystępujący nie

przyjął nieprawidłowego, nieuwzględniającego czasu na procedurę środowiskową, okresu uzyskania decyzji ZRID. Twierdzenie takie nie wynika w szczególności ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień z 10.12.2021 r. Odwołujący ponownie (analogicznie jak przy zarzucie dotyczącym doświadczenia Sine Midas) wybiórczo wyklada dokumenty postępowania. W celu wykazania wadliwości stanowiska Odwołującego, w pierwszej kolejności zasadne jest przywołanie pełnej treści udzielonej przez Przystępującego odpowiedzi (nr 41): „Wykonawca wyjaśnia, że na gruncie obowiązujących przepisów termin wydania decyzji ZRID wynosi 90 dni od złożenia wniosku (art. 11a ust. 3 oraz art. 11h ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych). Zgodnie z art. 11h ust. 3 w/w ustawy do terminu 90 dni nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Rzeczywisty termin uzyskania decyzji może być zatem dłuższy. Jednocześnie Wykonawca nadmienia, że uzyskanie postanowienia RDOŚ w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko uzyskuje się przed złożeniem wniosku o wydanie decyzji ZRID por. Art.11a ust.4 w/w ustawy”. W treści zarzutu (oznaczony nr. 3) Odwołujący w ogóle nie wskazał na czym polegać ma wadliwość w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 41. Analizując jednak całość odwołania dojść można do wniosku, że Odwołujący doszukuje się, po pierwsze, rzekomej deklaracji Przystępującego o uzyskaniu decyzji ZRID w terminie 90 dni, po drugie, niezgodności oferty z wymogami ujętymi w Subklauzuli 1.1.16 oraz pkt. 8.14 Danych Kontraktowych. Odnosząc się do tak nakreślonego stanowiska Odwołującego stwierdził, że: a) Przystępujący w odpowiedzi na pytanie nr 41 jednoznacznie wskazał, że ustawowy 90-dniowy termin wydania decyzji ZRID może ulec wydłużeniu (co wprost wynika z treści odpowiedzi); b) Przystępujący nie naruszył wymogów ujętych w Subklauzuli 1.1.16 oraz pkt. 8.14 Danych Kontraktowych (czego najlepszym dowodem jest to, że Odwołujący nie jest w stanie wskazać na czym miałyby polegać naruszenie tych postanowień przez Przystępującego). Przystępujący wyjaśnia, iż w istocie w momencie złożenia wniosku o ZRID będzie dysponował raportem ponownej oceny oddziaływania na środowisko, nie zaś postanowieniem dotyczącym ponownej oceny oddziaływania na środowisko, które to postanowienie uzyskuje się w trakcie wydawania decyzji ZRID. Ponowna ocena oddziaływania na środowisko – jako postępowanie wpadkowe – prowadzona jest w okresie zawieszenia postępowania głównego, tj. właśnie postępowania w sprawie decyzji ZRID. Wobec powyższego, raport ponownej oceny oddziaływania na środowisko zostanie opracowany w końcowej fazie wykonywania Projektu Budowlanego i uzyskiwania wszelkich pozwoleń opinii i uzgodnień tak, aby można go było złożyć łącznie z wnioskiem o wydanie

decyzji ZRiD. W związku z powyższym organ prowadzący przedmiotowe postępowanie nie będzie zmuszony do zawieszenia postępowania na czas pozyskiwania przez Przystępującego raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko (art. 88 ust. 4 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U.2021.2373 t. j., dalej jako: "u.o.o.ś."). Prawdą jest, że po otrzymaniu raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, który zostanie złożony wraz z wnioskiem o wydanie Decyzji ZRiD, zgodnie z art. 89 ust. 1 u.o.o.ś., organ właściwy do wydania decyzji o ZRID występuje do właściwego regionalnego dyrektora ochrony środowiska albo Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z wnioskiem o uzgodnienie warunków realizacji przedsięwzięcia. Ustawowy termin na wydanie takiego postanowienia wynosi 45 dni od dnia otrzymania dokumentów od organu. Przy czym Przystępujący w żadnym fragmencie swych wyjaśnień nie założył i nie zadeklarował, iż 45-dniowy termin na uzgodnienie warunków środowiskowych realizacji przedsięwzięcia biegnie w toku 90-dniowego okresu na uzyskanie decyzji ZRID. Wręcz przeciwnie, Przystępujący zaznaczył wprost, iż do terminu 90 dni nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania, a zatem rzeczywisty termin uzyskania decyzji ZRID może być dłuższy (tak – końcówka udzielonej odpowiedzi). Przystępujący w swojej odpowiedzi na pytanie nr 41 udzielonej Zamawiającemu w wyjaśnieniach z dnia 10.12.2021 r. zastrzegł, że zgodnie z art. 11h ust. 3 w/w ustawy do terminu 90 dni nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu. Przystępujący - wbrew twierdzeniom Odwołującego – nigdy nie twierdził, że uzyska decyzję ZRiD w przeciągu 90 dni od dnia złożenia wniosku. Odpowiedział jedynie, że termin ustawowy przewidziany do wydania decyzji ZRiD wynosi 90 dni, mając jednocześnie świadomość, że czas ten w rzeczywistości jest dłuższy, a mając na uwadze, niezależne od wykonawcy procedury administracyjne właściwych organów, nie jest stały i w pełni przewidywalny. Przystępujący potwierdza, że zna postanowienia PFU, w tym pkt 2.2.2 na str. 122 i że wszystkie terminy niezbędne do przeprowadzenia przeglądów i akceptacji i procedury tam wskazane uwzględnił w swojej ofercie, a w szczególności w określeniu czasu niezbędnego do złożenia wniosku o wydanie decyzji ZRiD. Odwołujący, przytaczając jedynie PFU oraz wybiórcze odpowiedzi Przystępującego w ramach procedury wyjaśniania oferty, w żaden sposób nie wykazuje, że Przystępujący oferuje wykonanie zamówienia rzekomo w sposób niezgodny z PFU, tj. ani nie wskazuje, z jaką konkretnie częścią PFU oferta Konsorcjum NDI jest niezgodna, ani na czym konkretnie ta niezgodność ma polegać. W tym zakresie



twierdzenia Odwołującego – jako niepoparte jakimkolwiek dowodem – uznać należy za gołosłowne. Przywołane przez Odwołującego postanowienia z Subklauzuli 8.3 [Harmonogram] mówią o terminach, jakie należy przyjąć do Harmonogramu Głównego Kontraktowego, natomiast faktyczne uzyskanie decyzji ZRiD (co wedle doświadczenia Przystępującego nie jest odosobnione) może nastąpić wcześniej niż zakładane przez Zamawiającego 7 miesięcy. Tym samym nie ma powodów, aby dany Wykonawca, pomimo dysponowania decyzją ZRiD, wstrzymywał rozpoczęcie prac do czasu upłynięcia zakładanego, jedynie szacunkowego terminu 7 miesięcy. Za swego rodzaju kuriozum należy uznać twierdzenia i zarzut Odwołującego jakoby skrócenie powyższego terminu miało stanowić niezgodność z dokumentacją postępowania. Wskazany w Danych Kontraktowych Kamień Milowy nr 1 mówiący o złożeniu do właściwego organu administracji publicznej w terminie 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRiD nie zabrania Wykonawcy złożenia tego wniosku szybciej, np. po 14 miesiącach od Daty Rozpoczęcia, jak wskazał Przystępujący w swoich odpowiedziach na pytanie nr 41, złożonych do Zamawiającego w wyjaśnieniach z 05.11.2021 r. oraz 10.12.2021 r. Odnosząc się do zarzutu związanego z rzekomym naruszeniem Subklauzuli 1.1.16 oraz 8.14 wskazać należy, że Odwołującym, pomimo sformułowania zarzutu opartego na niezgodności oferty z warunkami zamówienia, nie jest w stanie wykazać na czym ta niezgodność ma polegać. Jest to oczywiste, biorąc pod uwagę, że określony w tych postanowieniach Kamień Milowy nr 1 został ograniczony wymogiem 15 miesięcy, a Przystępujący tego limitu nie narusza. Już zatem na tej podstawie widać, że zarzut odwołania jest niczym nieuzasadniony. Twierdzenie Odwołującego, że Konsorcjum NDI, poprzez błędne i niezgodne z przepisami i wymaganiami Zamawiającego założenia, przedłuży okres realizacji Kontraktu o 4 miesiące jest pozbawione podstaw. Analiza odwołania prowadzi do wniosku, że wykonawca który przyjął zgodnie z Danymi Kontraktowymi i Kamieniem Milowym nr 1 czas 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia potrzebny na złożenie wniosku o wydanie decyzji ZRiD oraz zgodnie z Subklauzulą [8.3] 7 miesięcy na uzyskanie decyzji ZRiD, co łącznie oznacza 22 miesiące czasu przeznaczanego na okres projektowania, dotrzyma Czasu na Ukończenie, a wykonawca który planuje uzyskać szybciej decyzję ZRiD przedłuży okres realizacji Kontraktu o 4 miesiące. Trudno zgodzić się z taką „logiką”. Przystępujący wyjaśnia, że przyjęty przez niego całkowity czas niezbędny na uzyskanie decyzji ZRiD, wskazany w odpowiedziach na pytanie nr 41, złożonych do Zamawiającego w wyjaśnieniach z 05.11.2021 r. oraz 10.12.2021 r., gdzie przyjęto: 1. Wykonanie prac projektowych wraz z uzyskaniem wszystkich warunków technicznych w ciągu pierwszych 9 miesięcy od podpisania umowy, 2. Uzyskanie wszystkich niezbędnych uzgodnień do dokumentacji w ciągu kolejnych 5 miesięcy, 3. Uzyskanie decyzji ZRiD w ciągu 90 dni od dnia złożenia wniosku, z zastrzeżeniem, że do terminu 90 dni nie

wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu, a zatem wynoszący łącznie co najmniej 17 miesięcy, nie jest terminem nierealnym i niemożliwym do osiągnięcia. Powyższe znajduje potwierdzenie chociażby w pozyskaniu przez współpracujące z Przystępującym biuro projektowe na rzecz tożsamego Zamawiającego, tj. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, w toku realizacji podobnego (w szczególności pod względem uwarunkowań i parametrów technicznych) zadania pn. „Budowa drogi S3 Troszyn-Świnoujście. Odcinek 2 Dargobądz (z węzłem) - Troszyn” decyzji ZRiD wraz z wykonaniem Projektu Budowlanego oraz uzyskaniem wszystkich niezbędnych uzgodnień, opinii i decyzji w terminie 16 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Poniżej tabela porównawcza wspomnianych inwestycji obrazująca realność założeń Przystępującego. Dodatkowo, w załączeniu Przystępujący przedkłada informację z oficjalnej strony internetowej GDDKiA o Dacie Rozpoczęcia ww. inwestycji na budowę drogi S3 odc. 2, jak również wyciąg – strony tytułowe wniosku o wydanie decyzji ZRID z 28.06.2021 r. (str. 1-2) oraz samej decyzji zezwalającej na realizację inwestycji drogowej z 23.12.2021 r. (str. 1). Porównanie parametrów technicznych zamówienia pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz Toruń, odcinek 4 od węzła Toruń Zachód do węzła Toruń Południe” z realizowanym zadaniem pn. „Budowa drogi S3 Troszyn-Świnoujście. Odcinek 2 Dargobądz (z węzłem) - Troszyn”.

<b>Lp.</b>	<b>Parametry techniczne</b>	<b>S10 odc.4</b>	<b>S3 odc.2</b>
1	Długość odcinka	11,9 km	16 km
2	Rodzaj drogi	ekspresowa	ekspresowa
3	Klasa techniczna	S	S
4	Przekrój budowany	2x2	2x2
5	Przekrój docelowy	2x3	2x2
6	Prędkość projektowa	120 km/h 100 km/h (w obrębie istniejących obiektów inż. nie przewidzianych do rozbiórki oraz pod obiektami w węźle Toruń Czerniewice)	120 km/h 80 km/h (teren zabudowany)
7	Kategoria ruchu	KR7	KR6

8	dopuszczalny nacisk pojedynczej osi napędowej pojazdu na nawierzchnię	115 kN/oś	115 kN/oś
9	Ilość węzłów drogowych	3	3
10	Miejsc Obsługi Podróżnych MOP+OUD	0	2+1
11	Ilość obiektów inżynierskich (mosty/wiadukty)	6 - nowych, 5 - remontowanych, 6 - do rozbiórki	13
12	Konieczne do uzyskania odstępstwa	drogowe - 1, kolejowe - 1, morskie - 0	drogowe - 2, kolejowe - 1, morskie - 1

Nadmienił, że Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie wymagał od oferentów opracowania i złożenia wraz z ofertą wstępnego harmonogramu na realizację przedmiotowego zadania, uwzględniającego okres projektowania. Odwołujący – opierając się jedynie na wybiórczych informacjach odnośnie do wymienionych przez Przystępującego w ramach wyjaśnień na etapie oceny oferty terminów – nie ma zatem żadnych podstaw do twierdzenia że Przystępujący nie tylko rzekomo nie dotrzyma Czasu na Ukończenie, a wręcz wydłuży go o 4 miesiące. Tym bardziej, że wszyscy oferenci wyceniali ten sam zakres robót wskazany w SWZ oraz PFU.

### *III.2. RZEKOME NIEUWZGLĘDNIENIE PRZEZ KONSORCJUM NDI SPECYFIKI GRUNTU*

W kolejnym zarzucie Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum NDI nie uwzględniło wymagań określonych w załączniku nr 4 do PFU (Dokumentacja geologiczno – inżynierska) oraz załączniku nr 18 do PFU (Warunki wykonania i odbioru robót). Również ten zarzut jest jednak nieuzasadniony, opiera się na życzeniowej koncepcji Odwołującego, który nie tylko doszukuje się w treści wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego niewyrażonych tam treści, ale i zupełnie zapomina, że mamy do czynienia z inwestycją realizowaną w formule zaprojektuj i wybuduj. Wskazał na wyrok KIO z 24.08.2021 r., sygn. akt: KIO 1466/21. Tymczasem analizowany zarzut opiera się na przyjętej przez Odwołującego hipotezie odnośnie klasyfikacji gruntu. Jak jednak wynika z wyjaśnień Przystępującego, wyjaśnienia te nie zawierają twierdzeń, których doszukuje się Odwołujący. Ponadto, Odwołujący traktuje jako pewne przyjęte przez siebie założenia odnośnie gruntów, zupełnie pomijając obowiązek dowodowy w tym zakresie. Jako punkt wyjścia dla swojego zarzutu Odwołujący przyjął, że Przystępujący zakwalifikował podłoże gruntowe jako G1, tzn. rzekomo takie, które nie wymaga żadnych zabiegów wzmacniających lub uszlachetniających i nadaje się do bezpośredniego posadowienia na nim konstrukcji drogi. Przystępujący wskazuje, że

stwierdzenie jakoby grunty o współczynniku nośności G1 nie wymagały żadnych zabiegów wzmacniających lub uszlachetniających nie znajduje potwierdzenia w adekwatnych dokumentach źródłowych, w tym w Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych (KTKN PiP), będącym dokumentem wiążącym wg PFU (pkt. 3.1.2 Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad ppkt. 32). Przystępujący wyjaśnia, iż także grunty o nośności G1 mogą wymagać drobnych zabiegów wzmacniających lub uszlachetniających. Przystępujący mając tego świadomość, uwzględnił je w swojej ofercie, zarówno w kosztach bezpośrednich, jak i ogólnych ryzykach realizacyjnych. Odwołujący po raz kolejny nadinterpretowuje/ przeinacza odpowiedzi wykonawcy i próbuje wprowadzić Izbę w błąd. Przystępujący wyjaśniająco dodaje, iż klasyfikacja grup nośności oparta na KTKN PiP wskazuje na klasyfikacje gruntów w zakresie grup nośności podłoża od G1 do G4. 50. Wyżej wymienionej klasyfikacji dokonuje projektant w oparciu o KTKN PiP zgodnie z punktem 7.15 b) według wysadzinowości gruntu i warunków wodnych (możliwe do określenia na podstawie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej). Przystępujący na etapie przygotowania oferty zatrudnił profesjonalne biuro projektowe, którego projektant określił grupę nośności podłoża jako G1, ponieważ zalegające w podłożu grunty są gruntami niespoistymi, a co za tym idzie niewysadzinowymi oraz nie są gruntami nawodnionymi. Natomiast na etapie realizacji zgodnie z pkt 7.15 a) KTKN PiP według wartości wskaźnika nośności CBR, potwierdza się, czy dane podłoże spełnia daną grupę nośności. Przystępujący nadmienia, iż w uproszczeniu procedura ta wygląda następująco: • po odhumusowaniu terenu sprawdza się wilgotność podłoża gruntowego i w razie potrzeby doprowadza się je do wilgotności optymalnej, • następnie dogęszcza się je maszynami budowlanymi np. walcami wibracyjnymi, • i dopiero po wykonaniu w/w czynności podczas badania odpowiednio przygotowanego podłoża za pomocą płyty VSS określa się jego wtórny moduł odkształcenia E2, a na jego podstawie klasyfikuje się zgodnie z Tablica 7.3 Klasyfikacja grup nośności podłoża gruntowego nawierzchni G1 nośność danego podłoża gruntowego. Jeżeli uzyskany moduł odkształcenia wtórnego jest za niski, to wówczas stosuje się w/w zabiegi wzmacniające lub uszlachetniające mające na celu spełnienie warunku nośności podłoża G1. Najczęściej stosowane zabiegi wzmacniające polegają na dogęszczeniu istniejącego podłoża, co zostało ujęte w kosztach bezpośrednich oferty Przystępującego. Przed wykonaniem pierwszej warstwy nasypu istniejące podłoże należy wyrównać i dogęścić, co też zostało ujęte w cenie jednostkowej budowy 1m<sup>3</sup> nasypu. Może wystąpić również konieczność lokalnego, punktowego doziarnienia istniejącego podłoża, co Przystępujący uwzględnił w ogólnych ryzykach realizacyjnych. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są zatem pozbawione jakichkolwiek podstaw. Warto również nadmienić, że przedmiotowa inwestycja jest realizowana po istniejącym śladzie drogi DK10, co powoduje,

że w praktyce grunty pozyskiwane z wykopu będą gruntami, które kilkanaście lat temu zostały tam wbudowane zagęszczone i spełniają tym samym nośność podłoża G1. W świetle powyższego, twierdzenie Odwołującego jakoby przyjęta przez Przystępującego kwalifikacja nośności gruntu była nieprawidłowa, nie zakładając przy tym jakichkolwiek zabiegów wzmacniających lub ulepszających, a zakładany na jej podstawie sposób wykonania robót, nie pozwalał na prawidłową realizację zamówienia, jest nieprawdziwe i niezgodne z zapisami KTKNPIP, a co za tym idzie z postanowieniami PFU. Już samo przyjęcie, że Wykonawca rzekomo przeszedł do porządku dziennego nad faktem, że „*droga przebiega przez jeden z największych w Polsce terenów wydm śródlądowych*”, a do tego właściwie sprowadza się stanowisko Odwołującego, kłóci się z jakąkolwiek logiką i doświadczeniem życiowym. Takie postępowanie, w którym to Odwołujący przyjmuje „jakieś” rozumienie odpowiedzi Wykonawcy (niezgodne z jego treścią i intencjami Konsorcjum NDI) a następnie stara się z tym rozprawić, ukazując jego rzekomą niezgodność z SWZ, charakterystyczne nota bene dla całego odwołania, nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący odpowiadając na zadane pytanie, wskazał i potwierdził, że przygotował ofertę w sposób prawidłowy w oparciu o dokumenty udostępnione przez Zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia (m.in. PFU), a tym samym Przystępujący nie ma obowiązku dodatkowego szacowania elementów, których 19 uprzednio nie zweryfikował sam Zamawiający, a których nie można było przewidzieć na etapie ofertowania przy dochowaniu należytej staranności. Jednocześnie w wyjaśnieniach udzielonych dnia 10.12.2021 r. do pytania (42, 44, 49), Przystępujący jednoznacznie potwierdził, że uwzględnił ryzyko wystąpienia konieczności wzmocnienia/uszlachetnienia gruntów z zakresie możliwym do oszacowania na podstawie udostępnionej dokumentacji. Przystępujący wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dodatkowych badań na potwierdzenie swojej tezy. Aktualna praktyka prowadzenia robót ziemnych i dostępne maszyny pozwalają z powodzeniem uzyskiwać prawidłowe zagęszczenia nasypów dla gruntów, które wykazują się wskaźnikiem  $C_u < 3$ . Za przykład może posłużyć odcinek drogi S7 przebiegający przez teren Żuław Wiślanych, gdzie na cele budowy nasypów wykorzystano z powodzeniem piaski rzeczne pochodzące z refulacji dna rzeki Wisła, które często osiągały wartości bliskie  $C_u = 2,5$ , jednak dzięki odpowiedniemu planowaniu prac, używaniu nowoczesnych walców o dużej energii wibracji oraz odpowiedniemu dozowaniu wody podczas procesu zagęszczenia, skutkowało osiągnięciem wartości wskaźnika zagęszczenia podczas sondowań kontrolnych wykonywanych przez Zamawiającego na poziomie przekraczającym wartości  $I_s > 1,0$  w całym przekroju nasypu. Odwołujący być może nie ma doświadczenia w realizacji zadań z wykorzystaniem materiałów niespoistych w stanie luźnym, gdyż materiały te jak to wykazał Przystępujący w odp. na pytanie 63, przy pomocy nowoczesnych metod można z powodzeniem

doprowadzić do parametrów, które zapewnią prawidłową pracę podłoża gruntowego. Przystępujący wykazał powyżej, że przyjmowanie jedynie parametru różnoziarnistości jako jedynego, które determinuje przyjęcie odpowiedniej grupy nośności, wskazywać może na brak zrozumienia, a co za tym idzie błędnego postępowania się postanowieniami z KTKN PiP. Zgodnie z przytoczonym katalogiem o nośności podłoża decydują warunki wodne, wysadzinowość gruntu, którymi kieruje się projektant na etapie sporządzania dokumentacji projektowej oraz ich nośność weryfikowana na etapie realizacji robót budowlanych. Tym samym klasyfikowanie nośności gruntu jedynie w oparciu o pojedynczy parametr, zdaje się być co najmniej dalece niemiernodajne. Przystępujący pragnie podkreślić, że – wbrew twierdzeniom Odwołującego – w udzielonej Zamawiającemu odpowiedzi z 10.12.2021 r. na pytania nr 42, 44, 49 potwierdził wprost, że uwzględnił koszt w postaci ryzyka konieczności wzmocnienia/ulepszenia gruntów w celu spełnienia wymagań zawartych w Kontrakcie w zakresie możliwym do oszacowania na podstawie przedłożonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu Zamówienia (PFU). Dodatkowo Przystępujący przypomina, że w ramach prac objętych Kontraktem, przewidziana jest rozbiórka istniejącego korpusu drogi S10, a co za tym idzie, w trakcie rozbiórki pozyskany materiał (podbudowa KŁSM, warstwy mrozoochronne) z dużym prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością stanowić będą materiał, który będzie można z powodzeniem zastosować do lokalnego doziarnienia w miejscach, gdzie grunty punktowo nie będą spełniać określonych wymagań zawartych w wymaganiach Zamawiającego. Odwołujący w sposób świadomy cytuje wrywkowo WWIORB D-02.01.01. Wykonawca wskazuje, że Zamawiający w ww. dokumencie w pkt. 2.2.6 zapisał: „2.2.6. *Do budowy nasypów nieprzydatne są materiały nie spełniające wymagań podanych w Tablicy 2.2, z uwzględnieniem zapisów punktu 2.2.8. W szczególności nieprzydatne są następujące grunty i materiały antropogeniczne, przy czym nieprzydatność może mieć charakter trwały lub czasowy: a) organiczne (tj. o zawartości substancji organicznych ponad 2 %), b) równoziarniste (o wskaźniku jednorodności uziarnienia  $C_u < 2,5$  (np. keramzyt). Zasady zastosowania takich materiałów należy określić indywidualnie*”. Przystępujący zgodnie z odpowiedzią na pytania nr 42/44/49 w ramach wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu dnia 10.12.2021 r. jeszcze raz podkreśla, że uwzględnił koszt w postaci ryzyka konieczności wzmocnienia/ulepszenia gruntów w celu spełnienia wymagań zawartych w Kontrakcie w zakresie możliwym do oszacowania na podstawie przedłożonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu Zamówienia (PFU). Dodatkowo należy wspomnieć, że w odpowiedzi na pytanie nr 69 do wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu dnia 05.11.2021 r., Przystępujący wskazał, że aby zminimalizować ryzyko, na etapie przygotowania Oferty wystąpił do potencjalnych dostawców o oferty na dostawę kruszyw do wykonania nasypów i wymiany gruntu. Pozyskane oferty znajdują się w załącznikach 21.2,

69.1., 69.2. Wbrew dywagacjom Odwołującego w tym zakresie, świadczy to ewidentnie o tym, że Przystępujący założył w swojej ofercie ewentualną konieczność punktowego wzmocnienia podłoża gruntowego. W odpowiedzi na pytanie nr 69 do wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu z 05.11.2021 r. Przystępujący wskazał, że w swojej ofercie przyjął maksymalne wykorzystanie materiału pochodzącego z wykopu do zrealizowania nasypów, co jednoznacznie wskazuje na możliwość zastosowania dobrych jakościowo materiałów pochodzących z rozbiórki (podbudowa KŁSM, warstwa mrozochronna), a co za tym idzie brak konieczności zakupu i dowozu materiałów z poza obszaru budowy. Odnosząc się do rzekomej analogii do dokumentacji projektowej dotyczącej autostrady A1, Przystępujący podkreśla, że przedmiotowe postępowanie nie dotyczy budowy autostrady A1, a budowy drogi ekspresowej S10. Budowa autostrady A1 na odcinku Czerniewice - Odolion (obecne nazwy: Toruń Południe - Ciechocinek), była realizowana przez tego samego Zamawiającego, stąd założenie, że Zamawiający dysponował wiedzą na temat potencjalnych problemów, jakie mogą wystąpić w tym rejonie. Powyższe powinno być jasno ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. Nie jest rolą oferenta rozpoznawanie sąsiednich odcinków już zrealizowanych inwestycji, gdyż takie zadanie nie wynikało z opisu przedmiotu zamówienia, tj. zapisów SWZ/PFU. W kontekście niewykazania pochylenia skarp, Przystępujący wyjaśnia, że dodatkowe pochylenie skarp jest tylko jedną z wielu dostępnych metod zabezpieczenia skarp. Przystępujący w odpowiedzi na pytanie nr 42 w wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu w dniu 05.11.2021 r. wskazał przyjęte umocnienia skarp w postaci: humusowania wraz z obsianiem mieszanką traw oraz wykonanie umocnień antyerozyjnych dla wysokich skarp. Świadczy to dobitnie o tym, że zarzut Odwołującego o nieuwzięciu wszystkich kosztów w ofercie Konsorcjum NDI jest nieprawdziwy. Odnosząc się do zarzutu o niewłaściwym zidentyfikowaniu rodzaju gruntu, Przystępujący podnosi, że sformułowanie Odwołującego jest nieprawdziwe. Przystępujący w udzielonej przez siebie odpowiedzi na pytanie nr 50 z 05.11.2021 r. wykazał, że na opracowanie m.in. uzupełniającej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej przeznaczył stosowną kwotę, natomiast w odpowiedzi uszczegóławiającej z 10.12.2021 r. na pytanie Zamawiającego, czy Wykonawca w swojej ofercie skalkulował ryzyko zwiększenia tych kosztów, Przystępujący wyjaśnił, że w swojej ofercie przyjął ogólny koszt na ryzyka związane z realizacją przedmiotowego zadania (obejmującego zarówno etap projektowy, jak i etap realizacji robót budowlanych), w którym zawiera się m.in. zwiększenie kosztów na opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Tym samym konstatacja Odwołującego jakoby Przystępujący na etapie projektowania nie zakładał dodatkowego badania gruntu jest nietrafiona, nie znajdując potwierdzenia w faktycznym stanie rzeczy. Powyższy zarzut stawiany przez Odwołującego świadczyć może o małym doświadczeniu i braku rzeczowej analizy SWZ/PFU.

Postanowienia PFU wprost wskazują, że w zakresie tzw. Dokumentów Wykonawcy wskazane jest sporządzenie jedynie Uzupełniającej Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej/ Dokumentacji Hydrologiczno-Inżynierskiej, wskazując jednocześnie jako jeden z dokumentów wiążących Zarządzenie Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad nr 22 z 2019 roku. Dokument ten opisuje metodologie i zakres badań dla poszczególnych etapów przygotowywanych do realizacji inwestycji. Przystępujący podnosi, że w świetle przywołanego Zarządzenia nr 22 z 2019 etap realizacji tej inwestycji to etap Projektu Budowlanego, a co za tym idzie, zakres rozpoznania różni się np. od etapu Stadium Techniczno-Ekologiczno-Środowiskowego-R. Odwołujący błędnie interpretuje postanowienia PFU, które nie wskazują na konieczność sporządzania całkowicie nowego rozpoznania podłoża. Przystępujący przypomina, że w ślad za PFU pkt. 1.2 *Aktualne uwarunkowania [...] pkt.4 – badania podłoża stanowią dokument, na podstawie którego należy przystąpić do projektowania*. Przystępujący w sposób całkowicie uprawniony mógł założyć, co potwierdził w udzielonych wyjaśnieniach, że założył przebieg trasy zbliżony do wskazanego w STEŚ-R, a tym samym przyjął niezbędny zakres uzupełniającego rozpoznania podłoża w zakresie wynikającym z indywidualnych rozwiązań, jakie przyjął w ofercie. Niezrozumiałym jest zatem zarzut, jakoby było to celowe i nieprawidłowe działanie, gdyż zarówno na etapie realizacji prac projektowych jak i robót stałych, do procedowania ewentualnych rozbieżności służą odpowiednie, przewidziane przez Zamawiającego postanowienia aktu Umowy w szczególności SWK. Twierdzenie Odwołującego, że Konsorcjum NDI w sposób celowy i świadomy przyjmuje metodę wykonania zamówienia, która umożliwi mu kreowanie roszczeń o dodatkowe wynagrodzenie, jest nieusprawiedliwione i mocno krzywdzące. Należy postrzegać to jako próbę dyskredytowania Konsorcjum NDI i wywarcia zarówno na Zamawiającym, jak i na Izbie mylnego wrażenia. Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj, co daje każdemu oferentowi, w tym Przystępującemu, pewną – ograniczoną rzecz jasna postanowieniami PFU – swobodę do ukształtowania np. niwelety, przebiegu drogi w planie, mieszczącego się w liniach DŚU, jak również do dalszych optymalizacji, nie wykraczających poza zapisy SWZ. Naturalnym jest zatem, że każdy oferent przyjmuje w tej sytuacji indywidualne założenia (optymalizacje), skutkujące finalnie wartością oferty i w zależności od przyjętych rozwiązań, pomysłów, ilości robót – poszczególne oferty się różnią. Każdy oferent dobiera strategię pozwalającą mu na zmniejszenie ceny ofertowej, a tym samym uzyskanie konkurencyjnej pozycji w rankingu ofert, co jest w pełni naturalne, a wręcz oczekiwane. Przystępujący nie zgadza się z Odwołującym, że cały materiał pozyskany z wykopu należy uszlachetnić czyli doziarnić. Z uwagi na charakter przedmiotowego zadania polegający w dużej mierze na rozebraniu istniejącej nawierzchni drogowej jezdni lewej drogi DK 10



i tylko częściowe dobudowanie nasypu dla jezdni prawej, materiał pozyskany z tak zwanego wykopu jest materiałem z istniejącego nasypu, który został już kiedyś odebrany i można zakładać z dużą dozą prawdopodobieństwa, że spełnia warunki nośności podłoża G1. Odwołującemu umyka, iż niniejsze zadanie różni się znacząco od sąsiednich, które w większości przebiegają po nowym śladzie, w dziewiczym terenie. Natomiast przedmiotowa inwestycja S10, przebiega po istniejącym śladzie, a co za tym idzie, po istniejących w dużej części nasypach. Nadmieniał, że oferta Przystępującego nie była badana pod kątem rażąco niskiej ceny, w związku z powyższym Przystępujący nie był zobowiązany do ujawniania wybranych cen jednostkowych.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” /tom I – Instrukcji dla Wykonawców/, Programu Funkcjonalno - Użytkowego zwany dalej: „PFU” /tom III – Instrukcji dla Wykonawców/, Zał. Nr 4 do PFU /Dokumentacja geologiczno - inżynierska/, Legenda do dokumentacji geologiczno – inżynierskiej /Dokumentacja geologiczno – inżynierska/ B- zał. graficzny/ Cz. II – Ob. Dróg/ Zał.B.II.2 Objaśnienia do przekrojów/, Zał. Nr 18 do PFU /Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych = WWiORB/; Szczególnych Warunków Kontraktu - Część A Dane Kontraktowe - tom II – Instrukcji dla Wykonawców, Szczególnych Warunków Kontraktu – Część B Postanowienia Szczególne - tom II – Instrukcji dla Wykonawców, oferty Przystępującego, wezwania z 21.10.2021 r., odpowiedzi na pytania Zamawiającego – pismo z 05.11.2021 r. /część jawna oraz stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa/, wezwania z 26.11.2021 r., odpowiedzi na pytania Zamawiającego – pismo z 10.12.2021 r., wezwania Zamawiającego z 21.12.2021 r., wykazu robót Konsorcjum NDI wraz z pismem przewodnim z 03.01.2022 r., referencji z 12.10.2020 r. wydanej Sine Midas przez Todini, informacji z zestawieniem punktowym ofert, czy też informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nadto, zaliczono do materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) Protokół odbioru robót z 27.02.2018 r. (wraz z tłumaczeniem na język polski) ;
- 2) Protokół odbioru z listopada 2017 (wraz z wyciągiem tłumaczenia na język polski);
- 3) Wyciąg z umowy podwykonawczej nr 2 z 03.12.2013 r. nr EWRP-259.3304.4-ICB(W)-001/2013 (wraz z tłumaczeniem na język polski);
- 4) Zestawienie zawierające rozliczenie wykonanych prac przez podwykonawcę dokument z 13.12.2016 r. (wraz z tłumaczeniem na język polski).

Podobnie, zaliczono do materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w odpowiedzi:

- 1) Pismo Zamawiającego z 16.02.2022r., nr GDDKiA.O.BY.D-3.2410.4.2021.5.30.gk wraz z tłumaczeniem;
- 2) Pisma Todini wraz z „Świadectwem rozliczenia końcowego” oraz tłumaczeniami przysięgłymi.

Jednocześnie, zaliczono do materiału dowodowego załączone do pisma procesowego przez Przystępującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) Umowa podwykonawcza (całość) wraz z tłumaczeniem;
- 2) Oświadczenie końcowe z 01.10.2018 r.;
- 3) Nowa referencje na inne zadanie;
- 4) Dokumentacja z postępowania Budowa drogi S3 Troszyn-Świnoujście. Odcinek 2 Dargobądz (z węzłem) – Troszyn.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) Tabela z przeliczeniem wartości tenge na złotówki oparta na dowodach złożonych przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie wraz tabelami kursów średnich NBP tenge i euro;
- 2) Tabela z przeliczeniem wartości waluty tenge na euro i na złotówki;  
/na okoliczność tego, że otrzymane wartości nie osiągają wartości wymaganej przez Zamawiającego i są skrajnie odmienne od podanych w referencji/;
- 3) Pełną wersję protokołu nr 6 z listopada 2016r., które wyciąg przedłożył wraz z odwołaniem;
- 4) Wydruki stron internetowych, tj. źródło, z którego m.in. pochodzą dowody z odwołania, tj. Centrum Zamówień Publicznych Republiki Kazachstanu;
- 3) Wyciąg opisu technicznego projektu wykonawczego MOP Otłoczyn na autostradzie A1 Toruń-Styków

/na okoliczność tego, że Przystępujący w sposób niewłaściwy dokonał oceny gruntu, a w szczególności nie wziął pod uwagę, że na tym terenie mamy do czynienia z gruntem o charakterze wydmowym/;

4) Graf z terminami oraz tabele nr 3.2. pochodzącą z zarządzenia GDDKiA

/na okoliczność tego, że Przystępujący nieprawidłowo podał termin na uzyskanie decyzji ZRID/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania w sytuacji, w której Konsorcjum NDI w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu;

2) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania w sytuacji, w której Konsorcjum NDI w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum NDI do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust. 1 lit. a) SWZ, w sytuacji, w której wykonawca ten nie potwierdził spełnianie przedmiotowego warunku;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum NDI z postępowania w sytuacji, w której Konsorcjum NDI w wyjaśnieniach z 10.12.2021 r. oświadczyło zamierza wykonać zamówienie w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Warunkach Kontraktu oraz określonymi w Załączniku 4 (Dokumentacja geologiczno-inżynierska dla określenia warunków geologiczno-inżynierskich w podłożu projektowanej drogi ekspresowej S-10 na odcinku Bydgoszcz-Toruń pow.: toruński, bydgoski, miasto Toruń i miasto Bydgoszcz, woj. kujawsko-pomorskie) oraz Załączniku 18 (Warunki wykonania i odbioru robót budowlanych) do PFU.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, drugiego, trzeciego, Izba uznała, że niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu.

W pierwszej kolejności, wymaga zastrzeżenia, że z uwagi na ich charakter, Izba odniesie się do tych zarzutów łącznie. W dalszej kolejności, konieczne jest podkreślenie, że nie potwierdziły się zarzuty wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4 ust.1 lit. a SWZ. Należy bowiem zgodzić się z Przystępującym, że bez względu na sposób dojścia do rozliczenia wartości podanej przez Przystępującego są to wartości zgodne z prawdą. W konsekwencji można byłoby co najwyżej stwierdzić nie potwierdzenie spełniania wymogu w zakresie oczekiwanej przez Zamawiającego wartości robót, w zakresie której należało się wykazać w kontekście wykazywanego doświadczenia. Przy czym, w ocenie Izby, także ten zarzut nie został potwierdzony.

Jednocześnie, Izba uznała, że Odwołujący nie kwestionował, a więc uznał następujące okoliczności, jako wynikające z przedłożonej przez Przystępującego wraz z pismem procesowym umowy podwykonawczej wraz z tłumaczeniem. Po pierwsze, wartość wynikająca z umowy podwykonawczej miała charakter wstępny i mogła ulec podwyższeniu. Po drugie, sposobem rozliczenia umowy było wynagrodzenie kosztorysowe. Po trzecie, Generalny Wykonawca scedował na podwykonawcę pełen zakres prac w wykazanym zakresie. Odnośnie, zaś istoty zarzutu, tj. tego, czy wartość robót wykazanych prac jest wartością wyrażoną w tengach przeliczoną według średniego kursu NBP z dnia podpisania Świadectwa Przejęcia /30.11.2016 r./ na złotówki, czy wartością robót wynikającą ze świadectwa końcowego (certyfikatu końcowego), tj. przeliczenia wartości wyrażonych w trzech walutach na złotówki. Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego, uznając, że wartość wynagrodzenia Sine Midas, to de facto wartość robót, czyli to co Sine Midas otrzymała jako wynagrodzenie w trzech walutach na zasadach wynikających z pkt 2.1 umowy podwykonawczej /"Artykuł 2 — Cena Robót zleconych w ramach podwykonawstwa 2.1 PODWYKONAWCA zobowiązuje się do wykonania, ukończenia i utrzymania Robót zleconych w ramach podwykonawstwa za kwotę 6 066 735 984,00 KZT (sześć miliardów

*sześćdziesiąt sześć milionów siedemset trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt cztery) (wielkość i wartość) lub inne kwoty, które mogą stać się należne zgodnie z warunkami niniejszej Umowy o Podwykonawstwo. Cena Umowy o Podwykonawstwo zawiera podatek VAT 12% (dwanaście procent). 20% (dwanaście procent) tej kwoty zostanie zapłacone w euro zgodnie z kursem wymiany walut wynoszącym 194,42 KZT za euro, 20% (dwadzieścia procent) tej kwoty zostanie zapłacone w USD zgodnie z kursem wymiany walut wynoszącym 151,1 KZT za USD, oraz 60% (sześćdziesiąt procent) tej kwoty zostanie zapłacone w KZT", co było następnie podstawą do przeliczenia według średniego kursu walut z daty podpisania Świadectwa Przejęcia /30.11.2016 r./, co zostało wyartykułowane w piśmie procesowym Przystępującego (str. 9-10).*

Izba nie zgadza się, ze stanowiskiem Odwołującego, że wartość robót to wartość w tengach, a strony umówiły się tylko na określoną wartość, która jedynie referowała do wartości w tengach. W ocenie Izby, to zbytnie uproszczenie, ze strony Odwołującego, przygotowane na potrzeby postępowania odwoławczego. Po pierwsze, dlatego, że Odwołujący abstrahuje od określonych uwarunkowań istniejących w krajach takich, jak Kazachstan i konieczności przyjęcia określonych zasad gwarantujących pewną dozę pewności, zabezpieczający przed sztucznym wahaniem miejscowej waluty, zwłaszcza przy finansowaniu ze Środków Banku Światowego. Po drugie, wartość robót jest wartością na jaką obciążono inwestora(czyli Generalnego Wykonawcę), czyli jest to przysporzenie jakie uzyskało Sine Midas, inwestor nie został obciążony na wartość w tengach, ale w trzech walutach. Po trzecie, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wartość wynagrodzenia jest nieadekwatna do wartości robót, z uwagi na zaistnienie jakiejkolwiek okoliczności w zakresie, których Odwołujący spekulował na rozprawie (np. dotyczących zapłaty kary umownej, czy też płatności na rzecz dalszego podwykonawcy).

Powyższe stanowisko Izby, potwierdza także treść referencji, która także odnosi się do wartości w trzech walutach, które pokrywają się ze świadectwem końcowym (certyfikatem końcowym). Istniejące różnice między wartością końcową z wykazu usług, a wartością z pisma procesowego nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie, gdyż każda z nich przekracza znacznie wartość robót oczekiwana przez Zamawiającego w ramach wymogu. Podobnie, nie zmienia stanowiska Izby wartość podana w euro w referencji przez Generalnego Wykonawcę, gdyż wcześniej są podane wartości w owych trzech walutach, takie jak na świadectwie końcowym, a podwykonawca nie miał wpływu na wartość podaną przez Generalnego Wykonawcę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego (w jego ramach zarzut błędnego wskazania terminu na uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej – ZRID oraz zarzut odnośnie nieuwzględnienia przez Przystępującego specyfikacji gruntu), Izba uznała, że niniejszy zarzut podlega oddaleniu.

Względem zarzutu odnośnie nieuwzględnienia przez Przystępującego specyfikacji gruntu jest on niezasadny. W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie wymagał wskazania w ramach oferty danej grupy nośności gruntu. Było to spowodowane chociażby formułą postępowania „zaprojektuj i wybuduj”. Kwestia ta bowiem będzie podlegała dalszej weryfikacji na etapie projektowania m.in. przez badania terenowe, co potwierdził na rozprawie Przystępujący. W dalszej kolejności, należy nie zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący nie uwzględnił w ofercie ryzyka związanego z wzmocnieniem/ulepszeniem gruntu. Wskazana odpowiedź na pytania 44, 44 i 49 (łącznie) /pismo z 10.12.2021 r./ wyraźnie referuje do tej kwestii *„Wykonawca potwierdza, że uwzględnił koszt w postaci ryzyka konieczności wzmocnienia/ulepszenia gruntów w celu spełnienia wymagań zawartych w Kontrakcie w zakresie możliwym do oszacowania na podstawie przedłożonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu Zamówienia (PFU)”*. W konsekwencji, Zamawiający nie mógł wybiórczo jej odczytywać i odwoływać się jedynie do fragmentów dotyczących się grupy nośności gruntu G1 pomijając fragment dotyczący uwzględnienia ryzyka związanego z koniecznością wzmocnienia gruntu. Nie mógł także abstrahować od kontekstu i formuły zamówienia. Izba także nie podzieliła stanowiska, że udzielone odpowiedzi są wewnętrznie sprzeczne, a stanowisko Przystępującego nie ma żadnego przełożenia w dokumentacji inżyniersko – geologicznej. Jest wręcz przeciwnie wskazywana przez Przystępującego dokumentacji inżyniersko – geologiczna (zał. nr 4 do PFU) str. 97-100 daje podstawę do takich, a nie innych założeń przyjętych przez Przystępującego. Przy czym, co wymaga wyraźnego podkreślenia są to założenia wstępne, które będą podlegały weryfikacji na etapie projektowania. Izba także podkreśla, że w udzielonej odpowiedzi Przystępujący wyraźnie zadeklarował, że uwzględnił wszystkie wymagania wynikające z zał. nr 4 *„Wykonawca odnotowuje, że dokumentacja będąca zał.4 do PFU została sporządzona w oparciu o wymagania, które stosowane są powszechnie w procesach inwestycyjnych i na ich podstawie możliwa jest rzetelna wycena przewidywanego zakresu prac” (...)* „Wykonawca potwierdza, że dokonał należytej analizy przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji warunków gruntowo-wodnych (zał.4 PFU) i na tej podstawie skalkulował ofertę przyjmując możliwe do oszacowania na tym etapie ryzyka wynikające z przedstawionych w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji.” i 18 do PFU *„Wykonawca wyjaśnia, że uwzględnił opisane w załączniku nr 18 do PFU*

wymagania dotyczące warunków wykonania i odbioru robót budowlanych (min. wzmocnienie podłoża gruntowego, wykonanie nasypów i zasypek obiektów, wykonanie warstw nawierzchni, obiektów inżynierskich, itp.) oraz związane z tym koszty”. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, udzielone odpowiedzi, w ocenie Izby, brak jest niebezpieczeństwa, na które wskazuje Odwołujący, że Przystępujący będzie chciał z uwagi na nieujęcie określonych ryzyk zwiększyć swoje wynagrodzenie. Wyraźnie, tak w postępowaniu (w ramach odpowiedzi na pytania), jak i na rozprawie oświadczył, że wszystkie ryzyka ujął bazując na udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji, a dalsza weryfikacja będzie na etapie realizacji, tj. projektowania. Przy czym, co wymaga podkreślenia, zarzut sformułowany przez Odwołującego, nie odnosi się do ceny zaoferowanej, ale tego, czy oferta odzwierciedla wymagania z zał. Nr 4 i 18 do PFU. Dodatkowo, Izba nie zgadza się z tezami odwołania, że Przystępujący nie przewiduje dodatkowego badania gruntu na etapie projektowania. Przeczy temu odpowiedź na pytanie 44 (pismo z 05.11.2021 r.) /w części jawnej/.

Względem zarzutu błędnego wskazania terminu na uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej – ZRID jest on niezasadny.

Odwołujący w ramach swojego stanowiska dokonał określonych założeń. Po pierwsze, Odwołujący uznał, że Przystępujący nie wliczył do 90 dniowego terminu, terminu na wydanie przez RDOS postanowienia o uzgodnieniu (45 dniowego) warunków realizacji przedsięwzięcia. Po drugie, wskazane 90 dni są niezgodne z Subklauzulą 8.3 Harmonogram, zgodnie z którą na uzyskanie decyzji ZRID należy przewidzieć w harmonogramie 7 miesięcy. Po trzecie, uzyskanie decyzji ZRID mieści się w 1 Kamieniu Milowym. Po czwarte, 90 dni jest terminem nierealnym wobec przyjęcia przez Zamawiającego 7 miesięcy. Po piąte, wskazane 90 dni wpływa na harmonogram, gdyż w ocenie Odwołującego, wskazując owe 90 dni Przystępujący wydłużył sobie czas na realizację robót, tj. harmonogram, w tym zakresie z 19 do 23 miesięcy (czyli skrócił o 4 miesiące), przy generalnym zadeklarowanym skróceniu czasu realizacji przez Przystępującego i innych Wykonawców o 3 miesiące.

W pierwszym wypadku, należy stwierdzić, że 90 dni to termin ustawowy wynikający z art. 11a ust. 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Do ww. terminu nie wlicza się terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonania określonych czynności, okresów zawieszenia postępowania oraz okresów opóźnień spowodowanych z winy strony albo z przyczyn niezależnych od organu (art. 11 h ust. 3 ustawy przywołanej powyżej). Przyjęto zatem termin wynikający z ustawy. Nadto, Przystępujący zastrzegł w odpowiedzi na pytanie 41 (pismo z 10.12.2021 r.), że: „Rzeczywisty termin uzyskania decyzji może być zatem dłuższy”. Termin ZRID nie stanowi kryterium oceny ofert. W konsekwencji należy uznać, że

Przystępujący nie założył, że termin 45 dniowy na wydanie postanowienia o uzgodnieniu biegnie w toku owych 90 dni, ale wobec nie wliczenia do owych 90 dni terminów przewidzianych w przepisach prawa do dokonywania określonych czynności, okresów zwieszenia postępowania, rzeczywisty termin uzyskania decyzji ZRID może być dłuższy. Nie wskazał więc sztywnego terminu.

W drugim wypadku, należy zgodzić się tak z Zamawiającym, jak i Przystępującym, że 7 miesięczny termin (Szczególne Warunki Kontraktu – Część B Postanowienia Szczególne - tom II – Instrukcji dla Wykonawców – str. 56) jest terminem wyjściowym do harmonogramu. Na etapie projektowania może ulec aktualizacji (zmianie) na krótszy lub dłuższy, co w tym ostatnim wypadku będzie wiązało się z określonymi konsekwencjami. Tym bardziej, że Przystępujący wykazał przykładem (w piśmie procesowym oraz na rozprawie), tj. S3 odc. 2 /„Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz Toruń, odcinek 4 od węzła Toruń Zachód do węzła Toruń Południe” z realizowanym zadaniem pn. „Budowa drogi S3 Troszyny-Świnoujście. Odcinek 2 Dargobądz (z węzłem) - Troszyn”/, że taka możliwość uzyskania decyzji ZRID, w terminie krótszym niż 7 miesięcy jest możliwa, co skutkuje tym, że nie można założyć „z góry”, że termin 90 dniowy jest terminem nierealnym.

W dalszej kolejności, Izba stwierdza, że uzyskanie decyzji ZRID nie mieści się w 1 Kamieniu Milowym, lecz poza nim, co potwierdzają Szczególne Warunki Kontraktu - Część A Dane Kontraktowe - tom II – Instrukcji dla Wykonawców (str. 5).

Odnosnie kwestii, celowego wydłużenia czasu realizacji robót przez Przystępującego, Przystępujący stanowczo zaprzeczył powyższemu założeniu Odwołującego. Stwierdzając, że nigdy nie dążył do wydłużenia terminu realizacji robót, nigdy także takie sformułowania nie padły z jego strony w ramach złożonych wyjaśnień. Stwierdził, że skrócił wykonanie 1 Kamienia Milowego z 15 na 14 miesięcy, w zakresie decyzji ZRID nie ma na to wpływu (90 dni + to co wygeneruje organ). Realizacja kontraktu przewiduje na 41 miesięcy i za ten termin ponosi odpowiedzialność, co nie oznacza, że jeśli decyzja ZRID zostanie uzyskana wcześniej, realizacja nie zostanie ukończona w terminie wcześniejszym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego i nakazując Odwołującemu dokonanie zwrotu Zamawiającemu kwoty 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie przedłożonego rachunku.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....