

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 maja 2024 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	SSO Monika Skalska
Sędziowie:	SO Sylwia Paschke SO Alicja Dziekańska
Protokolant:	sekr. sądowy Dariusz Książyk

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 24 kwietnia 2024r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego – przeciwnika skargi: Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W.

odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółki akcyjnej w Ł., (...) spółki akcyjnej w W.

przystępującego po stronie zamawiającego: (...) spółki akcyjnej w W.

ze skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 8 grudnia 2023r., sygn. akt KIO 3080/23

I. oddala skargę;

II. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółki akcyjnej w Ł., (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. kwotę 7200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego wraz z odsetkami w wysokości ustawowej za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego od kwoty 7200 zł od dnia uprawomocnienia się punktu II (drugiego) niniejszego wyroku do dnia zapłaty.

Sylwia Paschke Monika Skalska Alicja Dziekańska

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w W. Oddział w O. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: (...).

Decyzją z 5 października 2023 roku zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wskazując, iż jest nią oferta (...) spółki akcyjnej w W., a ponadto dokonał przyznania punktów ofertom, jak też odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty wykonawców: 1) Konsorcjum: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółki akcyjnej w (...) spółki akcyjnej w Ł.; 2) Konsorcjum: (...) spółka akcyjna w (...) w T. (C.).

W postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia od wskazanej decyzji zamawiającego odwołania zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez trzech wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Odwołujący 1: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: (...) S. A. - (...) oraz (...) - (...) Konsorcjum - (...) - (...) Konsorcjum (nr (...) Oddziału w Polsce: (...)) - sygn. akt KIO 3067/23,

Odwołujący 2: wykonawca (...) S.A. z/s w W. - sygn. akt KIO 3075/23,

Odwołujący 3: wykonawcy wspólnie ubiegający się do postępowania odwoławczego: Konsorcjum: (...) Sp. z o.o., (...) S.A., (...) S.A. z/s w W. - sygn. akt KIO 3080/23.

Wobec faktu, iż niniejsze postępowanie toczyło się na skutek skargi, którą do Sądu Okręgowego wniosło Konsorcjum (...), to tut. Sąd w treści niniejszego uzasadnienia będzie wyłącznie odnosił się do kwestii związanych ze sprawą pod sygn. KIO 3080/23, toczącej się z odwołania tychże wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto Sąd Okręgowy wskazuje, że na wstępie niniejszego uzasadnienia, przytoczy zarówno ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej jakie zostały poczynione w postępowaniu odwoławczym jak i rozważania prawne Izby z uwagi na uwypuklenie specyfikacji technicznych zamówienia i podstaw do nieuwzględnienia odwołania i skargi skarżącego.

Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: (...) Sp. z o.o., (...) S.A., (...) S.A. z/s w W. (Konsorcjum (...)) podał, że wnosi odwołanie od:

1. nieprawidłowego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;
2. nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp;
3. ewentualnie, zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do treści złożonej oferty;
4. niezasadnego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez (...) S.A. z siedzibą w W.;

Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Konsorcjum (...) jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdy tymczasem spełnia ona wszystkie wymagania Zamawiającego, w szczególności (w kontekście uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego):

- a) uwzględnia dopuszczoną PFU technologię wykonania mostu (...);
- b) uwzględnia dopuszczone przez PFU technologie wzmocnienia podłoża;
- c) obejmuje prace projektowe i wykonawcze systemu sterowania oświetleniem;
- d) uwzględnia dopuszczone w PFU warstwy konstrukcji nawierzchni;

e) uwzględnia dopuszczoną przez PFU technologię wzmocnienia podłoża w lokalizacji w km 17+743 - 17+866 (1+502 - 1+626 B2)

a tym samym nie powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, co doprowadziło do bezzasadnego dokonania wyboru oferty (...) S.A. jako najkorzystniejszej;

2. ewentualnie (tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 1) - art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie przeprowadzenia dodatkowej procedury wyjaśniającej w celu jednoznacznego ustalenia, czy oferta Konsorcjum (...) pozostaje zgodna z warunkami zamówienia;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum (...);

c) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum (...);

d) ewentualnie (tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 1), wezwania Konsorcjum (...) do złożenia dodatkowych wyjaśnień;

2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym

Wyrokiem z dnia 8 grudnia 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawach KIO 3067/23, 3075/23, 3080/23 w pkt 1 oddaliła odwołania; w pkt 2 orzekła o kosztach postępowania odwoławczego.

Na wstępie swoich rozważań KIO ustaliła, że:

Zamawiający prowadził Postępowanie w tzw. formule „projektuj i buduj”, w którym opis przedmiotu zamówienia (warunki zamówienia) został określony w Programie Funkcjonalno- Użytkowym oraz w uzupełniającym Opisie Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 33 do PFU) wraz z załącznikami (dalej jako PFU). Zamawiający w powyższych dokumentach wyspecyfikował konkretne wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne, którym powinny odpowiadać oferty złożone przez wykonawców. Wykonawcy na bazie właśnie tych dokumentów mieli poczynić konkretne założenia do stworzenia rozwiązań i skalkulowania cen ofert.

W dniu 5 października 2023 r. Zamawiający poinformował o ocenie ofert, które to czynności stanowią podstawę wniesienia rozpatrywanych odwołań, a mianowicie: poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy (...) (sygn. akt: KIO 3075/23) oraz o odrzuceniu ofert: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum (...) (sygn. akt: KIO 3067/23) i Konsorcjum (...) (sygn. akt: KIO 3080/23) .

W przypadku oferty wykonawcy (...) uznanej za najkorzystniejszą wskazał, że oferta spełnia warunki udziału w postępowaniu i otrzymała maksymalną ilość punktów w kryteriach oceny ofert, a w stosunku do wykonawcy brak jest podstaw do jego wykluczenia z postępowania.

Zamawiający, odrzucając oferty Odwołujących: Konsorcjum (...) wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp podnosząc, że w myśl tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i stwierdzając, że przez warunki zamówienia, stosownie do art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dalej wskazał w decyzji te elementy, które stanowią o niezgodności treści danej oferty z warunkami zamówienia.

W przypadku oferty Konsorcjum (...) wskazał na cztery elementy, a mianowicie:

- 1) brak uwzględnienia prac na obiekcie (...) (16c km 27.668 (...))
- 2) niedopuszczona przez PFU technologia wykonania mostu (...)
- 3) niezgodne z wymaganiami PFU warstwy konstrukcji nawierzchni
- 4) błędnie przyjęta technologia posadowienia mostu (...)

W przypadku oferty Konsorcjum (...) wskazał, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia obejmuje następujące elementy:

- 1) uwzględnia nie dopuszczoną PFU technologię wykonania mostu (...);
- 2) uwzględnia nie dopuszczone przez PFU technologie wzmocnienia podłoża;
- 3) nie uwzględnia pełnego zakresu prac projektowych i wykonawczych systemu sterowania oświetleniem;
- 4) uwzględnia nie dopuszczone w PFU warstwy konstrukcji nawierzchni;
- 5) uwzględnia nie dopuszczoną przez PFU technologię wzmocnienia podłoża w lokalizacji w km 17+743 - 17+866 (1+502 - 1+626 B2)

Z kolei wnoszący odwołanie wykonawca B., w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu wskazał, że oferta wykonawcy (...) jest niezgodna z warunkami zamówienia co do następujących elementów:

- błędnego zakresu korekty trasy w rejonie jeziora D.,
- przyjęcia błędnych elementów odwodnienia w pasie awaryjnym,
- nieprawidłowego posadowienia obiektu (...) jako posadowienia bezpośredniego,
- nieprawidłowych parametrów obiektu (...)2,
- niedostosowania założeń ofertowych dotyczących systemu sterowania oświetleniem do wymagań określonych w (...).

Także wskazał na brak złożenia planu sytuacyjnego, co było wymagane w ramach składanych wyjaśnień.

Przedmiot zamówienia został opisany w punkcie 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) (...)

Odnosząc się stricte do odwołania sygn. akt KIO 3080/23, Izba wskazała, że rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba ustaliła, że w decyzji z dnia 5/10/2023 w części dotyczącej odrzucenia ofert w punkcie 2. Zamawiający podał, że oferta Konsorcjum w składzie (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. (Lider), (...) SA z siedzibą w W. ((...)) oraz (...) S.A. z siedzibą w Ł. ((...)) podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. Według powołanej decyzji niezgodność treści oferty Konsorcjum (...) z warunkami zamówienia obejmuje następujące elementy: 1) uwzględnia nie dopuszczoną PFU technologię wykonania mostu (...); 2) uwzględnia nie dopuszczone przez PFU technologie wzmocnienia podłoża; 3) nie obejmuje pełnego zakresu prac projektowych i wykonawczych systemu sterowania oświetleniem; 4) nie uwzględnia dopuszczonych w PFU warstw konstrukcji nawierzchni; 5) nie uwzględnia dopuszczonej przez PFU technologię wzmocnienia podłoża w lokalizacji w km 17+743 - 17+866 (1+502 - 1+626 B2).

W zakresie pierwszego elementu [(1) niedopuszczonej przez PFU technologię wykonania mostu MD-1B] w odpowiedzi z dnia 28/07/23 na pytanie 3.10. Konsorcjum (...) wskazało, że płyta mostu (...) zostanie wykonana w technologii prefabrykowanej, jako ramownica z belek prefabrykowanych typu (...). Zatem przyjęte rozwiązanie, podobnie jak przez Konsorcjum (...), jest niezgodne z wymaganiami określonymi w Tabeli 1.1 PFU, gdzie wskazano, że „Należy

wybudować obiekt żelbetowy, monolityczny, trójprzęsłowy o podporach pośrednich umiejscowionych skośnie do osi obiektu; przyczółki należy zaprojektować i wykonać jako prostopadłe do osi drogi’.

W pozostałym zakresie Izba podtrzymała argumentację jak w zakresie analogicznego zarzutu w odwołaniu KIO 3067/23. Konsorcjum (...) bowiem, zdaniem Izby w toku rozprawy nie wykazało, że zaproponowana technologia jest zgodna z wymaganą technologią wg PFU. Odwołujący w wyjaśnieniach podał, że zamierza wybudować most z użyciem gotowych prefabrykatów typu (...), co jest niezgodne z cytowanymi wymaganiami określonymi w Tabeli 1.1 PFU. Izba zwróciła także uwagę, że dla mostu (...), zostały określone w Tabeli 1.1 punktu 1.1.3.3 PFU dodatkowe wymagania szczególne inaczej niż dla pozostałych tego typu obiektów. Taka szczególna - co podkreślał Zamawiający - technologia i dodatkowe wymagania szczególne dla tego konkretnie mostu zostały przyjęte z uwagi na nietypowy układ geometryczny płyty pomostu wymuszony warunkami środowiskowymi. Ponadto - na co zwracał uwagę także wykonawca B. - przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami pkt. 1.1 (...) należało wykonać między innymi zgodnie ze Wzorcami i Standardami Ministra właściwego ds. (...) wymienionymi w PFU pkt. 3.1 poz. 138.

W ramach ww. Wzorców i standardów, mających wiążący charakter w ramach Postępowania, podział obiektów mostowych ze względu na typ konstrukcji można znaleźć w następujących dokumentach:

- WR-M-21-1 „Katalog typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów. Część 1: Kształtowanie konstrukcji”;
- WR-M-21-2 „Katalog typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów. Część 2: Podstawowe wiadomości o drogowych obiektach mostowych”.

W pierwszym z dokumentów (WR-M-21.1 w tabeli 2-1) przedstawiono zestawienie obiektów między innymi ze względu na typ konstrukcji, zakres rozpiętości i liczbę przęseł. Do obiektów monolitycznych wieloprzęsłowych w zakresie rozpiętości 20-30m zaliczono: sprężoną belkę monolityczną. Konstrukcja z użyciem belek prefabrykowanych typu T zaliczona została do obiektów częściowo prefabrykowanych, podobnie jak konstrukcja zespolona z dźwigarów walcowanych (stalowych). Z kolei w drugim z dokumentów (WR-M-21.2.) przedstawiono opis wraz rysunkami przedstawiającymi poszczególne typy konstrukcji mostowych. Rys. 3-4 przedstawia przekroje poprzeczne typowych mostów płytowych z rozgraniczeniem na konstrukcję monolityczną pełną, monolityczną z otworami oraz półprefabrykowaną z belek typu odwrócone T (tego rodzaju belkami są belki typu K.). W ramach tego dokumentu w odniesieniu do mostów płytowych konstrukcja częściowo prefabrykowana została opisana jako rozwiązanie, w którym łączy się prefabrykowane belki (tworzące m. in. tzw. szalunek tracony) i betonową, monolityczną część przekroju wykonywaną na budowie - inaczej można by określić taką konstrukcję jako zespoloną typu beton prefabrykowany - beton na mokro. Zatem wykonanie nadbetonu w technologii betonowania na miejscu z wbudowaniem belek typu (...) nie spowoduje, że obiekt stanie się monolityczny, czyli o konstrukcji w całości wylewanej i realizowanej na miejscu budowy. Technologia łączenia elementów prefabrykowanych (wyprodukowanych poza miejscem wbudowania) z elementami wylewanymi już na placu budowy nie skutkuje osiągnięciem efektu monolitu, co do idei. Otrzymujemy wówczas element składający się z dwóch rodzajów materiałów (dwóch rodzajów betonu) o różnych właściwościach, połączonych ze sobą. A to oznacza, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z warunkami w zakresie przyjęcia technologii wykonania mostu (...) niezgodną z PFU. W tym przypadku Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w ramach odpowiedzi udzielonych na pytania wykonawców, zadane przed złożeniem ofert podkreślał, że wiążące są zapisy PFU wraz z załącznikami. Między innymi w odpowiedzi na pytanie nr 740 podał: „Koncepcja stanowi materiał poglądowy. Należy wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami (...), PFU oraz odpowiedziami na pytania zadane w trakcie postępowania przetargowego’.

Tym samym Konsorcjum (...) uwzględniając w ofercie technologię inną niż wskazana przez Zamawiającego postąpiło wbrew jednoznacznym wymaganiom warunków zamówienia.

W zakresie drugiego elementu [(2) niedopuszczona przez PFU technologia wzmocnienia podłoża] Zamawiający co do sposobów wzmocnienia podłoża wskazał na wyłącznie dopuszczalne technologie, opisane w Warunkach Wykonania i Odbioru (...) ((...)) dołączonych do Programu F. - Użytkowego. Wymaganie to wynika z punktu 1.1.3.5 PFU.

Obowiązek stosowania wyłącznie technologii wzmocnień dla których załączone zostały do PFU dokumenty (...) jednoznacznie wynika z (...) z zebrania wykonawców w celu wyjaśnienia treści (...) odp. na pytanie 11: „Dopuszczalne są wyłącznie technologie zawarte w załączonych (...)”.

Pytanie 3.14. wg wezwania z dnia 13/07/23 dotyczyło wskazania przez Konsorcjum jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w ofercie ze wskazaniem technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego. Konsorcjum (...) powołując się na dokumentację przetargową podało, że wykonawca wstępnie założył wzmocnienia podłoża zgodnie z załącznikiem nr 5 do niniejszego wyjaśnienia. Z załącznika 5 wynikają następujące informacje:

Wzmocnienie podłoża gruntowego -wstępna koncepcja na etapie przetargu - na podstawie Dokumentacji Zamawiającego- B. - B.	Orientacyjna lokalizacja
materac geosyntetyczny	km. 3+700 - 3+770
materac geosyntetyczny	km 3+930 - 4+043
WUP	km 4+260- 4+335
wymiana gruntu	km 4+655- 4+951
WUP	km 81-113 8 M88
materac geosyntetyczny	km 8+720 - 8+843
wymiana gruntu	km 11+829-12+046
wzmocnienie wgłębne - kolumny przemieszczeniowe	km 12+980-13+080
materac geosyntetyczny	km 12+854-12+980
wzmocnienie wgłębne - kolumny przemieszczeniowe	km 13+434-13+380
wymiana gruntu	km 13+580-13+740
materac geosyntetyczny	km 14+034-14+260
wymiana gruntu	km 14+354-15+050

wzmocnienie wglębne - kolumny przemieszczeniowe	km 15+450-15+553
---	------------------

Według Konsorcjum fakt użycia w wyjaśnieniach nazwy kolumna przemieszczeniowa zamiast np. kolumna żwirowa nie ma znaczenia, gdyż świadczy to jedynie o tym, że w treści wyjaśnień Konsorcjum (...) wskazało na zakładaną metodę wykonywania wzmocnienia, a nie wskazując na inny materiał, niż przywołany w PFU. Jego zdaniem, jeżeli intencją Zamawiającego było zapoznanie się z ze szczegółami założeń technicznych, to z całą pewnością powinien zwrócić się do Konsorcjum (...) z dodatkowym pytaniem, a nie decydować się na odrzucenie oferty z uwagi na powyższą okoliczność.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzut podał przede wszystkim, że określenie kolumny przemieszczeniowe jest stosowane powszechnie jako nazwa technologii wzmocnienia w budownictwie drogowym i kubaturowym dla wykonywania sztywnych kolumn betonowych takich do których zaliczamy kolumny przemieszczeniowe CMC czy kolumny przemieszczeniowe CSC, które nie zostały dopuszczone i opisane w dokumentach zamówienia. Zamawiający zatem nie kwestionuje zastosowania takiej technologii z użyciem kolumn w ogóle, ale tylko z użyciem konkretnie wskazywanych kolumn i na brak de facto ich wyłączenia przez Konsorcjum w odpowiedzi.

Reasumując z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający na podstawie odpowiedzi z 28/07/2023 nie mógł uznać, że w tym elemencie ma do czynienia z niezgodnością oferty Konsorcjum (...) z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty co do tego elementu było bowiem skutkiem braku wskazania przez wykonawcę konkretnie jakiego rodzaju kolumny przemieszczeniowe (z jakiego materiału) w rozwiązaniu projektowanym zostały przyjęto. W tym przypadku pytanie powinno dotyczyć do którego z rodzajów dopuszczonych technologii zakwalifikować należy wskazane przez Konsorcjum (...) kolumny przemieszczeniowe.

Tym samym w zakresie tego elementu należało za zasadny uznać zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp, a wobec ustaleń Izby jak powyżej również zarzut ewentualny uznając, że z naruszeniem art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp zaniechano przeprowadzenia dodatkowej procedury wyjaśniającej w celu jednoznacznego ustalenia, czy oferta Konsorcjum (...) pozostaje zgodna z warunkami zamówienia co do tego elementu.

W zakresie trzeciego elementu [(3) brak uwzględnienia pełnego zakresu prac projektowych i wykonawczych systemu sterowania oświetleniem] Izba wskazała, że brak potwierdzenia przez Konsorcjum (...) w wyjaśnieniach, że oferta uwzględnia także podłączenie do systemu sterowania oświetleniem węzłów drogowych K. i B. powodowało, że Zamawiający miał podstawę uznać, że oferta Konsorcjum nie jest zgodna z warunkami zamówienia. W tym przypadku treść składanego ogólnego oświadczenia o potwierdzeniu spełniania warunków nie może być rozstrzygająca. W tym przypadku jego weryfikacja następuje w przyjętym przez Zamawiającego trybie w oparciu o art. 223 ust.1 Pzp. Tak jak Izba wskazywała na wstępie wykonawca w wyjaśnieniach przedstawia konkretne rozwiązania ponosząc odpowiedzialność za ich treść, a celem zastosowania wskazanej procedury z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest doprowadzenie do zgodności założeń przyjętych przez wykonawcę z wymaganiami dokumentacji, a ich weryfikacja w pierwszej kolejności, co do zgodności z dokumentacją.

W zakresie czwartego elementu [(4) niezgodne z wymaganiami PFU warstwy konstrukcji nawierzchni w pytaniu 3.1/ Zamawiający oczekiwał wskazania jaką konstrukcją nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w ofercie. Wykonawca w tej odpowiedzi miał wskazać układ (opis warstw) i grubości poszczególnych warstw dla każdej z dróg. Wykonawca w wyjaśnieniach z 28/07/2023 wykazał dla jezdni manewrowych obwodu utrzymania drogi zaprojektowanie i wykonanie następujących dolnych warstw konstrukcyjnych dla grup podłoża G3 i G4:

Dolne warstwy konstrukcji nawierzchni dla podłoża gruntowego o grupie nośności G3:		
5	18	Warstwa podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej cementem Ca/4
6	25	Warstwa mrozoochronna z mieszanki niezwiązanej C3/?>35% (jeżeli zwierciadło wody gruntowej znajduje bliżej niż t, 5 m od spodu konstrukcji nawierzchni warstwa pełni funkcję warstwy odsączającej kio> 5 m/dobę)
7		Warstwa odcinająca - geotkanina separacyjna
Dolne warstwy konstrukcji nawierzchni dla podłoża gruntowego o grupie nośności G4;		
5	18	Warstwa podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej cementem C3/4
b	40	Warstwa mrozoochronna z mieszanki niezwiązanej CS7?>35% (jeżeli zwierciadło wody gruntowej znajduje się bliżej niż 1,5 m od spodu konstrukcji nawierzchni warstwa pełni funkcję warstwy odsączającej kio> 5 m/dobę)
7	-	Warstwa odcinająca - geotkanina separacyjna

Zaproponowane powyżej konstrukcje dla dolnych warstw nawierzchni dla grup nośności podłoża G3 i G4 nie odpowiadają żadnemu z typów przewidzianych w Tablicy 8.3 w (...). Ponadto, w wykazanych warstwach konstrukcyjnych dotyczących nawierzchni istniejących jezdni dodatkowych i dróg bocznych, opisanych w PFU w pkt 1.1.3.2., w tabeli 8.3. zatytułowanej: (...). Jak wskazywał Zamawiający w ramach przedmiotowego zadania należy dokonać prac na dodatkowych jezdniach, istniejących, pozostających, biegnących wzdłuż jezdni istniejącej DK (...) zgodnie z tą tabelą. Wykonawca nie przewidział zastosowania siatki wzmacniającej, co stanowi niezgodność

z wymaganiami zdefiniowanymi w tabeli. Przykładowo, pozycja 4 (podobnie następne) kolumna 7: „Wymiana w- wy ścieralnej, w tym na istniejących obiektach inżynierskich nad trasą główną (na potrzeby wyceny należy przyjąć również wykonanie warstwy wyrównawczej i wiążącej wraz z zastosowaniem siatki wzmacniającej nawierzchnię na powierzchni 20 % wskazanego zakresu), dostosowanie wysokościowe zjazdów i odwodnienia, uzupełnienie i wyprofilowanie poboczy, zabezpieczenie skarp przed osuwaniem się;”

Wykonawca w przedstawionych wyjaśnieniach wskazał dla wymienionych dróg zaprojektowanie i wykonanie następującego układu warstw konstrukcyjnych:

Nawierzchnia podatna KR2 - <u>dr inne bitumiczne remont</u> Warstwy górne konstrukcji nawierzchni:		
1	4	Warstwa ścieralna AC 11
2	8	Warstwa wiążąca AC 16 W
3		Frezowanie istniejącej warstwy ścieralnej nawierzchni jezdni na głębokość średnią 12 cm
4		Istniejąca nawierzchnia jezdni

Zamawiający w punkcie 2.1.17.2.1.2 PFU definiującym wymagania dla jezdni manewrowych, miejsc postojowych i chodników na terenie obwołu utrzymania drogi zawarł wymóg stosowania konstrukcji katalogowych,, zgodnych z Załącznikiem nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 Katalog typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych (dalej jako: (...)). W pierwszym akapicie tego punktu wskazano: „Należy zaprojektować i wykonać jezdnie manewrowe, miejsca postojowe dla samochodów osobowych o nawierzchni według wymagań (...), a dla samochodów ciężarowych o nawierzchni według wymagań (...) lub (...) oraz chodniki o nawierzchni z kostki brukowej niefazowanej. Wymagania w Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych dla grup podłoża G3 oraz G4 określono w Tabelicy 8.3 na stronie 45: Tablica 8.3. Typowe rozwiązania dolnych warstw konstrukcji nawierzchni i warstwy ulepszanego podłoża w przypadku kategorii ruchu KR3 i KR4 (E2 >100 MPa). Grubości warstw podano w cm. (...)

Konsorcjum (...) nie wykazało w wyjaśnieniach wykonania dolnych warstw konstrukcji nawierzchni zgodnie z wymaganiami PFU i nie wykazało, że w zakresie tego elementu uwzględniło w ofercie zastosowanie siatki wzmacniającej na dodatkowych jezdniach i drogach bocznych. W tym przypadku, jak już Izba wskazała, treść składanego ogólnego oświadczenia o potwierdzeniu spełniania warunków nie może być rozstrzygająca. Jego weryfikacja następuje w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp, a stawiane wykonawcy pytania nie mają na celu doprowadzenie do zgodności założeń przyjętych przez wykonawcę z wymaganiami dokumentacji, a przede wszystkim ich weryfikację, co do zgodności z SWZ.

W zakresie piątego elementu [(5) błędnie przyjęta technologia wzmocnienia podłoża w lokalizacji wg Koncepcji Programowej: km 17+743 - 17+866 (1+503 ~ 1+626 B2)] Konsorcjum w odpowiedzi na pytanie 3.14 miało wskazać: „Jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono

w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego.”

Konsorcjum (...) w wyjaśnieniach (28/07/23) wskazał do tych wyjaśnień dot. załącznik nr 5 (jak w odp. na pytanie 3.14) obejmujący także informacje na to pytanie:

Wzmocnienie podłoża gruntowego - wstępna Koncepcja na etapie przetargu - na podstawie Dokumentacji Zamawiającego- B. - B.	Orientacyjna lokalizacja
materac geosyntetyczny	km. 3+700 - 3+770
materac geosyntetyczny	km 3+930-4+043
WUP	km 4+260-4+335
wymiana gruntu	km 4+855-4+951
WUP	km 8+413-8+488
materac geosyntetyczny	km 8+720-8+843
wymiana gruntu	km 11+829-12+046
wzmocnienie wgłębne - kolumny przemieszczeniowe	km 12+980-13+080
materac geosyntetyczny	km 12+854-12+980
wzmocnienie wgłębne - kolumny przemieszczeniowe	km 13+434-13+380
wymiana gruntu	km 13+580-13+740
materac geosyntetyczny	krm 14+034-14+260
wymiana gruntu	krm 14+954-15+050
wzmocnienie wgłębne - kolumny przemieszczeniowe	km 15+450-15+553

Izba w pierwszej kolejności miała na uwadze, co wynika z decyzji z dnia 5/10/23, że przyjęty przez Konsorcjum sposób wzmocnienia podłoża jest niezgodny z dokumentem technicznym GDDKiA pn. „Wytyczne wzmocnienia podłoża gruntowego”, który został wymieniony pod pozycją nr 6 w punkcie 3.2 PFU jako obowiązujący Wykonawców, i

która to okoliczność nie została podważona. Przystępujący B. wskazywał ponadto, że w żadnej z zalecanych metod wzmacniania podłoża gruntowego, (Tablica 2. Wybór metod wzmacniania podłoża organicznych i mineralnych (str. 23)) w przypadku występowania gruntów organicznych, nie znajduje się technologia materaca geosyntetycznego. Ponadto, jak wskazywał Zamawiający, z treści załącznika nr 5 wynika, że Konsorcjum określając lokalizacje poszczególnych technologii wzmocnień podłoża przyjęło własny roboczy pikietaż, który założył na potrzeby sporządzenia wstępnej koncepcji projektowej i, który ma odzwierciedlenie w załączniku nr 1 oraz nr 2 do przekazanych wyjaśnień. Załącznik nr 1 to rysunek planu sytuacyjnego, załącznik nr 2 to profil podłużny. Konsorcjum dla szóstej pozycji w tabeli („orientacyjna lokalizacja km 8+720 - 8+843”) wskazało technologię wzmocnienia podłoża - wykonanie materaca geosyntetycznego. Obszar określony roboczym pikietażem wykonawcy odpowiada lokalizacji wg Koncepcji Programowej: km 17+743 - 1/+866 (1+503 - 1+626 B2).

W tym przypadku Izba, uwzględniając dokumentację (...) (zał. nr 40 do PFU) oraz jej załączniki, nie znalazła podstaw do kwestionowania stanowiska Zamawiającego, co do przyjętego przez Konsorcjum pikietaża (brak w tym zakresie zdania przeciwnego wykonawcy) oraz nieprawidłowo przyjętej przez Konsorcjum technologii wzmocnienia podłoża w lokalizacji wg PFU z zastosowaniem materaca geosyntetycznego, które to rozwiązanie: (a) nie pozwala na redukcję osiadań nasypu drogowego, (rozwiązania są niewystarczające dla wyrównania osiadań w strefie styku z podporą; (b) doprowadzi do powstania nierównomierności nawierzchni drogi; (c) w analizowanych warunkach gruntowych wystąpią

problemy ze statecznością całego nasypu, a dodatkowo osiadający nasyp będzie w sposób niekorzystny oddziaływał na obiekt (...). Zdiagnozowane warunki gruntowe - jak podkreślał zamawiający - w wymaganej PFU lokalizacji (obszar pikietażu wg (...)) wskazują na konieczność wglębnego wzmocnienia podłoża np. poprzez wymianę gruntu albo wykonanie pali. Zamawiający wskazywał ponadto - podobnie przystępujący B. i wykonawca (...) na skomplikowane warunki gruntowe, co przy technologii przyjętej przez Konsorcjum spowoduje, że osiadanie eksploatacyjne korpusu drogi (szczególnie ważne w kontekście tego, że opisywany obszar znajduje się w bezpośrednim sąsiedztwie mostu) będzie znacznie przekraczać wartości dopuszczalne. Wskazywano na konieczność uwzględnienia w ofercie zapewnienia: zabezpieczenia nasypu drogowego przed osiadaniem i powstaniem nierówności nawierzchni, zbliżonych warunków przejazdu na styku jezdni obiektu i drogi, stabilności wzajemnych oddziaływań konstrukcji obiektu i nasypu drogowego, co wynika z dokumentacji (PFU) i wskazanych w niej dokumentów: w tym pozycji nr 6 punkt 3.2 PFU („Wytyczne wzmacniania podłoża gruntowego”) oraz rozporządzeń: Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (...) i Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (...) wraz z WR-M-11 „Wytyczne projektowania elementów powiązania drogowych obiektów inżynierskich z terenem i drogą” (pozycja nr 138 punkt 3.1 PFU).

Wobec wskazanej argumentacji Izba uznała, że brak jest podstaw do kwestionowania oceny Zamawiającego, że w tym elemencie Konsorcjum (...) uwzględniło w ofercie niewłaściwą technologię wzmocnienia podłoża, niezgodną z dokumentami opisującymi sytuację geologiczną na odcinku drogi w km 17+743 - 17+866 (1+503 - 1+626 B2).

Reasumując, w zakresie czterech z pięciu elementów, których dotyczy decyzja z dnia 5/10/23 brak było podstaw do kwestionowania oceny Zamawiającego. Zamawiający uwzględniając wyjaśnienia Konsorcjum (...) miał podstawę uznać, że oferta Konsorcjum nie jest zgodna z warunkami zamówienia w tych elementach, a to uzasadniało podjętą decyzję o jej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W tych przypadku treść składanego ogólnego oświadczenia - na co Izba już zwracała uwagę - o potwierdzeniu spełniania warunków nie może być rozstrzygająca. Także to oświadczenie obejmuje weryfikacja w przyjętym przez Zamawiającego trybie w oparciu o art. 223 ust.1 Pzp. Tak jak Izba wskazywała na wstępie wykonawca w wyjaśnieniach przedstawia konkretne rozwiązania ponosząc odpowiedzialność za ich treść, a celem zastosowania wskazanej procedury z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest doprowadzenie do zgodności założeń przyjętych przez wykonawcę z wymaganiami dokumentacji, a ich weryfikacja w pierwszej kolejności, co do zgodności z dokumentacją.

Izba natomiast, co do elementu z punktu (2) [niedopuszczona przez PFU technologia wzmocnienia podłoża - zastosowanie pali przemieszczeniowych] (jak wskazywała powyżej) za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust.1

pkt 5 oraz zarzut ewentualny naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp - zaniechanie przeprowadzenia dodatkowej procedury wyjaśniającej w celu jednoznacznego ustalenia, czy oferta Konsorcjum (...) pozostaje zgodna z warunkami zamówienia w zakresie tego elementu. Ale jednocześnie, w przypadku tego odwołania, wobec ustaleń w zakresie oferty Konsorcjum (...) miała na uwadze, że podstawy odrzucenia oferty dotyczyły 5 elementów i w odniesieniu do 4 ich ocena (ustalenia) nie zostały przez Izbę zakwestionowane.

Z tych też względów również to odwołanie podlega oddaleniu w zw. z art. 554 ust.1 pkt 1 Pzp, albowiem to ustalenie nie ma wpływu na wynik oceny tej oferty. W myśl wskazanego przepisu: „1. Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (...).

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Skargę od powyższego rozstrzygnięcia wywiódł Konsorcjum (...), zaskarżając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości, zarzucając naruszenie:

I. art. 542 ust. 1 i art. 552 ust. 1 PZP poprzez:

a) brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz dowolną i wybiórczą ocenę dowodów, a także wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego nie wynikających, polegających na nieuzasadnionym przyjęciu, że Skarżący:

nie uwzględnił w ofercie zgodnej z warunkami zamówienia (w szczególności z opisem zawartym w Programie F. - Użytkowym - zwany dalej (...)) technologii wykonania mostu (...) (element nr 1 wskazany w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego), a w konsekwencji nie wycenił w ofercie zakresu prac zgodnego z warunkami zamówienia;

- nie uwzględnił i nie wycenił w ofercie pełnego zakresu prac projektowych i wykonawczych systemu sterowania oświetleniem (element nr 3 wskazany w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego);

- nie uwzględnił w ofercie zgodnych z wymaganiami PFU warstw konstrukcji nawierzchni oraz nie przewidział zastosowania siatki wzmacniającej na opisanych w PFU istniejących jezdniach dodatkowych i drogach bocznych (elementy nr 4 wskazane w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego), a w konsekwencji nie wycenił w ofercie zakresu prac zgodnego z warunkami zamówienia;

- nie uwzględnił w ofercie prawidłowej technologii wzmocnienia podłoża w lokalizacji wg Koncepcji Programowej: km 17+743 - 17+866 (1+503 - 1+626 B2) (element nr 5 wskazany w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego), a w konsekwencji nie wycenił w ofercie zakresu prac zgodnego z warunkami zamówienia

b) brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz dowolną i wybiórczą ocenę dowodów, a także wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego nie wynikających, co skutkowało nieprawidłową oceną treści oferty Skarżącego oraz wyjaśnień treści oferty złożonych przez Skarżącego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pismo z 28.07.2023 r. - znak (...)) poprzez przyjęcie, że:

- wyjaśnienia treści oferty złożone w postępowaniu świadczą o niezgodności oferty w zakresie o którym mowa w lit a) powyżej z warunkami zamówienia - podczas gdy Skarżący udzielił wyjaśnień zgodnych z zakresem wezwania Zamawiającego i w stopniu ogólności wynikającym ze stopnia ogólności wezwania (zadanych pytań) i brak jest podstaw do przyjęcia, że Skarżący nie wycenił i nie wykona pełnego zakresu robót i prac zgodnie z wymaganiami SWZ wraz z załącznikami (w tym PFU) oraz zgodnie z wyjaśnieniami (odpowiedziami) Zamawiającego;

- wykonanie mostu (...) przy zastosowaniu belek prefabrykowanych typu (...) stanowi technologię niezgodną z warunkami zamówienia i nie spełnia wymogu wybudowania obiektu w konstrukcji monolitycznej ~ podczas gdy wybudowanie mostu (...) przy użyciu ww. technologii jest zgodne z warunkami zamówienia (w tym treścią PFU);

- warunki zamówienia (dokumenty składające się na opis przedmiotu zamówienia) dopuszczają w zakresie konstrukcji mostu MD-1 B wyłącznie zastosowanie konstrukcji w całości wylewanej i realizowanej na miejscu budowy, mimo że taki wymóg nie wynika z treści warunków zamówienia (w tym z treści PFU), a wskazana przez Skarżącego konstrukcja jest zgodna z wymaganiami opisanymi w PFU i jako całość jest spójną konstrukcją monolityczną,

- z wyjaśnień Skarżącego (pismo z 28.07.2023 r. - znak (...)) wynika, że nie uwzględnił pełnego zakresu oświetlenia i pominął podłączenie do system sterowania oświetleniem węzłów drogowych K. i B. - podczas gdy Skarżący udzielił wyjaśnień zgodnych z zakresem wezwania Zamawiającego i w stopniu ogólności wynikającym ze stopnia ogólności wezwania (zadanych pytań), a brak wymienienia w wyjaśnieniach wprost każdego elementu robót opisanego w PFU, nie jest równoznaczny z brakiem objęcia go ofertą, tym bardziej że Skarżący wskazał w wyjaśnieniach, że dla systemu sterowania oświetleniem należy wykorzystać linię światłowodową wykonaną zgodnie z PFU i system sterowania ruchem oraz sterowania oświetleniem będą ze sobą połączone, co wyklucza możliwość pominięcia podłączenia jakiegokolwiek węzła do systemu sterowania oświetleniem;

- z wyjaśnień Skarżącego (pismo z 28.07.2023 r. - znak (...)) wynika, że nie uwzględnił wykonania warstw konstrukcji nawierzchni zgodnie z PFU oraz że pominął siatki wzmacniające na dodatkowych jezdniach i drogach bocznych - podczas gdy Skarżący udzielił wyjaśnień zgodnych z zakresem wezwania Zamawiającego i w stopniu ogólności wynikającym ze stopnia ogólności wezwania (zadanych pytań), a rozwiązania przedstawione w ofercie Skarżącego są zgodne z PFU, w tym co do ich grubości i materiału dla poszczególnych warstw, oraz uwzględnił w ofercie wykonanie wymaganych w PFU siatek wzmacniających na wymaganych odcinkach dróg;

- Skarżący uwzględnił w ofercie niewłaściwą technologię wzmocnienia podłoża w lokalizacji wg Koncepcji Programowej: km 17+743 - 17+866 (1+503 - 1+626 B2) - podczas gdy Skarżący udzielił wyjaśnień zgodnych z zakresem wezwania Zamawiającego, a przyjęte przez Skarżącego rozwiązanie jest zgodne z PFU i dopuszczone warunkami zamówienia, natomiast udostępniona przez Zamawiającego dokumentacja geologiczno-inżynierska nie obejmuje kompletnych badań i obliczeń które w sposób wyczerpujący pozwoliłyby wykonawcom określić na etapie postępowania o dzielenie zamówienia faktyczne parametry podłoża, a w konsekwencji na tym etapie, nie można przyjąć, że wstępnie określone przez Skarżącego (zgodne z PFU i dopuszczone warunkami zamówienia) rozwiązania projektowe w powyższym zakresie są niezgodne z warunkami zamówienia, tym bardziej iż zamówienie realizowane będzie w formule „zaprojektuj i buduj”;

- zaistniały jednoznaczne, niewątpliwe i nieusuwalne podstawy do odrzucenia oferty Skarżącego, a jej treść nie wymagała prowadzenia dalszych wyjaśnień w zakresie określonym w lit. a) powyżej;;

- Zamawiający zasadnie dokonał interpretacji użytych przez niego sformułowań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, mimo iż te nie miały definicji wynikających z przepisów (jak np. odnośnie obiektu mostowego w konstrukcji monolitycznej), , jak również nie zdefiniowanych w SWZ przez Zamawiającego, wywodząc z nich brak zgodności z treścią SWZ.

c) brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego oraz dowolną i wybiórczą ocenę dowodów, w szczególności poprzez oparcie rozstrzygnięcia wyłącznie na stanowisku Przeciwnika Skargi i Uczestników przystępujących po jego stronie i pominięciu stanowiska Skarżącego prezentowanego w postępowaniu odwoławczym, co doprowadziło Izbę do wadliwego wniosku o zaistnieniu podstaw do odrzucenia oferty Skarżącego, poprzez:

- pominięcie twierdzeń Skarżącego zawartych m.in. w piśmie procesowym Skarżącego (Odwołującego) z 13.11.2023 r, oraz dowodów do załączonych do wskazanego pisma i wniosków z nich wynikających (m.in. opinia techniczna w

zakresie zakwalifikowania konstrukcji obiektu mostowego z wykorzystaniem belek prefabrykowanych jako obiektu monolitycznego, analiza obliczeniowa podłoża w zakresie posadowienia nasypu na odcinku drogi (...) +743 - 17+866)

- oparciu się jedynie na ogólnych twierdzeniach Zamawiającego oraz wykonawców przystępujących po jego stronie odnośnie warunków gruntowych realizacji inwestycji oraz konstrukcji obiektów mostowych, nie popartych żadnymi specjalistycznymi badaniami lub ekspertyzami geologicznymi czy też konstrukcyjnymi,

- formułowanie powierzchniowych tez i wniosków w oparciu o załączoną do PFU dokumentację techniczną i katalogi bez ich wyczerpującej i kompleksowej analizy;

d) wyprowadzenie z materiału dowodowego wbrew zasadom logiki wniosków z niego nie wynikających, polegających na nieuzasadnionym przyjęciu, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Skarżącego i nie był zobowiązany do kontynuowania procedury wyjaśnień treści oferty Skarżącego, w sytuacji gdy:

- Zamawiający podjął wątpliwości co do treści oferty Skarżącego a jednocześnie brak było podstaw do przyjęcia że treść oferty Skarżącego jednoznacznie i ponad wszelką wątpliwość nie spełniała warunków zamówienia,

- obowiązkiem Zamawiającego jest jasne i precyzyjne sformułowanie zadawanych wykonawcy pytań do treści oferty;

- odrzucenie oferty jest ostatecznością w sytuacji gdy zaistniały podstawy dla dokonania takiej czynności, nie wymagające prowadzenia dalszych wyjaśnień;

- w analogicznej sytuacji, odnośnie niedopuszczonej przez PFU technologii wzmocnienia podłoża (element nr 2 wskazany w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego), co stanowiło jedną z podstaw odrzucenia oferty Skarżącego przez Zamawiającego, Izba uznała, że nie zaistniały jednoznaczne podstawy do odrzucenia oferty Skarżącego ale wystąpiła konieczność kontynuowania procedury wyjaśnień treści tej oferty.

- w sytuacji analogicznych wątpliwości jak co do treści oferty Skarżącego, Zamawiający ponownie wzywał innych wykonawców (wykonawca (...)) do wyjaśnienia treści oferty w zakresie w którym składali już wyjaśnienia;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne uznanie, że oferta Skarżącego podlega odrzuceniu z uwagi na sprzeczność jej treści z warunkami zamówienia poprzez:

- niezasadne przyjęcie, że Skarżący nie uwzględnił w ofercie zgodnej z warunkami zamówienia technologii wykonania mostu (...) (element nr 1 wskazany w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego), a w konsekwencji braku wycenienia w ofercie zakresu prac zgodnego z warunkami zamówienia;

- niezasadne przyjęcie, że Skarżący nie uwzględnił w ofercie pełnego zakresu prac projektowych i wykonawczych systemu sterowania oświetleniem (element nr 3 wskazany w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego), a w konsekwencji braku wycenienia w ofercie zakresu prac zgodnego z warunkami zamówienia;

- niezasadne przyjęcie, że Skarżący nie uwzględnił w ofercie zgodnych z wymaganiami PFU warstw konstrukcji nawierzchni oraz nie przewidział zastosowania siatki wzmacniającej na opisanych w PFU istniejących jezdniach dodatkowych i drogach bocznych (elementy nr 4 wskazane w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego), a w konsekwencji braku wycenienia w ofercie zakresu prac zgodnego z warunkami zamówienia;

niezasadne przyjęcie, że Skarżący nie uwzględnił w ofercie prawidłowej technologii wzmocnienia podłoża w lokalizacji wg Koncepcji Programowej: km 17+743 - 17+866 (1+503 - 1+626 B2) (element nr 5 wskazany w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego), a w konsekwencji braku wycenienia w ofercie zakresu prac zgodnego z warunkami zamówienia;

- niezasadne przyjęcie, że z wyjaśnień Skarżącego z dnia 28.07.2023 r. (pismo znak (...)) wynika ww. niezgodność treści oferty Skarżącego z warunkami zamówienia;

- niezasadne przyjęcie, że zaistniały jednoznaczne, niewątpliwe i nieusuwalne podstawy do odrzucenia oferty Skarżącego;

- niezasadne przyjęcie, że Zamawiający dokonał zasadnej interpretacji użytych przez niego sformułowań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, mimo iż te nie miały definicji wynikających z przepisów, jak również nie zdefiniowanych w SWZ przez Zamawiającego, wywodząc z nich brak zgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

b) art. 223 ust. 1 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne uznanie, że Zamawiający nie był zobowiązany do prowadzenia dalszych wyjaśnień treści oferty Skarżącego w zakresie potencjalnych niezgodności o którym mowa w lit. a) powyżej, a zamiast tego dokonał jej odrzucenia - podczas gdy nie zaistniały jednoznaczne, niewątpliwe i nieusuwalne podstawy do odrzucenia oferty Skarżącego z uwagi na sprzeczność jej treści z warunkami zamówienia, a Skarżący udzielił wyjaśnień (pismo z 28.07.2023 r. - znak (...)) zgodnych z zakresem wezwania Zamawiającego i w stopniu ogólności wynikającym ze stopnia ogólności wezwania (zadanych pytań);

c) art. 223 ust. 1 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne uznanie, że dopuszczenie kolejnych wyjaśnień treści oferty Skarżącego będzie

miało na celu doprowadzenie do zgodności założeń przyjętych w tej ofercie z

warunkami zamówienia, podczas gdy celem wyjaśnień treści oferty jest jedynie doprowadzenie do wyczerpującego wyjaśnienia wszystkich wątpliwości Zamawiającego co do treści oferty Skarżącego zgłaszanych w sposób precyzyjnie opisany,

d) art 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i pkt 2 PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i bezzasadne uznanie, że Zamawiający nie był zobowiązany do prowadzenia dalszych wyjaśnień treści oferty Skarżącego w zakresie o którym mowa w lit a) powyżej, a zamiast tego dokonał jej odrzucenia, podczas gdy:

- w analogicznej sytuacji, odnośnie niedopuszczonej przez PFU technologii wzmocnienia podłoża (element nr 2 wskazany w informacji z 5.10.2023 o odrzuceniu oferty Skarżącego), co stanowiło jedną z podstaw odrzucenia oferty Skarżącego przez Zamawiającego, Izba uznała, że nie zaistniały jednoznaczne podstawy do odrzucenia oferty Skarżącego ale wystąpiła konieczność kontynuowania procedury wyjaśnień treści tej oferty,

- w sytuacji analogicznych wątpliwości Zamawiającego jak co do treści oferty Skarżącego, Zamawiający ponownie wzywał innych wykonawców (wykonawca (...)) do wyjaśnienia treści oferty w zakresie w którym składali już wyjaśnienia;

W związku z przedstawionymi powyżej zarzutami, Skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 8 grudnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3080/23 i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez Skarżącego w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skarżącego, ewentualnie, w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do dnia wydania przez Sąd orzeczenia w niniejszej sprawie, gdy umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie,

wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy;

2. zasądzenie na rzecz Skarżącego od Przeciwnika Skargi (Zamawiającego) kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od odwołania w sprawie KIO 3080/23 oraz wynagrodzenia pełnomocnika Skarżącego za postępowanie odwoławcze, według norm przepisanych;

3. zasądzenie na rzecz Skarżącego od Przeciwnika Skargi kosztów postępowania skargowego, w tym kwoty opłaty sądowej od niniejszej skargi i kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę Uczestnik przystępujący po stronie (...) S.A. wniósł o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie od Skarżącego na rzecz Uczestnika kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę wniósł również Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad wnosząc o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie od Skarżącego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Skarga wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) sp. z o.o., (...) S.A., (...) S.A. (dalej: Konsorcjum (...)) nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiące podstawę oddalenia odwołania, jak i wywody prawne zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy.

W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny wyjaśniła podstawy uwzględnienia odwołania w niniejszej sprawie. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne.

W rezultacie na aprobatę zasługiwała również argumentacja prawna przedstawiona przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Zdaniem Sądu żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie zdołał podważyć prawidłowości orzeczenia KIO.

Na wstępie wskazać należy, że zarzuty nr II b) i c) ze skargi są de facto nowymi zarzutami, których nie było w treści odwołania. W odwołaniu bowiem skarżący nie podnosił w ramach zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do treści złożonej oferty tak rozbudowanej argumentacji, jak miało to miejsce w odwołaniu. Zdaniem Sądu Okręgowego w skardze pojawiły się w istocie nowe zarzuty, których nie było w odwołaniu. Zatem stosownie do treści art. 583 Pzp Sąd Okręgowy nie mógł orzekać co do tych zarzutów. Zauważyć należy, że co do zasady możliwa jest modyfikacja zarzutu odwołania/skargi poprzez „ograniczenie” zakresu żądania. Jeśli bowiem przedmiotem orzekania KIO były różne zarzuty to nasuwa się oczywista i jedyna logicznie konstatacja, iż każdy z nich osobno był przedmiotem orzekania Izby, a tym samym podtrzymanie jednego z zarzutów odwołania w skardze oznacza orzekanie przez Sąd co do zarzutu, który był przedmiotem odwołania. Nie można skutecznie dokonać modyfikacji poprzez „zastąpienie” dotychczasowych żądań innym żądaniem, nawet gdy wcześniej tych żądań było więcej, a w skardze pojawia się tylko jedno. Przesądzające bowiem jest kryterium „orzekania” o nim przez KIO. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. Wskazane zarzuty nie były bowiem przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą i podlegały one „pominięciu” z uwagi na brak podniesienia ich w odwołaniu, co oznacza, że Sąd Okręgowy nie badał ich zasadności/niezasadności.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W tym zakresie zastosowanie ma, w szczególności, przepis art. 99 ust. 1 ww. ustawy stanowiący o tym, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Korelacją obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jest obowiązek wykonawcy przygotowania swojej oferty w sposób określony przez Zamawiającego w SWZ, a więc określenie swojego świadczenia na rzecz Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Sposób określenia takiego świadczenia co do zasady winien wynikać z postanowień SWZ. Niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w tym przepisie, zachodzi bowiem wówczas dopiero, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Tym samym, profesjonalny wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zobligowany jest więc do szczegółowego zapoznania się z treścią dokumentacji, tak by składana przez niego oferta i dokumenty w pełni odpowiadały wymogom postawionym przez Zamawiającego w dokumentacji oraz przepisach prawa (art. 218 ust. 2 ustawy Pzp).

Przez treść oferty należy w pierwszej kolejności rozumieć jej merytoryczne elementy, tj. jej postanowienia odnoszące się w szczególności do kształtu przyszłego świadczenia. "Treść oferty" to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. W wyroku z dnia 1 lipca 2013 r. (sygn. KIO 1414/13) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, iż na całość oferty składają się również dokumenty załączone do formularza, a zatem powinny być badane łącznie - gdy częścią oferty są nie tylko wypełnione przez wykonawcę tabele, ale i dodatkowe opisy, foldery, karty katalogowe i inne „gotowe” informacje producentów i dystrybutorów, oferta taka jest całością i należy ją badać jako całość. Analogicznie, dokumenty składane przez wykonawców wraz z wyjaśnieniem treści oferty, a mające potwierdzić jej zgodność z wymaganiami zamawiającego także stanowią treść oferty.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że niezgodność treści oferty z SWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu realizacji przedmiotu zamówienia. Oczywiście, obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SWZ (por.: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 r. sygn. akt V Ca 1109/08), a odzwierciedleniem znajomości wymagań SWZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Mogą jednakże zaistnieć sytuacje, w których złożona w postępowaniu oferta może być niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ, a przyczyna tej niezgodności może być wszelaka. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, czyli nie składając określonego i wymaganego w dokumentacji postępowania oświadczenia, nie składając oświadczeń spójnych i zgodnych z wymaganiami SWZ musi brać pod uwagę konsekwencje, jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Wszelkie uzupełnienia dokumentów, czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą zatem mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Po pierwsze należy zauważyć, że Izba wszechstronnie oceniła materiał dowodowy zebrany w sprawie oraz wyprowadziła z niego poprawne i logiczne wnioski, stwierdzając, że oferta Skarżącego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Tym samym Izba oceniła czynność Zamawiającego jako prawidłową, a tym samym nie doszło do

naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) PZPZ, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest ona niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferta wykonawcy nie jest sporządzana w sposób abstrakcyjny, w oderwaniu od wymagań zamawiającego - wręcz przeciwnie, oferta musi obejmować przedmiot zamówienia opisany w dokumentacji oraz musi być zgodna z wymaganiami, które określił zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia.

Sposób przygotowania oferty jest niezależny od formuły, w jakiej realizowane będzie zamówienie. Niezależnie zatem od tego, czy wykonawca wycenia konkretne rozwiązania projektowe opisane w dokumentacji projektowej (projekcie budowlanym i wykonawczym) (formuła „wybuduj”), czy też wycenia wymagania zamawiającego dotyczące projektowania i budowy opisane w programie funkcjonalno-użytkowym (formuła „zaprojektuj i wybuduj”), wykonawca obejmuje treścią swojego oświadczenia woli skonkretyzowane wymagania zamawiającego opisane w dokumentacji (warunki zamówienia).

Aby sporządzić ofertę i wycenić przedmiot zamówienia wykonawca musi zapoznać się z warunkami zamówienia oraz musi przyjąć określone założenia, które podlegają wycenieniu w ofercie. Innymi słowy, oferta stanowi wyraz konkretnych założeń wykonawcy - projektowych, technologicznych czy organizacyjnych, które muszą być zgodne z wymaganiami opisanymi w dokumentacji zamówienia.

W orzecznictwie KIO oraz Sądu Okręgowego w Warszawie potwierdza się, że niezależnie od formuły realizacji zamówienia („buduj” albo „zaprojektuj i wybuduj”) zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek ocenić zgodność oferty wykonawcy z warunkami zamówienia.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Sąd Okręgowy wskazuje, że niezasadny był zarzut naruszenia 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Stosownie do treści przywołanego przepisu, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunków zamówienia zawarta jest zaś w art. 7 pkt 29) Pzp, zgodnie z którą przez warunki zamówienia należy rozumieć: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Zgodzić należy się z KIO, że Konsorcjum (...) przyjęło niedopuszczoną w PFU technologię wykonania mostu (...). Z (...) w szczególności wymagań określonych w Tabeli 1.1 (...) wynikało bowiem, że zamawiający oczekuje, że przedmiotowy obiekt ma być obiektem żelbetowym, monolitycznym, trójprzęsłowym o podporach pośrednich umiejscowionych skośnie do osi obiektu; przyczółki należy zaprojektować i wykonać jako prostopadłe do osi drogi.

Zauważyć należy, że w pierwotnym PFU co do przedmiotowego mostu wskazane było w kolumnie „rodzaj konstrukcji”, że ma być to konstrukcja żelbetowa z belek sprężonych typu K., trzyprzęsłowa, zaś rodzaj posadowienia wskazany był jako „posadowienie bezpośrednie”. Wskutek zmian wprowadzonych w SWZ, w tym PFU w toku postępowania zamawiający zmienił wymaganie co do rodzaju konstrukcji mostu, na monolityczną.

Już sama ta okoliczność w ocenie Sądu wskazuje, że twierdzenia skarżącego co do „monolityczności” oferowanej przez niego konstrukcji nie znajdują potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Skarżący bowiem wskazał, że płyta mostu zostanie wykonana w technologii prefabrykowanej. Taka oferta byłaby zgodna z pierwotnymi wymaganiami Zamawiającego. Nie były one jednak już wiążące w dacie upływu terminu składania ofert. Uległy one bowiem zmianie w dniu 6 czerwca 2023 roku. Jednocześnie brak jest informacji, by skarżący w jakikolwiek sposób kwestionował zmianę PFU w tym zakresie przez Zamawiającego. Jednocześnie w ofercie uwzględnił technologię wykonania przedmiotowego mostu inną niż wskazana przez Zamawiającego. Tym samym słusznie Izba stwierdziła, że oferta Skarżącego w tym zakresie była sprzeczna z jednoznacznymi wymaganiami warunków zamówienia. Słusznie

też podnosił Zamawiający, że w konsekwencji Skarżący nie wycenił w ofercie zakresu prac zgodnego z dokumentami zamówienia.

Sąd Okręgowy zgadza się z przedstawionym przez Izbę i zamawiającego stanowiskiem, że technologia zespolona polegająca na wykonaniu nadbetonu w technologii betonowania na miejscu z wbudowaniem belek T nie stanowi technologii monolitycznej. Płyta monolityczna, której oczekiwał zamawiający w niniejszym postępowaniu to płyta, która w całości beton wylewany jest na miejscu budowy.

Niewątpliwie zaś w ocenie Sądu Okręgowego zaproponowana przez skarżącego konstrukcja to obiekt wykonany w technologii zespolonej przy zastosowaniu belek prefabrykowanych.

W konsekwencji Izba słusznie uznała, że zastosowanie przez Skarżącego rozwiązania konstrukcyjnego opartego na belkach prefabrykowanych stanowi niezgodność z warunkami zamówienia określonymi w Tabeli 1.1. PFU, gdzie wprost wskazano, że należy wybudować obiekt żelbetowy, monolityczny, trójprzęsłowy o podporach pośrednich umiejscowionych skośnie do osi obiektu; przyczółki należy zaprojektować i wykonać prostopadle do osi drogi.

Wbrew twierdzeniom Skarżącego Izba prawidłowo oceniła materiał dowodowy i wyprowadziła z niego poprawne wnioski. Po pierwsze, Skarżący nie kwestionował tego, że udzielając odpowiedzi na pytanie nr (...) (pismo z 28 lipca 2023 r.; znak: (...)) dotyczące konstrukcji obiektu (...) oświadczył, że zamierza wykonać płytę mostu (...) w technologii prefabrykowanej, (jako ramownica z belek prefabrykowanych typu (...)).

Zastosowanie przez Skarżącego elementów prefabrykowanych powoduje, że konstrukcja mostu (...) nie będzie konstrukcją monolityczną, jakiej wymagał Zamawiający zgodnie z pkt. 1.1.3.3.PFU.

Argumentem, który w ocenie Skarżącego miałby świadczyć o błędnej ocenie materiału dowodowego jest to, że brak jest legalnej definicji pojęcia obiektu „monolitycznego”, ani też takiej definicji nie wprowadził Zamawiający w dokumentacji zamówienia.

W braku definicji „obektu monolitycznego” konieczne jest jednak odwołanie się do powszechnego rozumienia tego pojęcia oraz dokumentów opisujących rozwiązania konstrukcyjne o charakterze monolitycznym. Jak słusznie argumentował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz pismach procesowych: budownictwo monolityczne polega na wznoszeniu budynków i budowli lub ich elementów z masy betonowej, żelbetonu - a więc z budulca w miejscu wykonywania robót (in situ). Z technologicznego punktu widzenia konstrukcje wykonywane z betonu można podzielić na trzy grupy: monolityczne, prefabrykowane i zespolone.

Zastosowanie przez Skarżącego belek prefabrykowanych w połączeniu z betonem wylewanym na mokro na placu budowy powoduje, że konstrukcja mostu DB-1B będzie miała charakter zespolony, a nie monolityczny - innymi słowy dojdzie do zespolenia belek prefabrykowanych (a więc gotowych, wykonanych np. w zakładzie prefabrykacji takich elementów) z betonem wylany na mokro na placu budowy. Jak wskazano w uzasadnieniu Wyroku Izby: Technologia łączenia elementów prefabrykowanych (wyprodukowanych poza miejscem wbudowania) z elementami wylewanymi już na placu budowy nie skutkuje osiągnięciem efektu monolitu, co do idei. Otrzymujemy wówczas element składający się z dwóch rodzajów materiałów (dwóch rodzajów betonu) o różnych właściwościach, połączonych ze sobą.

Powyższego stwierdzenia nie zmienia to, że jak twierdzi Odwołujący, wszystkie węzły konstrukcji będą monolityczne, żelbetowe wylewane na mokro na placu budowy. Skarżący sam zatem przyznaje, że jako monolityczne, wylewane na placu budowy przewidział wyłącznie wykonanie węzłów ramy trójprzęsłowej, a nie całego obiektu, ponieważ pozostała część ustroju nośnego obiektu zostanie wykonana z elementów prefabrykowanych w postaci belek typu T.

Zastosowane przez Skarżącego rozwiązanie konstrukcyjne będzie prowadzić do tego, że konstrukcja obiektu nie będzie monolityczna (jak wymaga tego Zamawiający), ale zespolona (zespolenie betonowych belek prefabrykowanych z betonem wylewanym na mokro).

(...) monolityczne charakteryzuje to, że powinny mieć one jednorodny materiał. Podstawowymi parametrami określającymi beton są:

- wytrzymałość betonu na ściskanie,
- wytrzymałość betonu na rozciąganie,
- moduł sztywności,

a wielkość wszystkich tych trzech parametrów przyrasta w czasie od momentu betonowania danego elementu konstrukcyjnego na placu budowy.

W przypadku wykonania konstrukcji zespolonej typu „beton-beton” dojdzie do zespolenia belek prefabrykowanych, które są wykonywane dużo wcześniej w wytwórni (zakładzie prefabrykacji) z płytą monolityczną wykonywaną na budowie. Ze względu na znaczne różnice czasowe pomiędzy wykonywaniem poszczególnych elementów tak wykonana konstrukcja nie będzie jednorodna, a każdy element będzie wykonany z innego betonu posiadającego różne parametry - w konsekwencji konstrukcja obiektu nie będzie monolityczna.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający zastrzegł w warunkach zamówienia szczególną technologię wykonania obiektu (...) (jako konstrukcja monolityczna) z uwagi na nietypowy układ geometryczny płyty pomostu wymuszony warunkami środowiskowymi. Odpowiednią trwałość i pracę może zapewnić w warunkach opisanych w dokumentacji zamówienia tylko obiekt monolityczny, wylewany w całości na placu budowy, zgodnie z wymaganiami wyrażonymi w dokumentach zamówienia.

Na niezasadność argumentacji Skarżącego wyraźnie wskazują rozwiązania opisane w WR-M-21- 2 (pkt. 3.2.2), w którym wyraźnie rozróżnia się konstrukcje monolityczne i konstrukcje zespolone:

(...) może być używany do budowy obiektów monolitycznych, betonowanych w całości na budowie lub w obiektach zespolonych typu „beton-beton”, w których zastosowano betonowe dźwigary prefabrykowane produkowane w wytwórniach i elementy monolityczne z betonu (płyty pomostu, poprzecznice i inne) wykonywane na budowie.”

Z przytoczonego fragmentu (...) wynika jasno, że konstrukcję ustrojów nośnych dzieli się na monolityczne wykonywane w całości na budowie oraz na zespolone typu „beton-beton”, w których wykorzystuje się belki prefabrykowane. Jeżeli zatem Skarżący zastosował dla obiektu (...) konstrukcję zespoloną (belka prefabrykowana - beton), to w oczywisty sposób nie można uznać takiej konstrukcji za monolityczną (wykonaną w całości z betonu wylewanego na mokro na placu budowy).

Za nietrafny należy uznać również argument Skarżącego, że przy konstrukcji obiektów wylewanych w całości na budowie stosuje się elementy prefabrykowane np. pręty zbrojeniowe, które są formowane poza placem budowy - kluczowe jest to, że w odróżnieniu do betonu, wielkości charakterystycznych parametrów prętów zbrojeniowych, takich jak wytrzymałość na rozciąganiu, granica plastyczności czy moduł sztywności, nie przyrastają w czasie od momentu produkcji. Nie ma więc znaczenia, gdzie i kiedy pręty zbrojeniowe zostaną wyprodukowane, podczas gdy w przypadku betonu, jak zostało to wskazane powyżej, kluczowe jest to, czy konstrukcja jest wytworzona z jednorodnego materiału o określonych parametrach, na placu budowy, czy też dochodzi do połączenia gotowych elementów konstrukcyjnych wytworzonych wcześniej (belki prefabrykowane) z betonem wylewanym na mokro na budowie, a więc dochodzi do połączenia (zespolenia) materiału posiadającego różne parametry.

Bez znaczenia dla oceny poprawności dokonanej przez Izbę oceny materiału dowodowego pozostaje również powołanie się Skarżącego na cechy monolityczności w odniesieniu do uzyskiwania połączeń poszczególnych elementów konstrukcyjnych obiektu, w tym pkt. 2.1.16.3.4, 2.1.16.2.3, 2.1.16.2.7, 2.1.16.2.2 (...) powyższe postanowienia odnoszą się do „monolityczności” poszczególnych elementów obiektów (pomostów, przyczółków,

konstrukcji nośnych przęseł), zaś w przypadku obiektu (...) Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że **cały** obiekt (a nie tylko jego poszczególne elementy konstrukcyjne) musi być wykonany w konstrukcji monolitycznej.

Co istotne i co podkreśliła Izba w uzasadnieniu orzeczenia: dla mostu (...), zostały określone w Tabeli 1.1 punktu 1.1.3.3 PFU dodatkowe wymagania szczególne inaczej niż dla pozostałych tego typu obiektów. Taka szczególna - co podkreślał Zamawiający - technologia i dodatkowe wymagania szczególne dla tego konkretnie mostu przyjęto z uwagi na nietypowy układ geometryczny płyty pomostu wymuszony warunkami środowiskowymi. Dodatkowo: przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami pkt. 1.1 (...) należało wykonać między innymi zgodnie ze Wzorcami i Standardami Ministra właściwego ds. (...) wymienionymi w PFU pkt. 3.1 poz. 138. W ramach ww. Wzorców i standardów, mających wiążący charakter w ramach Postępowania, podział obiektów mostowych ze względu na typ konstrukcji można znaleźć w następujących dokumentach:

WR-M-21-1 „Katalog typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów. Część 1: Kształtowanie konstrukcji”,

WR-M-21-2 „Katalog typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów. Część 2: Podstawowe wiadomości o drogowych obiektach mostowych”.

Jednocześnie Izba uwzględniła to, że w WR-M-21-2 przedstawiono opis wraz z rysunkami przedstawiającymi poszczególne typy konstrukcji mostowych (rys. 3-4) jako przekroje poprzeczne typowych mostów płytowych z rozgraniczeniem na: (1) konstrukcję monolityczną pełną, (2) monolityczną z otworami oraz (3) półprefabrykowaną z belek typu odwrócone T (tego rodzaju belkami są belki typu K.).

Dodatkowo, w WR-M-21-2 w odniesieniu do mostów płytowych konstrukcja częściowo prefabrykowana została opisana jako rozwiązanie, w którym łączy się prefabrykowane belki (tworzące m. in. tzw. szalunek tracony) i betonową, monolityczną część przekroju wykonywaną na budowie, a taką konstrukcję jako zespoloną typu beton prefabrykowany - beton na mokro.

Z powyższego Izba wyprowadziła poprawny wniosek, że wykonanie nadbetonu w technologii betonowania na miejscu z wbudowaniem belek prefabrykowanych nie spowoduje, że obiekt stanie się monolityczny, czyli o konstrukcji w całości wylewanej i realizowanej na miejscu budowy. Technologia łączenia elementów prefabrykowanych (wyprodukowanych poza miejscem wbudowania) z elementami wylewanymi już na placu budowy nie skutkuje bowiem osiągnięciem efektu monolitu, a otrzymuje się wówczas element składający się z dwóch rodzajów materiałów (dwóch rodzajów betonu) o różnych właściwościach, połączonych ze sobą (zespolenie beton-beton).

Przypomnieć należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych opiera się na znacznym formalizmie. Prawdą jest, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Niemniej jednak restrykcyjny charakter przepisów analizowanej ustawy wymaga od osób starających się o udzielenie zamówienia publicznego dużej ostrożności i staranności w działaniu. Kluczowa na tle niniejszego stanu faktycznego jest zasada koncentracji środków ochrony prawnej, którą statuuje ustawa Prawo zamówień publicznych, polegająca na konieczności zgłaszania, w ściśle określonym terminie, przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego, pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania. Celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. Zasada ta ma na celu również, wespół z przepisami dotyczącymi łącznego rozpoznawania odwołań, eliminację rozbieżnych rozstrzygnięć organów rozpoznających środki ochrony prawnej, w tym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c.) byłoby dążenie do

zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego.

Podkreślić należy również, że specyfika pytań zadanych przez Zamawiającego wynika właśnie z przyjętej formuły przetargu o roboty budowlane - „zaprojektuj i wybuduj”. Z charakterystyki formuły „zaprojektuj i wybuduj” zastosowanej w przedmiotowej sprawie wynika, że w ramach jednej inwestycji (umowy) musi zostać wykonana zarówno kompleksowa dokumentacja projektowa (obejmująca prace koncepcyjne, na bazie których sporządzany jest następnie projekt budowlany i projekty wykonawcze), jak i kompleksowe roboty budowlane, za które to pełną odpowiedzialność ponosi wykonawca. Innymi słowy realizacja prowadzona w trybie „zaprojektuj i wybuduj” oznacza wykonanie dokumentacji projektowej (wykonanie koncepcji oraz wszystkich projektów wymaganych przepisami prawa), uzyskanie wszystkich niezbędnych pozwoleń i decyzji administracyjnych oraz ich następną realizację w postaci wykonania robót budowlanych w wymaganych dla tej inwestycji branżach (tak też: Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 21 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 15/21). Tego rodzaju postępowania przetargowe charakteryzują się tym, iż zamawiający oferuje wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie zamówienia (ustalone z góry i co do zasady niezmiennie), które określane jest przez wykonawców w składanych ofertach na podstawie opisu przedmiotu zamówienia. Pomimo, że z racji przyjętego trybu, opis ten jest uproszczony, to stanowi on dla uczestników przetargu fundament do przygotowania (skalkulowania) ofert, a następnie dla wybranego wykonawcy, jest punktem wyjścia do opracowania dokumentacji projektowej, która w dalszej kolejności, na etapie wykonawstwa służy do realizacji umówionych robót budowlanych (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 roku, sygn. XXV C 508/14). Z każdą ofertą tworzoną w przyjętej formule przetargowej wiążą się konkretne rozwiązania przyjęte przez wykonawcę oparte o zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym Programu Funkcjonalno-Użytkowego, które warunkują złożenie oświadczenia o gotowości do realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego wraz z kalkulacją zobowiązania.

W konsekwencji nie sposób zgodzić się ze Skarżącym, że przedstawienie przez niego w dokumentach technicznych założeń niezgodnych w SWZ i PFU nie stanowiło o wadliwości projektu budowlanego, ponieważ podane przez niego dane nie są istotne z punktu widzenia zgodności z założeniami dotyczącymi całej inwestycji. Wskazania w tym miejscu wymaga, iż jak wynika z powyżej przytoczonego opisu formuły przedmiotowego postępowania, a także z doświadczenia, jakie Sąd Okręgowy posiada, z racji orzekania w podobnych sprawach z zakresu zamówień publicznych na roboty budowlane, wykonawcy przygotowując ofertę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w konwencji zaprojektuj i wybuduj, muszą dokonać wstępnych złożeń, oszacować zakres robót, sporządzić kalkulację, ocenić ryzyka, skonfrontować swoje możliwości – zaplecze osobowe, sprzętowe, logistyczne z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia, a w tym przypadku w szczególności z postanowieniami Programu Funkcjonalno-Użytkowego, stanowiącego załącznik do SWZ i jego integralną część. Projektowanie i budowa winny odbywać się każdorazowo w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych, oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, zapewniając poszanowanie, występujących w obszarze oddziaływania realizacji, uzasadnionych interesów osób trzecich. Nawet jeżeli wykonawcy nie są obowiązani do przedstawienia wraz z ofertą szeregu dokumentów, a jedynie do przedłożenia formularza, stosownych oświadczeń, to i tak dokumenty te w pewnej części już posiadają i dysponują stosownymi informacjami dotyczącymi realizacji zamówienia. W innym wypadku należałoby przyjąć, że ich oferta została stworzona nierzetelnie i nie uwzględnia wszystkich aspektów zamówienia. W rezultacie wiele informacji dotyczących wykonania zamówienia zostaje ustalonych przy tworzeniu oferty, nawet jeśli w samym formularzu ofertowym wykonawcy nie są obowiązani tychże danych uwzględnić w sposób szczegółowy, a jedynie przez oświadczenie zgodności oferty z zapisami SWZ. Ponadto szereg założeń przyjmowanych na etapie przygotowywania oferty opiera się o przepisy prawa, które obowiązują każdorazowo przy realizacji danego rodzaju inwestycji i kreują niejako w części finalny kształt oferty. Podmioty profesjonalnie trudniące się wykonywaniem tego rodzaju zamówień z całą pewnością mają wiedzę na temat tychże regulacji i ich wpływu na zamówienie, już w momencie analizowania ogłoszeń o zamówienie publiczne, na które są w stanie potencjalnie odpowiedzieć w postaci złożenia oferty. Rzetelność przygotowania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia nakłada na wykonawców obowiązek dochowania maksimum dokładności już przy precyzowaniu przedmiotu oferty w oparciu o warunki i dyspozycje określone przez

zamawiającego w SWZ (w tym w projekcie umowy, w PFU) oraz przepisy obowiązujących regulacji prawnych (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 6/23).

Jednocześnie przyznać należy, że przy realizacji inwestycji w ramach formuły "zaprojektuj i wybuduj" naturalną konsekwencją swobody wykonawców w ustaleniu i sprecyzowaniu sposobu uzyskania założeń ujętych w PFU jest dowolność wyboru metod i sposobu realizacji prac budowlanych. Swoboda ta jest jednak ograniczona efektami założeń funkcjonalnych ujętych w powyższym dokumencie, a więc z jednej strony wykonawca ma pewną swobodę, ale w granicach wytyczonych przez PFU. To właśnie te granice pozwalają na realne dokonanie kalkulacji oferty, która jest jednym z kluczowych elementów oferty, albowiem stanowi o jej rentowności i konkretyjności. Powyższe prowadzi do wniosku, że pomimo, iż wykonawca ma pewną swobodę przy realizacji zamówienia, to jednak założenia funkcjonalne przedmiotu zamówienia mogą pociągać za sobą konieczność wezwania do wyjaśnień pewnych kwestii już na etapie wyboru ofert.

W ocenie Sądu Okręgowego podejście do prowadzenia procedury wyjaśnień (jakiej zdaje się oczekiwałby Skarżący) byłoby sprzeczne z art. 223 ust. 1 Pzp zdanie drugie, który stanowi, że: Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (...) dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. W sytuacji, w której z wyjaśnień złożonych przez Skarżącego wynikały niezgodności z warunkami zamówienia, Zamawiający nie mógł dopytywać Skarżącego lub prosić o zmianę treści wyjaśnień - takie działanie stanowiłoby niedopuszczalne negocjacje treści oferty oraz prowadziłyby do zmiany treści oferty, a tym samym stanowiłoby naruszenie przepisu art. 223 ust. 1 PZP.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, jakkolwiek nie jest wykluczone wielokrotne wzywanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, to nie jest zasadnym "dopytywanie" wykonawcy w zakresie tego samego elementu oferty. To w interesie wykonawcy leży wykazanie zgodności treści oferty z SWZ. Co więcej, procedura wyjaśnień, która prowadziłyby do sanowania błędów wykonawcy oraz usunięcia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiłaby naruszenie wyrażonej w art. 16 pkt 1 PZP zasady zachowania uczciwej konkurencji i w znacząco gorszej pozycji stawiałaby tych wykonawców, którzy zachowali należyłą staranność i dokładnie zapoznali się z wymaganiami zamawiającego, szeregiem zmian wprowadzonych w trakcie postępowania czy wyjaśnieniami zamawiającego udzielanymi w toku postępowania.

Uwypuklenia wymaga, iż zdaniem Sądu Okręgowego niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.

Również w ocenie Sądu Okręgowego niezasadny był także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zakresie uznania przez Izbę, że skarżący nie uwzględnił w ofercie pełnego zakresu prac projektowych i wykonawczych systemu sterowania oświetleniem.

Przede wszystkim wbrew stanowisku Skarżącego, Zamawiający skierował do niego precyzyjne i jasne pytanie co do zakresu prac projektowych i robót w ramach systemu zarządzania ruchem oraz systemu sterowania oświetleniem drogowym. Analiza oświadczenia Skarżącego w odpowiedzi na to pytanie pozwala stwierdzić, że – co słusznie ocenił zamawiający – nie uwzględnił on w swojej ofercie pełnego zakresu oświetlenia, jaki należy objąć systemem. Z odpowiedzi jasno bowiem wynika, że skarżący pominął podłączenie do systemu oświetlenia węzłów drogowych K. i B.. Wyraźnie bowiem wskazał, że w zakresie zaprojektowania i wykonania Systemu Sterowania Oświetleniem uwzględnił odcinki drogi pozostające w gestii utrzymania (...) tj. pasy włączania na M. M. Lewy, na M. M. Prawy, teren M. oraz (...). Jak słusznie podnosił Zamawiający oferent nie posłużył się w tym zakresie wyrażeniem „w szczególności”, lecz wskazaniem: „tj.” wyraźnie wskazując jedynie na 4 lokalizacje. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że konieczność

przeprowadzenia prac dotyczących systemu sterowania oświetleniem zdefiniowanym w (...).07.07.01 założono na całym odcinku inwestycji. Ponieważ w odpowiedzi na zapytanie wskazane zostały 4 konkretne lokalizacje, jednocześnie nie wymienione zostały węzły K. i B., to zamawiający miał podstawę uznać, że oferta skarżącego w tym zakresie nie jest zgodna z warunkami zamówienia.

Nie było przy tym podstaw do oczekiwania, by Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 PZP zadawał Skarżącemu w tym zakresie kolejne pytania. Wskazywanie przez Zamawiającego wykonawcy, że w odpowiedzi nie ujął on określonego zakresu robót, do których wykonania był zobowiązany zgodnie z SWZ prowadziłoby bowiem do prowadzenia negocjacji z tymże wykonawcą, co wprost naruszałoby zakaz wynikający z art. 223 ust.1 zd. drugie PZP.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie zasługiwał także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 pkt 5 PZP w zakresie uznania przez Izbę że Skarżący nie uwzględnił w ofercie zgodnych z wymaganiami PFU warstw konstrukcji nawierzchni oraz nie przewidział siatki wzmacniającej na opisanych w PFU istniejących jezdniach dodatkowych i drogach bocznych.

Skarżący kwestionuje ocenę materiału dowodowego w zakresie, w jakim Izba potwierdziła, że pomiędzy ofertą Skarżącego i warunkami zamówienia zachodzi niezgodność co do zaoferowanych konstrukcji nawierzchni dla jezdni manewrowych obwodu utrzymania, dla grup podłoża G3 i G4 (odpowiedź na pytanie (...) z 28 lipca 2023 r.).

Zgodnie z warunkami zamówienia Zamawiający (pkt. 2.1.17.2.1.2 PFU) określił wymóg stosowania konstrukcji katalogowych, tj. zgodnych z załącznikiem nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 r. Katalog Typowych (...) Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych (...): Należy zaprojektować i wykonać jezdnie manewrowe, miejsca postojowe dla samochodów osobowych o nawierzchni według wymagań (...), a dla samochodów ciężarowych o nawierzchni według wymagań (...) lub (...) oraz chodniki o nawierzchni z kostki brukowej niefazowanej. Wymagania w Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych dla grup podłoża G3 oraz G4 określono w Tabelicy 8.3 na stronie 45: Tablica 8.3. Typowe rozwiązania dolnych warstw konstrukcji nawierzchni i warstwy ulepszonego podłoża w przypadku kategorii ruchu KR3 i KR4 (52 >100 MPa). Grubości warstw podano w cm. (...)

Po pierwsze, Skarżący twierdzi, że: (...) przywołane postanowienie 2.1.17.2.1.2 PFU wskazuje na obowiązek zaprojektowania jezdni manewrowych według wymagań (...). Wymaganie to nie może być jednak traktowane jako bezwzględna konieczność zastosowania się do któregoś z typów przedstawionych w tablicy 8.3, tym bardziej, że konieczności takiej nie zakładają nawet sami autorzy (...) oraz (...) obowiązkiem wykonawców było przestrzeganie licznych wymagań określonych w (...), ale nie oznacza to konieczności zastosowania jednego z rozwiązań wskazanych w tablicy 8.3, skoro są to rozwiązania typowe.

Powyższe twierdzenie Skarżącego nie jest zasadne, ponieważ Zamawiający w punkcie 2.1.1 PFU (wersja ostateczna z 6 czerwca 2023 r.) dotyczącym konstrukcji nawierzchni wielokrotnie odwoływał się do obowiązku zastosowania rozwiązań opisanych w (...).

Co szczególnie istotne, w odpowiedzi na pytanie 525 Zamawiający potwierdził jednoznacznie, że nie dopuszcza zastosowania innych rozwiązań niż podane w PFU/ (...):

„Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie innych niż podane w PFU dolnych:

525 warstw konstrukcji nawierzchni, a zgodnych z katalogiem (...) (Pytanie Zamawiający nie dopuszcza nie dotyczy doprowadzenia podłoża do kat. G1 zgodnie z (...)),

Jak wynika z odpowiedzi Skarżącego na pytanie nr (...) (pismo z 28 lipca 2023 r.), Skarżący przyjął w ofercie rozwiązanie niezgodne z ww. wymaganiami Zamawiającego (tj. przyjął warstwę mrozoochronną zamiast warstwy ulepszonego podłoża). Jednocześnie, na etapie rozpoznawania odwołania Skarżący twierdził, że oferowane rozwiązanie jest lepsze od rozwiązania opisanego w (...):

- warstwa mrozoochronną z mieszanki związanej (...) >35% o grubości 25 cm dla G3 i 40 cm dla G4 podana w odpowiedzi posiada wyższe parametry niż wymagana w (...) warstwy ulepszonego podłoża z mieszanki niezwiązanej (...) ≥ 22% o grubości 25 cm dla G3 i 40 cm dla G4.

Skarżący zatem jednoznacznie przyznał, że zaoferowane rozwiązanie jest odmienne od technologii wykonania konstrukcji nawierzchni opisanej w (...), a więc jest niezgodne i warunkami określonymi przez Zamawiającego.

W tym miejscu warto zauważyć, że konstrukcja nawierzchni wskazana przez Skarżącego była dopuszczona w pierwotnym PFU z 20 grudnia 2022 r. Niemniej jednak, Zamawiający w toku postępowania zmienił swoje wymagania (zmiana z 30 maja 2023 r.), a następnie potwierdził tę zmianę w ostatecznej wersji PFU z 6 czerwca 2023 r. W ostatecznej wersji PFU (pkt. 2.1.5.1 PFU) rozwiązanie oferowane przez Skarżącego zostało wykreślone jako niedopuszczalne.

Izba słusznie zatem uznała, że zaproponowane przez Skarżącego konstrukcje dolnych warstw nawierzchni dla grup nośności podłoża G3 i G4 nie odpowiadają żadnemu z typów przewidzianych w Tabelicy 8.3 w (...), wymaganych przez Zamawiającego. W konsekwencji stanowisko Zamawiającego co do niezgodności oferty Skarżącego z warunkami zamówienia było prawidłowe.

Reasumując, skoro Skarżący nie uwzględnił w ofercie wbudowania warstwy geosyntetyku w postaci siatki wzmacniającej na dodatkowych jezdniach i drogach bocznych, pomimo iż wymaganie to było wyraźnie sformułowane we wskazanych warunkach zamówienia, to uznać należy, że przyjął w ofercie wykonanie dolnych warstw konstrukcji nawierzchni niezgodnie z PFU.

Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zakresie uznania przez Izbę że Skarżący nie uwzględnił w ofercie prawidłowej technologii wzmocnienia podłoża w lokalizacji wg Koncepcji Programowej km 17+743 – 17 + 866 (1+503 – 1+626 B2). Podstawą stwierdzenia niezgodności oferty Skarżącego z warunkami zamówienia była odpowiedź udzielona przez wykonawcę na pytanie nr 3.14 i Załączniku nr 5 do wyjaśnień Skarżącego z 28 lipca 2023 r. dotycząca tego, jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w ofercie. Zamawiający oczekiwał wskazania technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego.

Z udzielonej przez Skarżącego odpowiedzi wynikało, że dla kwestionowanej lokalizacji zamierza on zastosować wzmocnienie podłoża z wykorzystaniem materaca geosyntetycznego. Wskazana technologia jest jednak nieadekwatna do warunków gruntowych występujących w kwestionowanej lokalizacji, opisanych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (...), stanowiącej część warunków zamówienia. Jak wynikało z dokumentacji (...), w obszarze wskazanej lokalizacji zalegają grunty organiczne w postaci torfów, namulów i gytii o miąższości do 9 m, co powoduje że konieczne jest głębokie wzmocnienie podłoża (poprzez wymianę gruntu albo wykonanie pali), tym samym zastosowanie technologii oferowanej przez Skarżącego (materac geosyntetyczny) będzie nieadekwatne i będzie prowadzić do osiadania eksploatacyjnego drogi, z przekroczeniem dopuszczalnych wartości.

W zakresie omawianego zarzutu Skarżący nie przedstawia w zasadzie żadnej argumentacji merytorycznej, a twierdzi jedynie, że: Skarżący nie może się jednak do tego zarzutu merytorycznie odnieść, gdyż Zamawiający nie wskazał na czym konkretnie polega owa niezgodność. W uzasadnieniu wyroku Izba również nie odniosła się do tych twierdzeń i nie wyjaśniła tej niezgodności, przyjmując arbitralnie, że Skarżący przyjął nieprawidłową technologię wzmocnienia podłoża.

W uzasadnieniu orzeczenia Izba wyraźnie wskazała, że zastosowane przez Skarżącego rozwiązanie jest niezgodne z „Wytycznymi wzmacniania podłoża gruntowego” (3.2 pkt. 6 PFU) jako dokumentem wiążącym wykonawców. Dodatkowo, w żadnej z zalecanych metod wzmacniania podłoża gruntowego (Tabelica 2. Wybór metod wzmacniania podłoża organicznych i mineralnych (str. 23) w przypadku występowania gruntów organicznych (jak ma to miejsce

we wskazanej lokalizacji) nie znajduje zastosowania technologia wzmocnienia podłoża z zastosowaniem materaca geosyntetycznego.

Zdaniem Sądu Okręgowego Izba prawidłowo przyjęła, że w tym zakresie zastosowane przez Skarżącego rozwiązanie jest niezgodne z „Wytocznymi wzmocnienia podłoża gruntowego” (3.2.pkt 6 PFU) jako dokumentem wiążącym wykonawców. We właściwym czasie dla kwestionowania postanowień SWZ Skarżący tego nie uczynił. Wiąza go zatem – podobnie jak innych Wykonawców i Zamawiającego – postanowienia SWZ w treści obowiązującej w dacie upływu terminu składania ofert. Podnoszenie w związku z tym argumentacji o nie spełnianiu wymagań postanowień SWZ z wymaganiami aktualnie stawianymi przez zamawiającego w innych postępowaniach nie może odnieść oczekiwanego przez Skarżącego skutku.

Okoliczność występowania niezgodności oferty Skarżącego z warunkami zamówienia (poprzez nieadekwatność oferowanej technologii wzmocnienia podłoża) zostały potwierdzone poprzez analizę dokumentacji (...) oraz wykazanie, że Skarżący w sposób wybiórczy przedstawiał dane dotyczące warunków gruntowych we wskazanej lokalizacji, w tym:

- Skarżący nie przedstawiał geologii dla całości obszaru;
- Skarżący nie uwzględnił kart otworów dla obiektu MD-2B, które wskazują na znaczące zaleganie gruntów organicznych w obszarze przyczółka. Odwiert dla drogi (...) potwierdza zaleganie gruntów organicznych (torfów, gytii i namulów) tuż za obiektem, jego skrzydełkiem. W dalszym obszarze (otwory 81A_Arch, 81 B_Arch) nadal wskazują na występowanie gruntów organicznych w podłożu;
- profil geologiczny przedstawiony przez Skarżącego dla obszaru strefy przejściowej (km 8+800 według km i (...)+820) nie wykazuje zalegania gruntów organicznych zgodnie z rozpoznaniem przedstawionym w dokumentacji (...);
- § 144. ust. 3 rozporządzenia jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie jednoznacznie wskazuje, że osiadania korpusu drogowego w miejscu styku z obiektem inżynierskim powinny być równe osiadaniu jak dla obiektu i nie powinny powodować deformacji profilu nawierzchni, a powyższe wymagania przy zastosowaniu technologii oferowanej przez Skarżącego nie zostaną spełnione.

W uzasadnieniu zarzutu Skarżący skupia się na tym, że rzekomo dokumentacja geologiczno- inżynierska ((...)) stanowiąca element SWZ nie spełnia wymagań aktualnie stawianych przez (...) w zakresie dokumentowania warunków gruntowych w przypadku występowania gruntów słabonośnych (gytii, torfów, czy namulów). Tego typu zarzut Skarżący mógł formułować na etapie postępowania, jeżeli w jego ocenie dokumentacja (...) nie była wystarczająca do sporządzenia oferty.

Jednocześnie zauważyć należy niekonsekwencję w stanowisku Skarżącego. Z jednej strony wskazuje on bowiem, że cena w ofercie podana została przez niego jak najbardziej prawidłowo – z uwagi na sposób rozumienia wykonania konstrukcji monolitycznej, z drugiej zaś oczekuje on dokonania przez Zamawiającego sprostowania jego oferty. Dla Sądu stanowisko to jest wewnętrznie sprzeczne – skoro bowiem oferta i podane w niej ceny są zgodne z SWZ, to dlaczego i w jakim zakresie miałby Zamawiający prostować ofertę skarżącego. Jednocześnie w ocenie Sądu Okręgowego przedstawione w ofercie przez Odwołującego- obecnie skarżącego wartości odbiegały od wymagań SWZ, ale w sposób jednoznaczny i właściwie określały intencje wykonawcy składającego ofertę. Nie dawało to zatem zamawiającemu prawa do zastosowania instrumentów określonych w art. 223 ust. 1, 2 i 3 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezasadne okazały się również zarzuty naruszenia prawa materialnego art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP, art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zakresie w jakim skarżący twierdził, iż jego wyjaśnienia są zgodne z warunkami zamówienia.

Co istotne, sam Skarżący nie kwestionował wezwania do wyjaśnień, ale udzielał na nie odpowiedzi. Takie wyjaśnienia należy z kolei traktować jako skonkretyzowanie oferty i wyraz założeń przyjętych przez Odwołującego, które tworzą zobowiązanie wykonawcy i podlegają wycenie. Innymi słowy, wyjaśnienia Odwołującego stanowią ofertę sensu

largo, która również podlega badaniu i ocenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „wyjaśnienia treści oferty składane na niezakwestionowane wezwanie zamawiającego wystosowane w toku badania oferty, wiążą odwołującego na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie jak treść złożonej oferty. Dlatego też stwierdzone w toku badania wyjaśnień sprzeczności mogą stanowić podstawę do uznania, iż oferta złożona w postępowaniu podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”. Podobnie w innych orzeczeniach Izba wyjaśniła, że: Wymaga również przypomnienia, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowią wykładnię oświadczenia woli i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty . (...) Treść wyjaśnień stanowi część oferty sensu largo.

Możliwość badania treści oferty poprzez wyjaśnienie założeń przyjętych w ofercie wykonawcy jest kluczowa z punktu zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający badając oferty i dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej musi wiedzieć, czy oceniane oferty są porównywalne, tj. czy wykonawcy wycenili ten sam przedmiot zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ/ PFU.

Za nieprawidłowe należy również uznać stanowisko Skarżącego, jakoby ogólne oświadczenie składane czy to w ofercie, czy w wyjaśnieniach oferty, było wystarczające dla potwierdzenia zgodności założeń przyjętych przez Skarżącego z warunkami zamówienia.

Ogólne oświadczenie o zgodności oferty z SWZ składane przez wykonawców są praktyką rynkową i standardem, niemniej jednak takie oświadczenie nie uniemożliwia zamawiającemu szczegółowego badania treści oferty pod kątem jej zgodności z SWZ, a stwierdzenie niezgodności nie jest sanowane na podstawie ogólnego oświadczenia o zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego.

W ocenie Sądu wyjaśnienia to ustalenie sposobu widzenia dokumentacji przez wykonawcę i uszczegółowienie wskazanego przy składaniu oferty stanowiska wynikającego z załączonych dokumentów i złożonych oświadczeń. Jest to swego rodzaju wykładnia treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń oraz Odpowiedzi na pytania doprecyzowują kwestie, które Zamawiający jest w stanie ustalić jedynie przy udziale konkretnego wykonawcy. Prezentują one bowiem sposób widzenia i rozumienia zapisów SWZ przez Wykonawcę, co pozwala Zamawiającemu rzetelnie dokonać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Poza tym brak było zarzutów co do wzywania PORR, czy też innych wykonawców do wyjaśnienia treści oferty. Nie ma zatem podstaw, aby Sąd zajmował się tym w toku postępowania skargowego.

Podsumowując, Sąd Okręgowy nie dopatrzył się przesłanek merytorycznych do uwzględnienia skargi, zarzuty skarżącego były bowiem wyłącznie polemiczne i opierały się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należyście ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 1 Pzp oddalił skargę.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi (Zamawiającego) w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów zastępstwa procesowego, Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 14 ust. 2a pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi tj. 7.200 zł. Zdaniem Sądu Okręgowego za zasadny należało ocenić wniosek o zasądzenie dwukrotnej stawki minimalnej z tytułu zastępstwa procesowego. Niewątpliwie bowiem konieczny był większy nakład pracy niż przeciętny w niniejszej sprawie, choćby z uwagi na wielość zarzutów podnoszonych przez skarżącego. Dodatkowo odniesienie się do tych zarzutów wymagało wnikliwej analizy nie tylko decyzji zamawiającego, odwołania, orzeczenia Izby oraz skargi, ale przede wszystkim dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności SWZ które łącznie z załącznikami

liczyło kilka tysięcy stron, jak też pytań zadawanych przez zamawiającego i odpowiedzi wykonawcy w kontekście wymagań wynikających z SWZ. Jednocześnie jednak brak było podstaw do przyznania zamawiającemu kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z żądaniem w wysokości sześciokrotności minimalnej stawki. W sprawie toczącej się na skutek wniesienia skargi udzielił odpowiedzi na skargę w sposób wyczerpujący, ale odbyła się wyłącznie jedna rozprawa – nie było konieczne uczestniczenie zamawiającego i jego pełnomocnika w wielu posiedzeniach Sądu. Nie było również przeprowadzane postępowanie dowodowe uzupełniające materiał zgromadzony przez Krajową Izbę Odwoławczą. Z tego powodu w ocenie Sądu Okręgowego zasadne było zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w wysokości odpowiadającej dwukrotności stawki minimalnej wynikającej z przywołanego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości. O odsetkach od zasądzonych kosztów postępowania Sąd rozstrzygnął z urzędu w myśl art. 98 § 1⁽¹⁾ k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp.

Sylwia Paschke
Monika Skalska
Alicja Dziekańska