

# 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<br>SO Alicja Dziekańska |
| Protokolant:    | sekr. sądowy Dariusz Książyk              |

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 24 kwietnia 2024r. w W.

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 akcyjnej w B., (...) w T. (C.)

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

ze skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 8 grudnia 2023r., sygn. akt KIO 3067/23

I. oddala skargę;

II. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki akcyjnej w B., (...) w T. (C.) 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 K. i (...) 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: (...) konsorcjum oraz (...) (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 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z/s w W..

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 3067/23, 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.

Skarżący w odwołaniu wskazał, że wnosi odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy:

- a) czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie oferty Odwołującego;
- b) czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia ewentualnie zaniechanie wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień treści oferty i zaniechanie poprawy w ofercie innej omyłki;
- c) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- d) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty (...) S. A. w W. jako najkorzystniejszej.

Czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp mające wpływ na wynik postępowania poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie:

- wykonawca nie uwzględnił w ofercie prac na istniejącym obiekcie (...) (16c km 27.688 R. wiadukt)), pomimo że był do tego zobowiązany (niezgodność nr 1) w sytuacji gdy, oferta Odwołującego pozostawała zgodna z ww. wymaganiami - co do zakresu świadczenia wykonawcy, a Odwołujący skalkulował przedmiotowe prace w cenie oferty

b) art. 65 § 1 K. c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp mające wpływ na wynik postępowania poprzez dokonanie wadliwej wykładni oświadczenia woli Odwołującego w zakresie prac na istniejącym obiekcie R. wiadukt, wbrew zasadom wymienionym w ww. artykule, czyli bez uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego postępowania (całokształtu okoliczności przetargu), z pominięciem zasad Pzp, które nakazują nadać treść oświadczeniom wykonawcy sens zgodny z zasadami Pzp i

całkowicie bezpodstawne uznanie, że odpowiedź na pytanie 3.12 (wyjaśnienia z dnia 4 września 2023 r.) stanowiło jasne i wyraźne oświadczenie woli Odwołującego, że nie wykona prac na istniejącym obiekcie „R. wiadukt”, w sytuacji gdy odpowiedź Odwołującego dotyczyła wiaduktu nowoprojektowanego, a nie istniejącego, co wynika wprost ze złożonego oświadczenia i co było uzasadnione treścią pytania, a brak wyjaśnienia w zakresie prac na przedmiotowym obiekcie, nie oznaczało niezaoferowania świadczenia w tym zakresie;

ewentualnie

c) art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp mające wpływ na wynik postępowania poprzez jego niezastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że nie miał obowiązku dalszego wyjaśniania treści oferty, pomimo że treść odpowiedzi na pytanie 3.12. (wyjaśnienia z dnia 9 września 2023 r.) mogła budzić wątpliwości jak zrozumiał pytanie Odwołujący i w jakim przedmiocie rzeczywiście udzielił odpowiedzi, co wymagało ustalenia, a różne rozumienie pytania było usprawiedliwione treścią pytania i dokumentami zamówienia (PFU i załącznikami do PFU) zawierającymi różne oznaczenie obiektu;

d) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp mające wpływ na wynik postępowania poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie:

- wykonawca przyjął w ofercie technologię wykonania mostu (...) niezgodną z PFU

(niezgodność nr 2) w sytuacji, gdy oferta Odwołującego pozostawała zgodna z ww. wymaganiami co do cech i sposobu realizacji mostu, Odwołujący zaoferował technologię monolityczną wykonania mostu;

e) art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp mające wpływ na wynik postępowania poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie:

- wykonawca przyjął w ofercie konstrukcję dolnych warstw jezdni manewrowych w ODU i MOP dla określonego podłoża gruntowego niezgodnie z wymaganiami Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych (niezgodność nr 3) w sytuacji, gdy oferta Odwołującego pozostawała zgodna z ww. wymaganiami co do cech konstrukcji nawierzchni manewrowych; ewentualnie

f) art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że nie miał obowiązku poprawienia oferty Odwołującego w zakresie konstrukcji warstw nawierzchni jezdni manewrowych, w sytuacji, gdy zmiana w tym zakresie byłaby nieistotna, czyli bez wpływu na wolę zrealizowania zamówienia w tym przedmiocie zgodnie z wymaganiami Katalogu;

g) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie:

wykonawca przyjął w ofercie technologię posadowienia mostu (...) nie do zrealizowania (niezgodność nr 4) w sytuacji, gdy oferta Odwołującego pozostawała zgodna z ww. wymaganiami co do cech i sposobu realizacji mostu, czyli możliwa do zrealizowania było bezpośrednie posadowienie mostu.

Wskazując na powyższe zarzuty konsorcjum (...) wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej

b) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego ewentualnie zwrócić się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp o dodatkowe wyjaśnienia

c) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

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 prowadzi 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 (...) i 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 R. wiadukt)
- 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 dopuszczono 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 (...), 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 (...),
- 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 do przedmiotu niniejszego postępowania, czyli czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: (...) spółki akcyjnej w K. i (...) w T. wskazać należy, że w zakresie pierwszego elementu [(1) brak uwzględnienia prac na obiekcie (...) (16c km 27.668 R. wiadukt)] Zamawiający w piśmie z 13 lipca 2023 r. skierował do Konsorcjum (...) wezwanie o udzielenie wyjaśnień (pytanie: 3.12.), które w odpowiedzi podało: że: Zakres prac wskazano w Załączniku nr 2 - tabeli nr 2 stanowiącej załącznik do przedmiotowych odpowiedzi.

W tym załączniku - jak ustalił Zamawiający - Konsorcjum nie uwzględniło w tabeli 1.1 dziewięciu spośród 17 obiektów inżynierskich, w tym wiaduktu (...) (16c km 27.668 R. wiadukt). W odpowiedzi na wezwanie drugie z 30 sierpnia 2023 r. o złożenie dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie, Konsorcjum ponownie powołując się na załącznik 2 wskazało na jego aktualizację. Z tego załącznika wynika, że Konsorcjum nie będzie wykonywało żadnych robót na istniejącym obiekcie o symbolu (...) znajdującym się w ciągu trasy głównej w km 27+668 (wg kilometraża istniejącego (...)).

Według wymagań opisanych w OPZ w załączniku nr 33 do PFU w ramach zamówienia należy wykonać m.in. prace dostosowujące istniejące mosty i wiadukty drogi (...) do nowej funkcji drogi klasy S. Zakres wymaganych robót został określony dla każdego obiektu odrębnie. Według wskazanego dokumentu - w załączniku wymieniono 17 istniejących obiektów inżynierskich na drodze krajowej nr (...), w tym wiadukt (...) (16c km 27.668 R. wiadukt). W odniesieniu do tego obiektu (16c km 27.668 R. wiadukt) wskazano m.in., że: „Celem planowanych prac jest dostosowanie istniejącego obiektu mostowego do nowej funkcji. Planuje się wykonanie następujących prac: wymianę nawierzchni bitumicznej, wymianę elementów wyposażenia (między innymi barier, dylatacji, elementów odwodnienia, nawierzchni na opaskach i chodnikach, umocnienia stożków), oczyszczenie powierzchni betonowych konstrukcji podpór, ustroju i belek podporęczowych wraz z naprawą ubytków zaprawami (...), iniekcją rys.; odtworzenie powłok malarskich. Powyższe wynika również z odpowiedzi na pytanie 156 (na co wskazywał Zamawiający), w której potwierdzono, że remont obiektu wg załącznika nr 33 dotyczy obiektu w ciągu istniejącej (...).

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zarówno pierwsze, jak i drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło zakresu robót na obiektach istniejących. W drugim wezwaniu Zamawiający doprecyzował pytanie o prace przewidziane na obiektach istniejących, dla których zabrakło wyjaśnień w pierwszej odpowiedzi Odwołującego, dodatkowo identyfikując każdy z obiektów, poprzez podanie funkcjonującego obecnie w ciągu drogi 16c pikietaża/kilometraża drogi. Tym samym brak było podstaw do kwestionowania ustaleń Zamawiającego co do tego elementu. Konsorcjum nie uwzględniając w ofercie wykonania robót na istniejącym obiekcie o symbolu (...), postąpiło wbrew wymaganiom warunków zamówienia, a tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp nie jest zasadny. Nie jest także - wobec tych ustaleń - zasadny zarzut naruszenia art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust 1 Pzp. Zamawiający bowiem dwukrotnie, o czym mowa powyżej jednoznacznie precyzował w wezwaniach konkretnie, że wyjaśnienia mają dotyczyć zakresu robót na obiektach istniejących. Tym samym także zarzut (ewentualny) naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp w zw.

z art. 16 Pzp jest niezasadny. W tym przypadku jego niezastosowanie, a mianowicie skierowanie kolejnego wynikało z faktu, że treść odpowiedzi na pytanie 3.12 (w wyniku drugiego wezwania) nie mogła budzić wątpliwości.

W odniesieniu do drugiego elementu [(2) zastosowania przez Konsorcjum niedopuszczonej przez PFU technologii wykonania mostu (...)] Konsorcjum w wyjaśnieniach z 28/07/23 (odp. na pytanie 3.10.) podało, że zamierza wybudować most z użyciem gotowych prefabrykatów typu (...). Zgodnie z wymaganiami określonymi w Tabeli 1.1 PFU 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.

Konsorcjum (...), 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 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”. Izba zwraca także uwagę, że dla mostu (...), inaczej niż dla tego typu obiektów, zostały określone w Tabeli 1.1 punktu 1.1.3.3 PFU dodatkowe wymagania szczególne, cytowane powyżej. 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. Ponadto - na co zwracał uwagę także wykonawca (...) - przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami pkt. 1.1 PFU - należało wykonać między innymi zgodnie ze Wzorcami i Standardami Ministra właściwego ds. Transportu 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 OPZ, PFU oraz odpowiedziami na pytania zadane

w trakcie postępowania przetargowego<sup>(1)</sup>. Konsorcjum (...) uwzględniając w ofercie technologię inną niż wskazana przez Zamawiającego postąpiło wbrew jednoznacznym wymaganiom warunków zamówienia.

W odniesieniu do trzeciego elementu [(3) zastosowanie niezgodnej z wymaganiami PFU warstwy konstrukcji nawierzchni] Konsorcjum w wyjaśnieniu z 28/07/23 (odp. na pytanie 3.17.) nie wykazało wszystkich rodzajów konstrukcji nawierzchni wymaganych przez Zamawiającego, w tym jakie konstrukcje planuje wykonać na drogach manewrowych obwodu utrzymania drogi oraz miejsc obsługi podróżnych. W odpowiedzi na drugie z wezwań w zakresie jezdni manewrowych obwodu utrzymania drogi (kategoria KR3) oraz jezdni manewrowych miejsc obsługi podróżnych (kategoria KR4). Wykonawca w drugich wyjaśnieniach wykazał wykonanie niezgodnych z wymaganiami PFU dolnych warstw konstrukcji nawierzchni dla grup nośności podłoża G3 i G4. Zaproponowane konstrukcje dla dolnych warstw nawierzchni nie odpowiadają żadnemu z typów przewidzianych w Tablicy 8.3 w „Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych. Takie zestawienie - jak poniżej - Zamawiający załączył do decyzji z 5/10/23:

Dolne warstwy konstrukcji nawierzchni dla podłoża gruntowego o grupie nośności G3:

|   |    |  |
|---|----|--|
| 5   | 18 | Warstwa podbudowy pomocniczej z mieszanki związanej cementem C3/4  |
| 6   | 25 | Warstwa mrozoochronna z mieszanki niezwiązanej CBR>35°/o<br><br>(Jeżeli zwierciadło wody gruntowej znajduje się bliżej niż 1,5 m od spodu konstrukcji nawierzchni należy zastosować: kio> 5 m/dobę - funkcja warstwy odsączającej) |
| 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  |
| 6   | 40 | Warstwa mrozoochronna z mieszanki niezwiązanej CBR>35°/a<br><br>(Jeżeli zwierciadło wody gruntowej znajduje się bliżej niż 1,5 m   |

|   |  |  |
|---|--|--|
|   |  | od spodu konstrukcji nawierzchni należy zastosować: kio > 5 m/dobę - funkcja warstwy odsączającej) |
| 7 |  | Warstwa odcinająca - geotkanina seperacyjna  |

Zamawiający jak podał w decyzji - (...) w punkcie 2.1.17.2.1.2 PFU definiującym wymagania dla jezdni manewrowych, miejsc postojowych i chodników na terenie obwodu utrzymania drogi zawarł wymóg stosowania konstrukcji katalogowych, tzn. 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: Katalog lub KTKNPiP). \N punkcie 1 Katalogu podano: „Należy zaprojektować i wykonać jezdnie manewrowe, miejsca postojowe dla samochodów osobowych o nawierzchni według wymagań KTKNPiP, a dla samochodów ciężarowych o nawierzchni według wymagań KTKNPiP lub KTKNS oraz chodniki o nawierzchni z kostki brukowej niefazowanej”. W decyzji wskazano także na pkt 2.1.17.2.2 - podając - precyzując wymagania dla nawierzchni jezdni miejsc obsługi podróżnych istnieje zapis wskazujący na konieczność stosowania konstrukcji zgodnej z „Katalogiem typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych”, wymieniona jest również konkretna tabela z Katalogu, z której należy przyjąć układ dolnych warstw konstrukcyjnych nawierzchni (...) cyt. Parametry. (...)

Zaproponowane konstrukcje dla dolnych warstw nawierzchni nie odpowiadają żadnemu z typów przewidzianych w Tabelcy 8.3 w „Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych”. Odwołujący nie sprzeciwiał się ustaleniom faktycznym, a zarzut opierał na twierdzeniu podobieństwa a nawet tożsamości warstwy pn. „Warstwa ulepszanego podłoża” i „warstwa mrozoochronna” zdefiniowane w KTKNPiP. Jednakże w przypadku tego zamówienia, zadaniem wykonawcy było skorzystanie z podanej bazy w Katalogu i wybranie jednego z nich. W tym katalogu dla kategorii ruchu KR3 i KR4 katalog przewiduje zastosowanie 5 typów dolnych warstw, do wyboru. Zamawiający nie narzucał konkretnego rozwiązania, wszystkie rodzaje dolnych warstw konstrukcyjnych nawierzchni, które uwzględnia „Katalog” były dopuszczone do stosowania w ramach realizacji zamówienia w zakresie dróg manewrowych na OUD i MOP. Tymczasem Konsorcjum (...) postąpiło wbrew jednoznacznym wymaganiom warunków zamówienia. Tym samym ocena oferty w tym elemencie nie może zostać podważona.

W odniesieniu do czwartego elementu [(4) błędnie przyjęta technologię posadowienia mostu (...) Konsorcjum w wyjaśnienia z 28/07/23, w odpowiedzi na pytanie 3.10. (podanie dla każdego obiektu rozwiązania konstrukcyjno-budowlanego, sposobu i technologii posadowienia, parametrów przekrojów ruchowych, ilości i rozpiętości przęseł) w przypadku mostu (...) w km 10+811 (kilometraż wg koncepcji programowej) wykonawca przyjął zastosowanie technologii posadowienia bezpośredniego, co stanowiło podstawę odrzucenia tej oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Według powoływanej przez Zamawiającego DGI [PFU - zał. 40: „Dokumentacja geologiczno - inżynierska (DGI) Tom II Obiekty inżynierskie”, przekładka „Most (...)”] wynika, że w podłożu gruntowym, w górnych warstwach, zalegają min. grunty organiczne w postaci piasków i pyłów wymieszanych z torfami, jak też same soczewki torfowe. W niższych warstwach podłoża, na głębokości 5 - 6 m - jak podnosił Zamawiający wskazując na załącznik 1-8 do DGI - stwierdzono występowanie pyłów przewarstwionych gliną pylastą oraz glin pylastych przewarstwionych pyłem w stanie plastycznym i twaroplastycznym o bardzo słabych parametrach, o miąższości ok 6 m.

Ponadto przystępujący (...) zwracał również uwagę, że obiekt (...) jest mostem, dla którego przeszkodą jest rzeka W.. Teren pod obiektem, zgodnie z obliczeniami hydrologicznymi załączonymi do odpowiedzi nr 413 (pakiet 14 z dnia 25.04.2023 r.) będzie pokryty wodą przy przepływie miarodajnym, a wskazane w DGI parametry terenu determinują z kolei, zgodnie z pkt 2.1.16.2.5 a) PFU, że obiekt powinien zostać posadowiony pośrednio (tak jak obiekt istniejący).

W wiążącym dokumencie DGI, autorzy tego dokumentu wprost wskazywali na zasadność przyjęcia posadowienia pośredniego.

Konsorcjum (...) motywując zasadność przyjętego przez wykonawcę rozwiązania, wskazało, że „analizując poziom posadowienia obiektu w stosunku do zalegającego przewarstwienia torfami można stwierdzić, iż zalegają one tuż pod poziomem posadowienia i niewielkim nakładem kosztów można dokonać wymiany gruntu na głębokość około 1 m”. Zatem posadowienie bezpośrednie obiektu (...) skorelowane jest z koniecznością wymiany gruntu na głębokość około 1 m, podczas gdy Zamawiający w odpowiedziach nie dopuszczał wymiany gruntu pod fundamentami obiektów mostowych (odpowiedź nr 10, 37 (z zebrania wykonawców w dniu 16.01.2023) czy 462 (z pakietu 12 z dnia 18.04.2023)). Zatem posadowienie bezpośrednie - wg koncepcji Konsorcjum - jest niedopuszczalne w świetle PFU i udzielanych odpowiedzi na pytania, które w sposób jednoznaczny wskazywały, że wymiana gruntu pod fundamentem obiektu jest niedopuszczalna, a przyjmując technologię posadowienia bezpośredniego, ławy i płyty fundamentowe należy wykonać na gruncie rodzimym.

Izba, mając na uwadze te ustalenia warunki nie znalazła podstaw do kwestionowania stanowiska, że właściwym (Gedynym) rozwiązaniem jest w opisanym przypadku pośrednie posadowienie obiektu. Zatem Konsorcjum (...) uwzględniło w ofercie niewłaściwą technologię posadowienia obiektu, niezgodną z dokumentami opisującymi sytuację geologiczną pod obiektem (...).

W konkluzji Izba stwierdza, że odwołanie podlega oddaleniu zarówno w zakresie podnoszonego w odwołaniu kluczowego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 65 § 1 K. c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp jak i pozostałych wskazywanych w odwołaniu zarzutów jako ewentualne, a mianowicie naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 223 ust 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: (...) S.A. wraz z (...) z siedzibą w C.. (dalej: Konsorcjum (...)) zarzucając:

Dot. pierwszego elementu stanowiącego wg KIO o niezgodności treści oferty [(1) brak uwzględnienia prac na obiekcie (...)] (16c km 27.668 R. wiadukt):

1) niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy ustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Zamawiający w dokumentach stanowiących opis przedmiotu zamówienia tj. w PFU wraz z załącznikami sporny istniejący obiekt (tzw. przez strony postępowania odwoławczego „R. KZP wiadukt”) przeznaczony do remontu, oznaczył jako obiekt (...), w sytuacji gdy symbolem (...) został oznaczony obiekt przeznaczony do zaprojektowania i wybudowania, a nie obiekt istniejący, co jest istotne dla sprawy, ponieważ posłużenie się przez Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego w pyt. 3.12 dotyczącym istniejących obiektów, oznaczeniem obiektu nowobudowanego, spowodowało nieporozumienie pomiędzy Zamawiającym a Skarżącym, który na tak sformułowane pytanie udzielił odpowiedzi w zakresie nowoprojektowanego obiektu (...), a nie istniejącego obiektu, w konsekwencji błędne ustalenie w tym przedmiocie doprowadziło do wadliwego wniosku Izbę, że oferta Skarżącego nie uwzględniła prac na istniejącym obiekcie;

2) nieustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, istotnego dla rozstrzygnięcia faktu, co do skalkulowania w cenie oferty Skarżącego zarówno nowoprojektowanego obiektu (...), jaki istniejącego obiektu (...), pomimo przeprowadzenia dowodu z dokumentów załączonych do wniosku dowodowego z dnia 7 listopada 2023 r., stanowiących dokumenty spoza przetargu (Przedmiar wraz z kosztorysem ofertowym oraz korespondencją e - mail sporządzone na etapie przygotowania oferty), w konsekwencji niepoczynienie ustaleń w tym przedmiocie doprowadziło Izbę do wadliwego wniosku, że oferta Skarżącego nie uwzględnia prac na istniejącym obiekcie;

3) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj. art. 542 ust. 1 Pzp, polegające na dokonaniu oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób wybiórczy i dowolny, bez uwzględnienia zasad logiki i doświadczenia życiowego oraz z pominięciem przeprowadzonych dowodów i błędne uznanie, że z odpowiedzi Skarżącego na pyt. 3.12., w szczególności z Załącznika nr 2 aktualizacji wyniku, że Skarżący nie wykona

prac na spornym istniejącym obiekcie (tzw. przez strony postępowania odwoławczego „R. wiadukt”) i ocena ta nie budzi żadnych wątpliwości w realiach przetargu co do tego, gdy tymczasem z literalnej treści udzielonej przez Skarżącego odpowiedzi wynika, że dotyczy obiektu nowobudowanego, a nie istniejącego, odpowiedź referowała do nieprecyzyjnego w tym zakresie pytania, które chociaż dotyczyło obiektów istniejących, to w tym przypadku posłużyło się oznaczeniem obiektu przeznaczonego do zaprojektowania i wybudowania ((...)), a sporny istniejący obiekt (tzw. przez strony postępowania odwoławczego „R. wiadukt”), posiadał różne oznaczenie w dokumentach zamówienia przygotowanych przez Zamawiającego, i co mogło zostać ostatecznie wyjaśnione w postępowaniu przed Zamawiającym w sposób przejrzysty i czytelny dla Zamawiającego, bez eliminacji oferty Skarżącego, a w każdym razie Skarżący wykazał skalkulowanie w cenie oferty wybudowanie nowego obiektu (...) i prace na istniejącym obiekcie „R. wiadukt”;

4) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 65 K. c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, polegające na błędnej wykładni oświadczeń wykonawcy złożonych w toku prowadzonego postępowania, tj. oferty oraz wyjaśnień udzielonych w ramach pytań technicznych, tj. odpowiedzi na pyt. 3.12 na drugie wezwanie (wyjaśnienia z dnia 4 września 2023 r.) z pominięciem okoliczności, w których te oświadczenia zostały złożone, w szczególności w kontekście pytania sformułowanego przez Zamawiającego I dokumentów zamówienia wbrew literalnemu brzmieniu oświadczeń wykonawcy oraz bez ustalenia zgodnego zamiaru stron i celu prowadzonego postępowania i przyjęcie skrajnie niekorzystnej dla wykonawcy (niezgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości) interpretacji, że w odpowiedzi na pytanie 3.12 wykonawca oświadczył wolę niezrealizowania prac i robót na istniejącym obiekcie;

5) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 233 ust. 1 Pzp, polegające na niewłaściwym zastosowaniu i uznaniu przez Izbę, że Zamawiający może stosować ten przepis w ten sposób, że wzywa wykonawcę na etapie po złożeniu oferty do udzielenia odpowiedzi na wiele pytań technicznych dotyczących koncepcji wykonawcy przyjętej oferty, której przedstawienie nie wymagał wraz z ofertą, a następnie przy stwierdzeniu błędów, niejasności, niepełnych informacji czy niezgodności, nie wzywa wykonawcy do wyjaśnienia zgodnie z celem tego przepisu, wskazując już konkretnie na stwierdzoną niezgodność w wyjaśnieniach w celu

umożliwienia wykonawcy wyjaśnienia rzeczywistej treści udzielonej odpowiedzi i odniesienia jej do treści oferty, tylko automatycznie odrzuca ofertę, co pozbawia wykonawcę de facto możliwości przedstawienia swoich racji na tym etapie, przerzucając ciężar dowodzenia przed KIO, co należy uznać za niewłaściwe zastosowanie normy wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ wyjaśniać w pierwszej kolejności wątpliwości, niejasności czy niezgodności powinien Zamawiający u wykonawcy, nie angażując organów państwa w długotrwałą procedurę związaną ze skorzystaniem przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej. W ten sposób Zamawiający nadużywa środków ochrony prawnej przewidzianej w ustawie, przewleka postępowanie, gdyż niejasności mogą być wyjaśnione z wykonawcą w ciągu np. trzech dni;

Dot. drugiego elementu stanowiącego wg KIO o niezgodności treści oferty [(2) zastosowania przez Konsorcjum niedopuszczonej przez PFU technologii wykonania mostu (...):

6) niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy ustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że wymaganie określone w dokumentach zamówienia przez Zamawiającego, tj. pkt 1.1.3.3 PFU w Tabeli 1.1 poz. 3 dla mostu (...), że ma powstać „obiekt monolityczny” oznacza „obiekt o konstrukcji w całości wylewanej i realizowanej na miejscu budowy”, a także, że oznacza, że nie może być wykonany nawet w części z elementów prefabrykowanych, w sytuacji gdy takie rozumienie wymagania „obiekt monolityczny” nie wynika z ww. pkt ani z innych pkt PFU czy Załączników do PFU i jest obecnie zawężającym oraz zupełnie nowym rozumieniem Zamawiającego tego wymagania, niewyrażonym nie tylko na etapie ogłoszenia o zamówienie, ale i do upływu terminu składania ofert, gdy jednocześnie wiedza naukowa i inżynierska potwierdza (co wykazał Skarżący przed Izbą), a zatem w przypadku gdy z PFU (w tym Załączników) nie wynika technologia wykonania obiektu monolitycznego, to należy to pojęcie rozumieć zgodnie z wiedzą naukową i inżynierską, która nie wyklucza tego, że do powstania obiektu monolitycznego może dojść także z użyciem prefabrykatu, w tym z wykorzystaniem belek typu K.;

7) niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy ustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że założenie Skarżącego wyrażone w odpowiedzi na pyt. 3.10 „(...)” oznacza, że Skarżący nie założył w ofercie osiągnięcia efektu monolitu, ponieważ wykonanie nadbetonu w technologii betonowania na miejscu z wbudowaniem belek typu K., nie spowoduje, że obiekt stanie się monolityczny, w sytuacji gdy wiedza naukowa i inżynierska potwierdza (co wykazał Skarżący przed Izbą), że o zaliczeniu obiektu do monolitycznych decyduje efekt końcowy (wszystkie elementy współpracują ze sobą, przy zachowaniu ciągłości odkształceń), warunkiem zaliczenia konstrukcji do monolitycznych jest sposób scalenia elementów, w przypadku obiektu wykonanego z elementów prefabrykowanych decyduje sposób połączenia tych elementów, w konsekwencji błędne ustalenie w tym przedmiocie doprowadziło do wadliwego wniosku Izbę, że oferta Skarżącego zakłada, że most (...) nie będzie obiektem monolitycznym;

8) nieustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, istotnego dla rozstrzygnięcia faktu, że nie jest obiektywnie możliwe stwierdzenie, że wykorzystanie belek K. do budowy mostu (...) nie pozwoli na zachowanie nietypowego układu geometrycznego płyty pomostu, pomimo przeprowadzenia przez Skarżącego dowodu w tym zakresie (rysunek techniczny), przy braku dowodu przeciwnego oraz pomimo tego, że dla zrealizowania przedmiotowego zadania takie belki mogą zostać wytworzone w rozmiarach nietypowych, ustalenie to ma o tyle znaczenie, że Izba uznała, że założenie Skarżącego jest niewykonalne w kontekście Innego wymagania określonego w labeli 1.1 poz. 3 dla mostu (...) „o podporach pośrednich umiejscowionych skośnie do osi obiektu”, a także ustalenie to ma o tyle znaczenie, że założenie Skarżącego oraz kalkulacja tego elementu oferty gwarantuje osiągnięcie celu umowy, czyli przydatności obiektu (...) do umówionego celu;

9) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj. art. 542 ust. 1 Pzp, polegające na dokonaniu przez Izbę oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób wybiórczy i dowolny, bez uwzględnienia zasad logiki i doświadczenia życiowego oraz z pominięciem przeprowadzonych dowodów (opinii z dnia 25 października 2023 r. Politechniki (...)) i błędne uznanie, że ogólne odesłanie zawarte ROZDZIAŁ II - CZĘŚĆ INFORMACYJNA PFU w pkt 3.1 ppkt 138 (...);

Dot. trzeciego elementu stanowiącego wg KIO o niezgodności treści oferty [(3) zastosowanie niezgodnej z wymaganiami PFU warstwy konstrukcji nawierzchni]:

10) nieustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, istotnego dla rozstrzygnięcia faktu, co do skalkulowania w cenie oferty droższego i lepszego (przewyższającego minimalne wymagania) materiału do wykonania dolnych warstw konstrukcji nawierzchni jezdni manewrowych dla danych dwóch grup nośności podłoża, pomimo przeprowadzenia dowodu z dokumentów załączonych do wniosku dowodowego z dnia 7 listopada 2023 r., stanowiących dokumenty spoza przetargu (porównanie cenowe na Biuletynach (...) - 3 kwartał 2023 w dwóch wariantach), w konsekwencji niepoczynienie ustaleń w tym przedmiocie doprowadziło do wadliwego wniosku Izbę, że oferta Skarżącego nie może zostać wyjaśniona, czy też poprawiona i pozostawiona w przetargu, pomimo nieistotności tego elementu z punktu widzenia rzetelności kalkulacji gwarantującej należyte wykonanie zamówienia i pomimo formuły zaprojektuj i wybuduj i potwierdzonej woli realizacji zamówienia na warunkach zamówienia w tym stosowania wymagań katalogowych w pozostałym zakresie;

11) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj. art. 542 ust. 1 Pzp, polegające na dokonaniu oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób wybiórczy i dowolny, bez uwzględnienia zasad logiki i doświadczenia życiowego oraz z pominięciem stanowiska procesowego Skarżącego zawartego w odwołaniu (pkt 37 - 43) i błędne uznanie, że wymóg zgodności konstrukcji nawierzchni z Katalogiem Typowych Konstrukcji Podatnych i Półsztywnych (Zarządzenie Nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 r. w sprawie Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych) oznacza, że wykonawca ma przyjąć do oferty jeden ze schematycznych układów warstw przedstawiony w Tablicy 8.3., a zamiana warstwy ulepszanego podłoża na warstwę mrozoochronną przy wybranym przez wykonawcę typie, oznacza automatycznie niezgodność z Katalogiem, gdy tymczasem ocena zgodności założenia Skarżącego z wymaganiami Katalogu powinna się odbywać w oparciu o wszystkie postanowienia Katalogu, i prawidłowa ocena winna doprowadzić Izbę do wniosków przeciwnych, że zamawiana warstwy ulepszanego podłoża na warstwę mrozoochronną w przyjętym

przez wykonawcę układzie nie oznacza niezgodności z Katalogiem, a o zgodności z Katalogiem świadczy zgodność w zakresie grubości warstw konstrukcyjnych oraz zgodność materiału poszczególnych warstw, który nawet przewyższa minimalne wymagania określone w katalogu, co wykazał Skarżący;

12) naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp zw. z art. 16 Pzp, i uznanie przez Izbę, że Zamawiający nie jest obowiązany każdorazowo rozważyć, czy istnieje możliwość wyjaśnienia oferty, czy poprawy oferty wykonawcy w związku ze stwierdzoną niezgodnością i pozostawienia oferty w przetargu, co doprowadziło do tego, że Zamawiający zasadnie automatycznie odrzucił ofertę Skarżącego, za założenie, które nie ma istotnego znaczenia dla przedmiotu świadczenia, ponieważ dotyczy głównego przedmiotu świadczenia (budowa drogi ekspresowej) i dotyczy założenia konstrukcyjnego przyjętego dla jezdni manewrowych, w dolnych warstwach, dla gruntów o dwóch grupach nośności z czterech, które zostały w ofercie Skarżącego skalkulowane jako droższe w stosunku do tych wymaganych przez Zamawiającego i których wykonanie zostanie

dopiero zaprojektowane, a projekt zatwierdzony przez Zamawiającego, a zamiana przez wykonawcę warstwy ulepszonego podłoża na warstwę mrozoochronną nie świadczy o braku woli zastosowania się do wymagań Katalogu;

Dot. czwartego elementu stanowiącego wg KIO o niezgodności treści oferty [(4) błędnie przyjęta technologia posadowienia mostu (...):

13) niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy ustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Zamawiający w dokumentach składających się na opis przedmiotu zamówienia tj. w PFU wraz z załącznikami i w udzielonych przez Zamawiającego odpowiedziach nr 10, 37, 462 wykluczył metodę wzmocnienia wskazaną przez Skarżącego, czyli wymianę gruntu na grunt stabilizowany cementem (...), w sytuacji gdy w przypadku sprawy KIO 3075/23 połączonej do wspólnego rozpoznania w zakresie zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy (...nieprawidłowego posadowienia obiektu (...) jako posadowienia bezpośredniego" Izba poczyniła ustalenia, w oparciu o te same dokumenty zamówienia (PFU wraz z Załącznikami i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego nr 10, 37, 462) z gołą odmienne i doszła do wniosku (str. 199 uzasadnienia wyroku), że Zamawiający nie zabronił jednak posadowienia bezpośredniego na wzmocnionym podłożu przez wymianę gruntu na grunt stabilizowany cementem, co ma istotne znaczenie, ponieważ Izba uznała, że niezgodność oferty Skarżącego z warunkami zamówienia wynika z tego, że założył on nieprawidłową metodę wzmocnienia, czyli wymianę gruntu;

14) niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy ustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Zamawiający w dokumentach stanowiących opis przedmiotu zamówienia tj. w PFU wraz z Załącznikami, tj. w Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla inwestycji: „Budowa drugiej jezdni drogi krajowej) 16 - odcinek B od km ok. 9+020 za węzłem B. do km ok. 25+220 - węzeł B.", przewidział wymóg posadowienia pośredniego spornego mostu (...) , w sytuacji gdy dokument ten zawiera jedynie sugestię geotechników, która nie ma charakteru wiążącego dla projektanta wykonawcy i nie może stanowić o niezgodności założenia o bezpośrednim posadowieniu mostu, a wiążące dla wykonawców pozostawały zawarte ww. dokumentacji wyniki badań gruntowo-wodnych, które nie wykluczały posadowienia bezpośredniego;

15) naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj. art. 542 ust. 1 Pzp, polegające na dokonaniu przez Izbę oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób wybiórczy i dowolny, bez uwzględnienia zasad logiki i doświadczenia życiowego oraz z pominięciem przeprowadzonych dowodów i wyprowadzenie sprzecznych wewnętrznie wniosków, z jednej strony, że założenie Skarżącego o bezpośrednim posadowieniu mostu (...) jest rozwiązaniem sprzecznym z wymaganiami Zamawiającego ponieważ Skarżący przyjął wykluczoną przez Zamawiającego technologię wzmocnienia gruntu przy bezpośrednim posadowieniu, z drugiej strony, że założenie Skarżącego o bezpośrednim posadowieniu mostu (...) jest rozwiązaniem sprzecznym z wymaganiami Zamawiającego ponieważ wymaganym dokumentami zamówienia rozwiązaniem było posadowienie pośrednie, w sytuacji gdy dokumenty zamówienia PFU wraz z Załącznikami w tym DGI nie stawiają wymagania pośredniego posadowienia przedmiotowego mostu (tym bardziej w sposób jednoznaczny i wyczerpujący zgodnie z art. 99 ustawy Pzp) i nie wykluczają posadowienia bezpośredniego ze wzmocnieniem zgodnym z (...). 11.01.05.

W konsekwencji powyższego Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania Skarżącego i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Skarżącego, dokonanie ponownego badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Skarżącego (i ewentualnie zwrócenie się do Skarżącego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp o dodatkowe wyjaśnienia), i obciążenie Przeciwnika skargi kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od Przeciwnika skargi na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę uczestnik (...) S.A. wniósł o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie od skarżącego na rzecz uczestnika kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Odpowiedź 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 § 2<sup>1</sup> 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 wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A. wraz z (...) z siedzibą w C. 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 5) i 12) 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 tego zarzutu. 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.

W niniejszej sprawie zgodzić się należy z Krajową Izbą Odwoławczą, że skarżący złożył w swojej ofercie oświadczenia niezgodne z warunkami określonymi przez Zamawiającego.

Prawidłowo w szczególności zarówno Zamawiający, jak i Izba ocenili, że oferta skarżących była sprzeczna z warunkami zamówienia w zakresie elementów wskazanych w decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty Skarżącego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunków zamówienia zawarta jest 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.

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.

Przypomnieć należy, że 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 bowiem 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). Oczywiście przy formule „zaprojektuj i wybuduj” wykonawca ma większą swobodę w kształtowaniu oferty, nie może jednak zaoferować czegoś, co nie spełnia wymagań i oczekiwań zamawiającego wprost wskazanych w SWZ.

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 Krajowej Izby Odwoławczej 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.

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.

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.

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 (por. 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.

Zarzuty naruszenia przepisów postępowania w zakresie niezgodności treści oferty nr. 1 (brak uwzględnienia prac na obiekcie (...) - 16c km 27.668 - R. wiadukt) nie znalazły uznania Sądu. Skarżący jako główną oś argumentacji w tym przedmiocie przedstawia niepoprawne oznaczenie obiektu wynikające z niejednorodnej terminologii dokumentacji postępowania, mimo że nie zgłaszał w tym zakresie zastrzeżeń w trakcie prowadzonego postępowania, a żaden inny wykonawca nie posiadał podobnych wątpliwości i nie dopuścił się błędu w tym zakresie. W skardze brak jest odniesienia do kwestii, że zarówno treść wezwań, jak i Załącznika nr. 2 wskazywała literalnie, że przedmiotem pytań są obiekty istniejące, oznaczono obiekt zarówno symbolem, jak i wskazano ich lokalizację (kilometraż). Skarżący twierdzi, że doszło do nieporozumienia między nim, a Zamawiającym, obiektywnie trudno jednak stwierdzić, żeby błąd zaszedł po stronie innej niż Skarżący i bynajmniej nie był on zawiniony przez Zamawiającego.

Argumentacja Skarżącego dotycząca wywołania przez Zamawiającego niejasności poprzez wskazanie w dokumentacji postępowania dwóch obiektów o tym samym oznaczeniu - (...), nie jest trafna, ponieważ w punkcie I.I.3.3. pkt 11 PFU dotyczącym obiektu nowoprojektowanego o tym symbolu, wykorzystano co prawda to samo oznaczenie, lecz wskazany kilometraż orientacyjny to 23+095, a nie 27+668 jak w przypadku obiektu istniejącego. Również posługiwanie się przez Zamawiającego równoległe oznaczeniem (...) i 16c km 27.668 R. wiadukt nie powoduje chaosu terminologicznego a doprecyzowanie przedmiotu pytania.

W świetle powyższego należy zgodzić się z Zamawiającym, że sposób uzupełnienia przez Skarżącego Załącznika nr. 2 dla pozycji (...) powinno być odczytane jako uznanie obiektu za nowy, a w związku z tym nieobjęcie go żadnymi pracami, ponieważ Skarżący posiadał wszelkie informacje potrzebne do zidentyfikowania obiektu oraz poprawnego zrozumienia wezwania, które, co należy ponownie podkreślić, zawierało wyraźny zapis w kwestii obiektów istniejących.

Powoływanie się przez Skarżącego na dowód w postaci kalkulacji w cenie oferty obu obiektów - istniejącego oraz zaplanowanego do budowy, złożony dopiero przed Izbą w trakcie rozprawy jest spóźniony i jak podnosi sam Skarżący: wykazał dowodem spoza przetargu, a więc dowodem, którym nie dysponował Zamawiający na etapie postępowania przetargowego, zatem nie powinien on być oceniany analizując decyzję podjętą przez Zamawiającego w Postępowaniu wyłącznie na podstawie dostępnych mu wówczas informacji. Sposób, w jaki Skarżący oczekuje interpretacji jego wyjaśnień jest sprzeczny z literalną wykładnią jego wyjaśnień, które wbrew temu co twierdzi Skarżący są dla niego, ale również dla zamawiającego wiążące. Jak wskazała KIO: Niezakwestionowane w toku badania i oceny ofert wezwanie do wyjaśnień wiąże strony, a złożone wyjaśnienia treści oferty powinny być traktowane jako jej element, który - o ile jednoznacznie wskazuje na niezgodność oferty z warunkami zamówienia - może być podstawą do jej odrzucenia.

Izba dokonała prawidłowej oceny materiału dowodowego, stwierdzając że z odpowiedzi Skarżącego z 4 września 2023 r. (odpowiedź na drugie wezwanie Zamawiającego z 30 sierpnia 2023 r.) Skarżący wskazał na obiekt o symbolu: (...) w ciągu trasy głównej w km 27+668, ale w kolumnie pt. Zakres robót wpisano: Nowy obiekt o parametrach zgodnych z 2020, a więc zakładając że jest to nowy obiekt, na którym nie zachodzi konieczność wykonania jakichkolwiek prac. Tymczasem, zgodnie z OPZ wiadukt (...) we wskazanym kilometrażu nie był obiektem nowym i zgodnie z OPZ konieczne było dostosowanie obiektu do nowych funkcji poprzez wykonanie zakresu prac przewidzianych przez Zamawiającego obejmujących: wymianę nawierzchni bitumicznej, wymianę elementów wyposażenia (między innymi barier, dylatacji, elementów odwodnienia, nawierzchni na opaskach i chodnikach, umocnienia stożków), oczyszczenie powierzchni betonowych konstrukcji podpór, ustroju i belek pod poręczowych wraz z naprawą ubytków zaprawami (...), iniekcją rys oraz odtworzenie powłok malarskich.

Jak słusznie zauważyła Izba: zarówno pierwsze, jak i drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło zakresu robót na obiektach istniejących. W drugim wezwaniu Zamawiający doprecyzował pytanie o prace przewidziane na obiektach istniejących, dla których zabrakło wyjaśnień w pierwszej odpowiedzi Odwołującego, dodatkowo identyfikując każdy z obiektów, poprzez podanie funkcjonującego obecnie w ciągu drogi 16c pikietaża/kilometraża drogi. Nie uwzględnienie przez Skarżącego w ofercie wykonania robót na obiekcie o symbolu (...) było zatem sprzeczne z wymaganiami

określonymi w warunkach zamówienia i w konsekwencji stanowiło o niezgodności oferty Skarżącego z warunkami zamówienia.

Rekapitulując powyższe, Sąd Okręgowy wskazuje, że prawidłowo KIO ustaliła, że Konsorcjum (...) nie uwzględniła w ofercie wykonania robót na obiekcie o symbolu (...). Przypomnieć należy, że w pierwszym pytaniu Zamawiający skierował do Skarżącego pytanie o treści: „proszę o wskazanie zakresu prac projektowych i robót dla istniejących obiektów inżynierskich, które należy dostosować do nowych funkcji”. W odpowiedzi Skarżący wskazał zakres robót na ośmiu z siedemnastu istniejących obiektów. Już wówczas Skarżący powinien był udzielić odpowiedzi również co do obiektu o wskazanym symbolu. Nie uczynił jednak tego. Następnie Zamawiający skierował kolejne wezwanie do wykonawcy wnioskując o przekazanie informacji o 9 obiektach, które nie zostały wskazane w pierwszych wyjaśnieniach. Tym razem Zamawiający dopytując się o obiekty istniejące, których Skarżący nie wymienił wskazał ich kilometrąż drogi. W odpowiedzi Skarżący nie wymienił przedmiotowego obiektu jako przewidzianego do wykonania robót. Takie wyjaśnienia wskazują zatem, iż w tym zakresie oferta Skarżącego była niezgodna z SWZ co słusznie oceniła Izba.

W związku z powyższym należy uznać, że oferta Skarżącego jest niezgodna z warunkami zamówienia i została w sposób prawidłowy odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia przepisów postępowania w zakresie niezgodności treści oferty nr. 2 (zastosowanie przez Skarżącego niedopuszczonej przez (...) technologii wykonania mostu (...)), zdaniem Sądu Okręgowego był on całkowicie niezasadny.

Punktem wyjścia dla oceny niezgodności oferty Skarżącego z warunkami zamówienia było ustalenie przez Izbę konkretnych wymagań opisanych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania (warunków zamówienia) odnoszących się do opisanej w warunkach zamówienia (PFU) technologii wykonania mostu (...).

Zgodnie z pkt. 1.1.3.3 PFU w tabeli 1.1 w kolumnie 4 dla obiektu (most (...)) postawiono następujące wymagania: Należy wybudować obiekt żelbetowy, monolityczny, trójprzęsłowy o podporach pośrednich umiejscowionych skośnie do osi obiektu; przyczółki należy zaprojektować i wykonać jako prostopadłe do osi drogi.

Zamawiający zwrócił się do Skarżącego dnia 13 lipca 2023 r. o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie poprzez zobowiązanie do wskazania rozwiązania konstrukcyjno-budowlanego, sposobu i technologii posadowienia, parametrów przekrojów ruchowych, ilości i rozpiętości przęseł. Skarżący w odpowiedzi wskazał na Załącznik nr. 1, w którym w odniesieniu do omawianego obiektu przewidziano 3-przęsłowy (...), które to rozwiązanie nie spełnia wymogu budowy obiektu monolitycznego i stanowi o niezgodności oferty ze specyfikacją.

Izba prawidłowo ustaliła, że Skarżący przyjął niedopuszczoną przez PFU technologię wykonania mostu (...). Z PFU – w szczególności wymagań określonych w Tabeli 1.1 PFU 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, zaś posadowienie obiektu wskazane zostało jako „podpory pośrednie umiejscowione skośnie do osi obiektu”. 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 zespolonej. 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.

W ocenie Sądu płyta monolityczna, której oczekiwał zamawiający w niniejszym postępowaniu to płyta, która w całości beton wylewany jest na miejscu budowy.

Niewątpliwie zaś zdaniem Sądu Okręgowego zaproponowana przez Skarżącego konstrukcja, to obiekt wykonany w technologii zespolonej przy zastosowaniu belek prefabrykowanych.

W braku definicji „obiektu 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 (...) 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 wylanym na mokro na placu budowy. Jak wskazano w uzasadnieniu Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (str. 188): 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. 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).

Konstrukcje 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. W związku z tym nie ma racji Skarżący argumentując podobieństwo zastosowania belek prefabrykowanych z konstrukcją wykonaną w całości na budowie, że [w] trakcie lania i po wylaniu ten beton nie różni się jakościowo, przede wszystkim nie różni się strukturalnie (to jest ten sam beton).

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.

W ocenie Sądu Okręgowego Skarżący błędnie argumentuje, że zastosowanie belek prefabrykowanych typu K. nie wyklucza uznania konstrukcji obiektu za całkowicie monolityczną. Jak słusznie stwierdziła Izba Zamawiający zdefiniował pojęcie obiektu monolitycznego poprzez odesłanie w PFU do Katalogu Typowych Konstrukcji Drogowych Obiektów Mostowych i Przepustów (WRM). Pomimo przywołania treści Katalogu typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów, ogranicza się on do stwierdzenia, że Katalog nie zawiera definicji „obektu monolitycznego”, „monolitu” czy „technologii monolitycznej” ignorując rozwiązania opisane w WR-M-21-2 (pkt 3.2.2), w którym wyraźnie rozróżnia się konstrukcje monolityczne i konstrukcje zespolone: Beton 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).

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 PFU - należało wykonać między innymi zgodnie ze Wzorcami i Standardami Ministra właściwego ds. Transportu 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 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 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).

Izba poprawnie oceniła zatem materiał dowodowy i wyciągnęła z niego poprawny wniosek, że zastosowanie przez Skarżącego rozwiązania polegającego na połączeniu elementów prefabrykowanych (belek (...)) z betonem wylewanym

na mokro stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, co do sposobu wykonania obiektu (...), ponieważ nie będzie to obiekt o konstrukcji monolitycznej, ale obiekt zespolony.

W zakresie Zarzutów naruszenia przepisów postępowania w zakresie niezgodności treści oferty nr. 4 (nieprawidłowo przyjęta technologia posadowienia mostu (...)) wskazać należy, że nie znalazły one uznania Sądu Okręgowego.

Z udzielonej przez Skarżącego zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wynika, że dla obiektu (...) zamierza on zastosować sposób bezpośredniego posadowienia obiektu. Wskazane rozwiązanie jest jednak nieadekwatne do warunków gruntowych występujących w kwestionowanej lokalizacji, opisanych w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (DGI), stanowiącej część warunków zamówienia. Jak wynikało z dokumentacji DGI, [PFU - zał. 40: „Dokumentacja geologiczno - inżynierska (DGI) Tom II Obiekty inżynierskie”, przekładka „Most (...)”] wynika, że w podłożu gruntowym, w górnych warstwach, zalegają min. grunty organiczne w postaci piasków i pyłów wymieszanych z torfami, jak też same soczewki torfowe W niższych warstwach podłoża, na głębokości 5 - 6 m - jak podnosił Zamawiający wskazując na załącznik 1-8 do (...) stwierdzono występowanie pyłów przewarstwionych gliną pylastą oraz glin pylastych przewarstwionych pyłem w stanie plastycznym i twaroplastycznym o bardzo słabych parametrach, o miąższości ok 6 m. Ponadto, Izba wzięła pod uwagę argumentację Uczestnika (...), zgodnie z którą obiekt (...) jest mostem, dla którego przeszkodą jest rzeka W.. Teren pod obiektem, zgodnie z obliczeniami hydrologicznymi załączonymi do odpowiedzi nr 413 (pakiet 14 z dnia 25.04.2023 r.) będzie pokryty wodą przy przepływie miarodajnym, a wskazane w DGI parametry terenu determinują z kolei, zgodnie z pkt 2.1.16.2.5 a) PFU, że obiekt powinien zostać posadowiony pośrednio (tak jak obiekt istniejący).

Podkreślenia wymaga, że sposób posadowienia obiektu (...), który w wyjaśnieniach wprost został wskazany jest jako „bezpośredni”. Znamienna przy tym jest zmiana stanowiska Skarżącego w toku postępowania odwoławczego oraz skargowego w tym zakresie. Skarżący oświadczył, że obiekt (...) będzie posadowiony w sposób bezpośredni. W odwołaniu Skarżący twierdził (choć nie wynikało to ze złożonych wyjaśnień), że dokona wzmocnienia podłoża poprzez jego wymianę: Analizując poziom posadowienia obiektu w stosunku do zalegającego przewarstwienia torfami można stwierdzić, iż zalegają one tuż pod poziomem posadowienia i niewielkim nakładem kosztów można dokonać wymiany gruntu na głębokość około 1 m. (przy czym taka technologia wzmocnienia podłoża została zabroniona przez Zamawiającego). Z kolei, w Skardze Skarżący twierdzi, że wzmocnienie podłoża będzie polegało na stabilizacji gruntu cementem. Z uwagi na tę ewolucję argumentacji Skarżącego trudno uznać ją za wiarygodną. Zdaniem Sądy ma ona wyłącznie służyć wykazaniu tezy o rzekomej braku sprzeczności oferty Skarżącego z warunkami zamówienia. Przypomnieć jednak należy, że przedmiotem oceny jest prawidłowość decyzji Zamawiającego. Zamawiający wydając ją miał natomiast określić stanowisko wykonawcy i jednoznaczne wyjaśnienia. To, że Skarżący orientując się, że jego oferta jest w danym zakresie niezgodna z warunkami zamówienia próbuje ją następczo „dostosować” do tychże wymagań, nie może wpłynąć na ocenę prawidłowości decyzji Zamawiającego – nie może jej podważyć.

Skarżący w sposób jednoznaczny zaproponował rozwiązania niezgodne ze specyfikacją, nie kwestionując przy tym, że co najmniej ich część nie była tożsama z wymogami Katalogu. W związku z tym Izba w sposób prawidłowy ustaliła, że oferta Skarżącego była niezgodna ze specyfikacją i podlegała odrzuceniu.

Odnośnie zarzutów naruszenia przepisów postępowania w zakresie niezgodności treści oferty nr. 3 (zastosowanie niezgodnej z wymaganiami PFU warstwy konstrukcji nawierzchni) wskazać należy, że również okazały się niezasadne.

Podstawą stwierdzenia niezgodności treści oferty Skarżącego ze specyfikacją była odpowiedź Skarżącego z dnia 4 września 2023 r. na drugie wezwanie Zamawiającego w przedmiocie wskazania wycenionych w ofercie konstrukcji nawierzchni oraz wskazania konkretnego układu warstw i ich grubości. Zgodnie z pkt 2.1.17.1.2. PFU, Zamawiający wymagał zastosowania nawierzchni według wymagań KTKNPiP, a dla samochodów ciężarowych o nawierzchni według wymagań KTKNPS lub KTKNS, czyli zgodnych z Załącznikiem nr. 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 „Katalog typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych”, podkreślono to również w pkt 2.1.17.2.2 PFU.

Załącznik nr. 31 zawiera Tablicę 8.3, w której szczegółowo przedstawione są rozwiązania dolnych warstw konstrukcji nawierzchni i warstwy ulepszonego podłoża, podzielone na grupy oraz typy.

Zamawiający zwrócił się do Skarżącego z dwoma wezwaniami dotyczącymi wyjaśnienia treści oferty w kwestii wskazania wycenionych w ofercie konstrukcji nawierzchni oraz wskazania konkretnego układu warstw i ich grubości. Skarżący odpowiedział wskazując planowane rozwiązania zawierające modyfikacje warstw nawierzchni dla grupy nośności podłoża G3 i G4, które nie są zgodne z założeniami przyjętymi w Katalogu, a tym samym z treścią specyfikacji. Z porównania danych wynikających z Katalogu oraz odpowiedzi na wyjaśnienia udzielonej przez Skarżącego, wynika brak tożsamości między wymaganymi a proponowanymi rozwiązaniami. Nie ma w tym przedmiocie znaczenia argumentowanie przez Skarżącego, że „większość rozwiązań jest tożsama z wymogami katalogowymi”, ponieważ zgodność ze specyfikacją powinna być całkowita, nie jedynie częściowa czy ułamkowa.

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 KTKNPiP. Co szczególnie istotne, w odpowiedzi na pytanie 525 Zamawiający potwierdził jednoznacznie, że nie dopuszcza zastosowania innych rozwiązań niż podane w PFU/ KTKNPiP, a więc potwierdził, że tylko rozwiązania opisane w KTKNPiP będą uznane za dopuszczalne i zgodne z warunkami zamówienia.

Reasumując, Sąd Okręgowy podziela również stanowisko Izby, że zaproponowane przez Skarżącego konstrukcje dla dolnych warstw nawierzchni nie odpowiadają żadnemu z typów przewidzianych w Tablicy 8.3 w: (...). W związku z tym prawidłowo uznano, iż Konsorcjum (...) uwzględniło w ofercie technologię inną niż wskazana przez zamawiającego, a zatem niezgodnie z warunkami zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia, czy oferowana przez Skarżącego nawierzchnia jest „lepsza” czy droższa niż wymagana przez Zamawiającego. Istotne jest to, że Skarżący zaoferował coś innego niż wymagał Zamawiający, a jego oferta w tym zakresie była niezgodna z warunkami zamówienia. Skarżący zaoferował coś niezgodnie z SWZ, a zatem jego oferta nie spełniała warunków zamówienia i słusznie Zamawiający, a następnie Izba ocenili, że w związku z tym oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SWZ.

Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Wbrew twierdzeniom Skarżącego, przedmiotowych sprzeczności zawartych w treści oferty wykonawcy nie sposób było uznać za zwykłe omyłki podlegające sprostowaniu przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 3 Pzp. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert. Od tej zasady ustawa przewiduje wyjątek w postaci art. 223 ust. 2 Pzp. Stosownie do treści powołanego przepisu Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także zleca wykonawcy poprawienie innych omyłek polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W tym zakresie wykonawca nie może zaś samodzielnie dokonywać poprawek treści oferty, ani też wprowadzać do nich nowej treści.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażonym w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Przy czym, oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, czy też treści wyjaśnień, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść

oświadczenia woli wykonawcy. Oczywistą omyłką pisarską może być również podanie przez wykonawcę ceny w ofercie rozbieżnie liczbą i słownie.

W każdym przypadku, poprawienie omyłki nie może powodować istotnych zmian w treści umowy, musi być weryfikowalne, jak również istniejąca niezgodność nie może wynikać z celowego działania wykonawcy.

W ocenie Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie powołane powyżej przesłanki sprostowania oferty nie wystąpiły. Zauważyć należy, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp odnosi się do poprawiania w ofercie innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a nie usuwaniu niezgodności tkwiących w samej ofercie.

W konsekwencji, Izba trafnie uznała, że zamawiający nie był uprawniony do sprostowania przedmiotowej oferty, która jako sprzeczna z warunkami zamówienia podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zarzuty naruszenia prawa materialnego podniesione w skardze okazały się bezzasadne.

Podsumowując, Sąd Okręgowy nie dopatrywał 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<sup>(1)</sup> k.p.c. w zw. z art. 589 Pzp.

Sylwia Paschke  
Monika Skalska  
Alicja Dziekańska