

KIO 199/24, Wymogi odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zaliczenie wyjaśnień złożonych w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. do treści oferty wykonawcy w sytuacji, gdy czynność wezwania do złożenia wyjaśnień nie została przez wykonawcę podważona - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

LEX nr 3702023

Wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 13 lutego 2024 r.

KIO 199/24

Wymogi odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zaliczenie wyjaśnień złożonych w trybie art. 223 ust. 1 p.z.p. do treści oferty wykonawcy w sytuacji, gdy czynność wezwania do złożenia wyjaśnień nie została przez wykonawcę podważona

TEZA aktualna

Zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 k.c.) jako najkorzystniejszej.

TEZA aktualna

Co do zasady złożone wyjaśnienia stanowią więc treść oferty wykonawcy w sytuacji, gdy czynność wezwania nie została przez niego podważona. Istotna pozostaje więc analiza treści złożonych wyjaśnień, ich charakter oraz sposób udzielania odpowiedzi na pytania Zamawiającego.

TEZA aktualna

Niezdgodność oferty z warunkami zamówienia musi być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny

być jasne i klarowne. Odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów, jakie zawiera oferta. Aby możliwe było odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi być pewna i oczywista, tym samym nie może to być niezgodność wyinterpretowana z treści niestanowiących pełnych danych o planowanym rozwiązaniu projektowym.

UZASADNIENIE

Skład orzekający

Przewodniczący: Anna Wojciechowska.

Członkowie: Monika Banaszekiewicz, Adriana Urbanik.

Sentencja

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum: Gap Insaat Yatirim

Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna z siedzibą w Esentepe-Şişli Istambuł (Turcja), Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz "SP "Sine Midas Stroy" sp. z o.o. z siedzibą w Aktobe (Kazachstan) działająca przez oddział w Polsce "SP "Sine Midas

Stroy" sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, gdzie zamawiającym jest Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

Przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług

Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum: Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna z siedzibą w Esentepe-Şişli Istambuł (Turcja), Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz "SP "Sine Midas Stroy" sp. z o.o. z siedzibą w Aktobe (Kazachstan) działająca przez oddział w Polsce "SP "Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, gdzie prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie i 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum: Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna z siedzibą w Esentepe-Şişli Istambuł (Turcja), Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

oraz "SP "Sine Midas Stroy" sp. z o.o. z siedzibą w Aktobe (Kazachstan) działająca przez oddział w Polsce "SP "Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotą 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

2.2. zasądza od zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, gdzie prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum: Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna z siedzibą w Esentepe-Şişli Istambuł (Turcja), Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz "SP "Sine Midas Stroy" sp. z o.o. z siedzibą w Aktobe (Kazachstan) działająca przez oddział w Polsce "SP "Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie kwotą 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -

Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:..... Członkowie:.....

Uzasadnienie faktyczne

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, gdzie prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm. - dalej "ustawa pzp"), pn. "PROJEKT I BUDOWA DROGI EKSPRESOWEJ S17 PIASKI - HREBENNE". ODCINEK Nr 1: PIASKI, WĘZŁ "PIASKI WSCHÓD" ("CHEŁM") WRAZ Z WĘZŁEM - WĘZŁ "ŁOPIENNIK" ("ŁOPIENNIK") WRAZ Z WĘZŁEM", Nr REF: O.LU.D3.2410.9.2022.MC. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2022 r., za numerem 2022/S 250-730466.

W dniu 19 stycznia 2024 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum: Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret Spółka Akcyjna z siedzibą w Esentepe-Şişli Istambuł (Turcja), Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz "SP "Sine Midas Stroy" sp. z o.o. z siedzibą w Aktobe (Kazachstan) działająca przez oddział w Polsce "SP "Sine Midas Stroy" sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1) odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia; ewentualnie zaniechania wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień treści oferty;

2) wyboru oferty najkorzystniejszej dnia 9 stycznia 2024 r.

wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu - dalej Przystępujący Intercor.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, art. 223 ust. 1 ustawy pzp, art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp mające wpływ na wynik postępowania poprzez odrzucenie jawiącej się jako najkorzystniejsza oferty Odwołującego podczas gdy oferta ta nie podlegała odrzuceniu, bowiem jej treść nie była niezgodna z warunkami zamówienia w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, ponieważ: odpowiedzi Wykonawcy nie dotyczyły treści oferty w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, a w szczególności nie stanowiły wyjaśnień treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy pzp, zatem nie mogły prowadzić do uznania niezgodności tej treści z warunkami zamówienia, bowiem zgodnie z pkt 12 formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do Tomu I SWZ (IDW), wykonawcy zobowiązują się do zawarcia umowy na zasadach zgodnych z SWZ (12. OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego), a więc także wykonania przedmiotu zamówienia zgodnego z SWZ (warunkami zamówienia), co jest wyłączną treścią ich oferty jako oświadczenia woli składanego w terminie składania ofert potwierdzającego zgodność z warunkami zamówienia, tym samym na podstawie odpowiedzi na pytania Zamawiającego, udzielonych po złożeniu oferty, a które nie dotyczą treści oferty - a zatem nie stanowią wykładni autentycznej treści oferty jako oświadczenia woli wykonawcy, a jedynie niewiążące założenia projektowe do wyceny, które w żaden sposób nie zostały ujawnione przed składaniem ofert w formie oświadczenia woli - nie można stwierdzić, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu, ewentualnie nawet gdyby przyjąć, że odpowiedzi Wykonawcy z pisma z dnia 8 września 2023 r. na pytania Zamawiającego z pisma z dnia 1 września 2023 r. stanowią wyjaśnienia treści oferty w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy pzp (czemu Odwołujący stanowczo przeczy), brak było sprzeczności przedstawionych założeń projektowych Wykonawcy z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, a mianowicie:

a) w zakresie zarzutu nr 1 tj. w odniesieniu do rzekomo niezgodnego z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) założenia profilu podłużnego trasy głównej S17 na obiekcie 10+156_ES, najniższy punkt krzywej wklęsłej zlokalizowany w k.m. ok. 10+200,00 nie znajduje się na obiekcie mostowym;

b) w zakresie zarzutu nr 2 tj. w odniesieniu do rzekomo niedopuszczonej przez PFU technologii wzmocnienia podłoża we wskazanych w DGI założenia wzmocnień przyjęte przez Wykonawcę nie pozostają sprzeczne SWZ, przy czym Zamawiający nie wskazał konkretnego postanowienia SWZ, z którym przyjęte do wyceny rozwiązanie pozostaje sprzeczne.

c) ewentualnie do twierdzeń wskazanych w punktach

a) i

b) Zamawiający zaniechał rzetelnego wyjaśnienia treści oferty dokonując niezgodnej z treścią art. 65 § 1 k.c. wykładni złożonych przez Wykonawcę odpowiedzi;

2. art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp, art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp, art. 242 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp mające wpływ na wynik postępowania poprzez naruszające zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz proporcjonalności badanie i ocenę ofert, wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego Intercor podczas gdy za najkorzystniejszą należało uznać niepodlegającą odrzuceniu ofertę Odwołującego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 3) przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert oraz pominięcia przy badaniu i ocenie ofert pytań i odpowiedzi w zakresie, w jakim nie dotyczą one treści złożonej przez Wykonawcę oferty, tj. w zakresie, w jakim wskazano w zarzutach na brak związku z treścią oferty, skutkującym jej odrzuceniem
- 4) ewentualnie przeprowadzenia ponownie badania i oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał:

A. BRAK NIEZGODNOŚCI TREŚCI OFERTY Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA Z UWAGI NA BRAK ZWIĄZKU PYTAŃ ZAMAWIAJĄCEGO Z TREŚCIĄ OFERTY

Odwołujący podkreślił w pierwszej kolejności, iż zgodnie z pkt 12 formularza ofertowego przygotowanego przez Zamawiającego i stanowiącego załącznik do Tomu I SWZ (Instrukcja dla Wykonawców - IDW) wykonawcy składają następujące oświadczenie: / Powyższe oświadczenie w sposób jasny i klarowny potwierdza zgodność oferowanego świadczenia z SWZ, bowiem wskazuje, że umowa zostanie zawarta zgodnie z ofertą i na warunkach określonych w SWZ. Jako że formularz ofertowy w żaden sposób nie precyzuje dodatkowo przedmiotu świadczenia wykonawcy, a jedynie określa cenę (essentialia negotii) i pozacenowe kryteria oceny ofert. Wyłącznie wiążący do identyfikacji zaoferowanego świadczenia - które ma zostać opłacone przez Zamawiającego charakter - ma treść SWZ. Wykonawca zgodnie z formularzem ofertowym po prostu oferuje przedmiot zamówienia zgodny z SWZ i tym samym w świetle tego oświadczenia nie można powiedzieć, że został zaoferowany przedmiot niezgodny z SWZ. Podkreślił, iż Zamawiający nieprzypadkowo stosuje tak lakoniczny w swej treści formularz ofertowy, albowiem zapewnia mu to klarowność i porównywalność ofert wykonawców oraz przerzuca na wykonawców zdecydowanie większe ryzyko, niż miałyby to miejsce, gdyby oferta precyzowała na przykład choćby wstępny projekt obiektów inżynierskich czy przebieg niwelety. Podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jest wyłącznie niezgodność jej treści z warunkami zamówienia. Treść oferty stanowi uzewnętrznione w formularzu ofertowym oświadczenie woli. W kontekście przedstawionego wyżej pkt 12 formularza ofertowego oświadczenie woli wykonawcy nie zawiera niejasności i nie ulega wątpliwości, że wykonawca na jego mocy oferuje przedmiot zamówienia zgodny z SWZ. Tak brzmiące oświadczenie woli w szczególności nie wymaga wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp, stanowiących wykładnię autentyczną oświadczenia woli, albowiem nie zawiera niejasności. "Wyjaśnienia" wymaga mianowicie tylko to, co "niejasne". W oświadczeniu o zawarciu umowy na zasadach zgodnych z SWZ niejasne może być wyłącznie rozumienie poszczególnych zapisów SWZ, ale ta niejasność obciąża Zamawiającego na podstawie art. 99 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie bowiem z tym przepisem "Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty". Odwołujący podniósł, że Wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia (świadczenie) w pełni zgodne z wszelkimi wymogami SWZ. Fakt zadania tożsamych lub zbliżonych pytań kilku wykonawcom świadczy jedynie, iż

(nieistniejący w rzeczywistości) problem ze zrozumieniem SWZ co najwyżej stanowi wadę dokumentacji. Przedmiot zamówienia typu "zaprojektuj i wybuduj" zgodnie z art. 103 ust. 2 ustawy pzp nie istnieje w dacie jego oferowania. Ma on zostać dopiero zaprojektowany i wybudowany dokładnie na podstawie SWZ, a konkretnie Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, formułujący warunki brzegowe projektowania. W tym zakresie przedmiot zamówienia różni się istotnie chociażby od dostawy, gdzie oferowany produkt jest produkowany seryjnie wedle określonych parametrów, a nie pod szczególne zamówienie zamawiającego, a tym samym te parametry mogą się okazać niezgodne z PFU. Jeśli zatem wykonawca oświadcza wprost, że jego świadczenie będzie zgodne z SWZ, to nie można przyjąć, że jego oferta jest niezgodna z SWZ i podlega odrzuceniu. Kontrakt typu "Zaprojektuj i wybuduj" immanentnie w ramach PFU przyznaje wykonawcy określony zakres swobody projektowej, która umożliwia optymalizację kosztową projektu i umożliwia konkurencję zaoferowaną ceną. Jednocześnie swoboda projektowa zabezpiecza zamawiającego przed dopłatą wynagrodzenia wykonawcy, a wykonawca musi mieć świadomość, że w ramach swobody projektowej nie należy mu się dodatkowe wynagrodzenie. Typowym przykładem optymalizacji projektu jest ukształtowanie przez wykonawcy niwelety drogi ekspresowej, w zakresie której ma on swobodę projektową. Stąd też przebieg niwelety w postępowaniu jak niniejsze nie jest wiążący - wiążące pozostaje jedynie punkt dowiązania do sąsiednich odcinków. Celem racjonalnej wyceny oferty wykonawca musi przyjąć określone założenia projektowe, w tym m.in. przebieg niwelety wraz z obiektami inżynierskimi, czy sposób wzmocnienia podłoża, ale nie oznacza to, że są one w jakikolwiek sposób wiążące wobec faktu, że nie stanowią treści jego oferty jako oświadczenia woli. Mają one charakter wewnętrzny, nie podlegają uzewnętrznieniu ani zakomunikowaniu zamawiającemu przed terminem składania ofert w jakikolwiek sposób. Nie mogą zatem stanowić treści oferty wykonawcy, ani nawet jej wyjaśnień jako wykładni autentycznej zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy pzp. Wykonawca bowiem zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia nie zgodnie z przyjętymi przez siebie, wewnętrznymi założeniami do wyceny, ale zgodnie z zakresem przyznanej mu w PFU swobody projektowej, co chroni zarówno wykonawcę z uwagi na możliwość optymalizacji kosztowej, jak i zamawiającego z uwagi na brak potrzeby dopłaty wynagrodzenia wykonawcy w ramach swobody projektowej. Przyjęte założenia projektowe wykonawcy stanowią jego ryzyko, że może dojść do konieczności zastosowania innych rozwiązań w ramach swobody projektowej wyznaczonej granicami PFU. Z tego względu wykonawcy do podstawowej wyceny oferty doliczają sobie tzw. premię za ryzyko, tym większą, im większa niepewność co do określonych rozwiązań projektowych. Ta premia jest w istocie rezerwą na wypadek, gdyby określone założenia do wyceny okazały się błędne lub niewykonalne - bowiem błędność tych założeń nie ma wpływu na skuteczność i ważność złożonej oferty. Przyjęcie założeń projektowych jest konieczne, gdyż bez nich nie sposób byłoby wycenić ofertę, nie oznacza to jednak, że wykonawca ma de facto zaprojektować na potrzeby wyceny obiekt w najdrobniejszych szczegółach, z uwzględnieniem wszystkich zapisów PFU. Nie jest to możliwe choćby dlatego, że na etapie PFU niepełne jest rozpoznanie geologiczne z uwagi na brak dostępu Zamawiającego przed uzyskaniem decyzji ZRID do terenu budowy. Można zatem stwierdzić z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością, że obiekt, który wycenia wykonawca na podstawie PFU do oferty nie jest tym obiektem, który ostatecznie zaprojektuje i wykona, choć niewątpliwie jest do niego zbliżony. Czy to świadczy o niezgodności oferowanego przedmiotu z SWZ? Oczywiście że nie, gdyż przyjęte założenia projektowe nie

mają żadnego związku z treścią oferty, a w szczególności nie stanowią wyjaśnień jej treści, która jest krótka, jasna i klarowna - tak jak chciał to osiągnąć Zamawiający. Skoro odpowiedzi Wykonawcy na pytania Zamawiającego w żadnej mierze nie dotyczyły treści jego oferty, w szczególności wbrew stanowisku Zamawiającego nie stanowiły wyjaśnień tej treści w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy pzp, nie mogły stanowić podstawy do stwierdzenia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Tym samym nie mogły stanowić również podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Odwołujący podkreślił, iż przedmiotowe pytania są elementem szerszej, wieloletniej i niezgodnej z ustawą pzp praktyki GDDKiA odrzucania prawidłowych ofert wykonawców na podstawie ich rzekomej niezgodności z SWZ w kontekście odpowiedzi na pytania o niewiążące założenia projektowe do wyceny oferty. Praktyka ta została po raz pierwszy zakwestionowana w całości w przełomowym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej dnia 12 grudnia 2022 r. sygn. akt: KIO 3088/22. Izba podkreśliła, iż treść oferty w zakresie zgodności z SWZ jest jasna i klarowna, tym samym nie wymaga wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp. Zadawane przez GDDKiA pytania m.in. o założenia projektowe w istocie nie mają żadnego związku z treścią oferty, a więc nie stanowią jej wyjaśnień. Co istotne, Izba podkreśliła, że celem GDDKiA w zadawaniu przedmiotowych pytań jest w istocie ograniczenie swobody projektowej wykonawcy przysługującej mu na podstawie PFU oraz zabezpieczenie się przed roszczeniami wykonawcy przysługującymi mu na podstawie warunków kontraktowych (bazujących na FIDIC). Skoro założenia projektowe do wyceny oferty nie mają żadnego związku z treścią oferty, to nie mogą prowadzić do uznania, że ta oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i tym samym podlega odrzuceniu. Powyższy precedensowy i ze wszech miar prawidłowy prawnie wyrok Izby został niestety zmieniony wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 27 września 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 6/23 poprzez oddalenie odwołania wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że sąd popełnił bardzo istotny błąd rozumowania logicznego. Za koronny argument na rzecz dopuszczalności żądania wyjaśnień w zakresie założeń projektowych wskazał bowiem rozszerzenie zakresu wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp z 2019 r. względem art. 87 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r. o wyjaśnienia treści "przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń". Rzecz w tym, że założenia projektowe do wyceny oferty nie stanowią żadnego innego dokumentu, ani oświadczenia składanego przez wykonawcę, na jakiej zatem podstawie miałby zamawiający żądać ich wyjaśnień? Odwołujący wskazał, że oświadczenie o zawarciu umowy na warunkach SWZ stanowi treść formularza ofertowego, a nie jakiegokolwiek innego dokumentu czy oświadczenia. Wprost jest zatem ofertą (treścią oferty). Sąd zignorował zupełnie nawet samą treść wezwania Zamawiającego, który podobnie jak w tym postępowaniu wzywał do wyjaśnień treści oferty, nie zaś do wyjaśnień nigdy niezłożonych oświadczeń: / Błąd rozumowania logicznego sądu jest zatem oczywisty, a zatem orzeczenie to nie powinno być podstawą procedowania przez Izbę w niniejszej ani w jakiegokolwiek innej sprawie. Odwołujący podkreślił, iż wyrok KIO 3088/22 dotyczył całokształtu pytań zadawanych przez Zamawiającego, w tym tych o założenia projektowe, analogicznych do tych, które były podstawą bezzasadnego odrzucenia oferty w niniejszej sprawie. Odwołujący przytaczając uzasadnienie powyższego wyroku podkreślił, że Izba nawiązała do oczywistego faktu, że przedmiot zamówienia typu Zaprojektuj i wybuduj nie istnieje na etapie składania oferty ani nie jest np. seryjnie produkowany jak przy dostawie, a jest dopiero projektowany dokładnie zgodnie z wytycznymi SWZ, zatem nie jest logicznie

możliwe zaoferowanie przedmiotu niezgodnego z SWZ. Nie jest możliwe wybudowanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z SWZ, bowiem projekt i każde jego rozwiązanie podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego, który musi wyrazić zgodę na konkretny kształt projektu. Odwołujący wskazał za Izbą, że wykonawca, wyceniając ofertę, dokonuje pewnych przybliżeń i niewiążących założeń projektowych, które jednak mogą się okazać nieprzydatne na etapie rzeczywistego projektowania i budowy obiektu. Izba orzekła, że zadawane przez GDDKiA pytania (w tym te dotyczące założeń projektowych) nie mają żadnego związku z treścią oferty, a co implikuje, iż odpowiedzi na te pytania nie mogą świadczyć o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia i jej odrzucenia z tej przyczyny. Odwołujący wskazał, że wykonawca zakłada w wycenie określoną premię za ryzyko, mając świadomość, że jego założenia mogą się okazać pod pewnymi względami nietrafne, w szczególności wobec bardziej szczegółowego rozpoznania geologicznego. Póki zaś oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, należy uznać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za podaną cenę, nawet jeśli wykonawca dokonał nazbyt optymistycznych założeń projektowych, które następnie musiał zrewidować. Co istotne, na mocy pkt 12 formularza ofertowego w sposób bezsprzeczny zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia na zasadach zgodnych z SWZ, w tym PFU, a Zamawiający ma to prawo wyegzekwować, sam lub za pośrednictwem fachowego konsultanta - Inżyniera na mocy warunków kontraktowych FIDIC. Wyłącznie z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że odpowiedzi Wykonawcy na pytania dotyczyły treści oferty (czemu Wykonawca zaprzecza), a tym samym mogły być podstawą odrzucenia oferty z powodu niezgodności z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, Odwołujący podniósł, iż taka niezgodność nie miała miejsca w zakresie żadnego z dwóch zarzutów Zamawiającego. Dla każdego przedsiębiorcy jasnym jest, iż treść oferty jest zobowiązaniem strony, jakiegokolwiek inne informacje: "związane z ofertą", "dotyczące, koncepcji, analiz, itp.", "stopnia gotowości wykonawcy", "założenia prowadzące do złożenia oferty" w oczywisty sposób nie są jej treścią. Co innego treść oferty, co innego weryfikacja ofert i ustalenie stopnia gotowości, co innego podstawowe założenia koncepcyjne, co innego możliwość uznania oferty za spełniającą wymogi SWZ, co innego koncepcje analizy i ryzyka wiążące się z realizacją przedmiotu zamówienia. Próbując nieco dopasować charakter założeń, koncepcji i innych wskazanych wyżej określeń do treści czynności prawnych, można się odwołać do instytucji *reservatio mentalis*, czyli wewnętrznych zastrzeżeń. Polega ona na tym, iż składający oświadczenie dokonuje czynności prawnej w oparciu o wewnętrzne zastrzeżenia - zamiar wykonania czynności w określony sposób - tutaj zgodnie z koncepcjami a nie złożonym w treści oferty oświadczeniem. Takie wewnętrzne zastrzeżenie nie ma żadnego wpływu na ważność i treść czynności. Stąd też poznanie odpowiedzi na pytania w żaden sposób nie pozostaje w związku z treścią zobowiązania, a więc treścią oferty.

B. BRAK NIEZGODNOŚCI TREŚCI OFERTY Z SWZ W ZAKRESIE ZAŁOŻENIA PROFILU PODŁUŻNEGO TRASY GŁÓWNEJ S17 NA OBIEKCIE 10+156_ES

Odwołujący podniósł, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Wykonawcy GAP z powodu rzekomej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp stwierdził po pierwsze, że "Z przedłożonego przekroju podłużnego trasy głównej S17 jednoznacznie wynika, że Wykonawca przyjął rozwiązanie projektowe, w którym na obiekcie 10+156_ES (obiekt od k.m. ok. 10+160,00 do k.m. ok.

10+730,15) został zaprojektowany najniższy punkt krzywej wklęsłej zlokalizowany w k.m. ok. 10+200,00. Wykonawca przyjął rozwiązania projektowe, które nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego. W dokumentach zamówienia określono bowiem, że wymaga się rozwiązań projektowych niwelety drogi ekspresowej eliminujących lokalizację krzywych wklęsłych oraz wklęsłych załamania niwelety, skutkujących umiejscowieniem najniższego punktu niwelety na obiekcie mostowym (najniższy punkt krzywej wklęsłej niwelety należy umieścić w odległości nie mniejszej niż 20 m od końca pomostu obiektu mostowego). Wymaganie to zostało wyartykułowane przez Zamawiającego w punkcie 1.1 PFU: "W zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania drogi ekspresowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w następującej kolejności: 1. wymagania określone w PFU wraz z załącznikami, 2. obowiązujące przepisy prawa, 3. Wzorcami i Standardami (WiS) ministra właściwego ds. Transportu wymienione w PFU (3.1 poz. 138) 4. zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (3.2), 5. w sprawach nieuregulowanych w pkt 1-4 zastosowanie ma wiedza techniczna zawarta w: (3),

4, 9) o ile nie stoi w sprzeczności z ww." Mając na uwadze ww. zapis, w punkcie 3.1 poz. 138 PFU został wskazany WR-M 11 "Wytyczne projektowania elementów powiązania drogowych obiektów inżynierskich z terenem i drogą", w którym w punkcie 5.4.2 zapisano: "6) Dodatkowo niweleta powinna spełniać wymagania polegające na:

- a) wyeliminowaniu krzywych wklęsłych oraz wklęsłych załamania niwelety, skutkujących lokalizacją najniższego punktu niwelety na obiekcie mostowym lub w tunelu,
- b) umieszczeniu najniższego punktu krzywej wklęsłej niwelety w odległości nie mniejszej niż 20 m od końca pomostu obiektu mostowego lub końca tunelu,
- c) w obiektach miejskich, w których jest zapewnione odprowadzenie wody opadowej do ogólnospławnej kanalizacji deszczowej, dopuszcza się zmniejszenie odległości, o której mowa w lit. b, do 5 m."

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jest jednak w błędzie: o ile Wykonawca rzeczywiście przyjął rozwiązanie projektowe, w którym na obiekcie 10+156_ES (obiekt od k.m. ok. 10+160,00 do k.m. ok. 10+730,15) został zaprojektowany najniższy punkt krzywej wklęsłej zlokalizowany w k.m. ok. 10+200,00, to rozwiązanie to nie jest w najmniejszy sposób sprzeczne z SWZ.

I. Zgodnie z PFU obiekt nie jest mostem.

W rzeczywistości Zamawiający oparł swoją ocenę na błędnych domysłach co do rzeczywistej treści udzielonej odpowiedzi i to popełniając więcej niż jeden błąd. Po pierwsze, Zamawiający posługuje się zamiennie pojęciami "obiektu inżynierskiego" i "mostu", co samo w sobie stanowi oczywisty i rażący błąd, który w przypadku Wykonawcy skutkowałby odrzuceniem jego oferty. Po drugie, Zamawiający przyjął, iż najniższy punkt niwelety występuje na moście, podczas gdy występuje on na odcinku ściany oporowej, zlokalizowanej już poza mostem. Błędy te są skutkiem odczytania z wyjaśnień Wykonawcy z dnia 8 września 2023 r. treści z nich nie wynikających. Porównanie niwelety z niewiązącą koncepcją programową prowadzi do uznania, iż Wykonawca przyjął, iż zaprojektuje obiekty inżynierskie w tych samych miejscach i co do zasady o tej samej długości. Zgodnie z Tabelą 1.1. do PFU (str. 40/41 PFU) obiekt nr 12 zaczyna się w k.m. 10+156,47 - jest to obiekt będący źródłem błędnych zastrzeżeń Zamawiającego. Pierwotna tabela została zmieniona kilkakrotnie i dopiero w zmianie nr 8 Zamawiający zaznaczył (co było od początku oczywiste dla każdego wykonawcy), iż pod obiektem inżynierskim znajduje się ciek. W żadnym miejscu PFU nie zostało użyte określenie MD, oznaczające most drogowy, a Zamawiający posługuje się

określeniem WD (ES)/PZDs., co oznacza wiadukt drogowy (wiadukt w ciągu drogi ekspresowej) / Przejście dla zwierząt średnich. Wykonawca wskazał na opis skrótów nad Tabelą 1.1.

WS/WD (ES/ED) – wiadukt w ciągu: drogi ekspresowej/drogi publicznej

MS/MD - most w ciągu: drogi ekspresowej/drogi publicznej

PP – tunel (dawniej przejście podziemne) dla pieszych, dla rowerów lub dla pieszych i rowerów

/ W rzeczywistości obiekt mostowy składał się z wiaduktu i mostu. Z punktu widzenia przepisów o ile wiadukt czy most to różne obiekty inżynierskie, o tyle obiekt mostowy to i most, i wiadukt - bowiem różnica między nimi polega na tym, iż most służy do przekroczenia przeszkody wodnej, a wiadukt - innej przeszkody. Sam most stanowi jedynie niewielką część obiektu mostowego. Wykonawca nigdy nie odpowiadał na pytania dotyczące mostu. Zgodnie z Ustawą o drogach publicznych Dz. U. z 1985 r. Nr 14, poz. 60 t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 645, art. 4 pkt 12 drogowy obiekt inżynierski - most, wiadukt, tunel, przepust i konstrukcję oporową, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Nawet dla nie prawnika jest oczywistym, iż nie każdy obiekt inżynierski jest mostem. W zestawie pytań zadanych przez Zamawiającego 18 lipca 2023 r. znalazło się pytanie nr 29: / Do odpowiedzi z dnia 2 sierpnia 2023 r. Wykonawca załączył tabelę, zaznaczając, iż: / W samej tabeli nr 4 obiekt opisano następująco: / Tak w pytaniu jak i w odpowiedzi Zamawiający i Wykonawca posługują się pojęciem drogowego obiektu inżynierskiego, w tabeli zaś typ obiektu przytoczono dokładnie identycznie jak opisał go w Tabeli 1.1. PFU Zamawiający. W kolejnym zestawie pytań z dnia 10 sierpnia 2023 r. znalazło się pytanie nr 7: / W odpowiedziach z dnia 21 sierpnia 2023 r. Wykonawca potwierdził powyższe.

Tak w pytaniu jak i w odpowiedzi Zamawiający i Wykonawca posługują się pojęciem "obektu inżynierskiego". Wreszcie, w pytaniach z dnia 1 września 2023 r. znalazło się pytanie nr 1, gdzie w podpunkcie a) Zamawiający zażądał przedłożenia niwelety: / Do pisma z pisma z dnia 8 września 2023 r. Wykonawca przedłożył trzy pliki (załączniki 2.1, 2.2 i 2.3) z projektem niwelety. Plik 2.3 zawiera legendę, w której opisano zastosowane kolory. Zgonie z tą legendą, kolor żółty oznacza "projektowane obiekty inżynierskie", kolor fioletowy i niebieski oznaczają zaś rowy odwadniające. Ponownie Zamawiający i Wykonawca posługują się skróconym pojęciem "obektów" czy też "obektów inżynierskich". Wykonawca nie ma wytłumaczenia, w jaki sposób Zamawiający mógł utożsamić drogowy obiekt inżynierski z obiektem mostowym. Zamawiający nie wyciągnął właściwych wniosków z załączonej niwelety Wykonawca przyjął, iż projektowane obiekty inżynierskie nie będą co do zasady optymalizowane i zostaną wykonane w miejscach przewidzianych w niewiążącej Koncepcji Programowej. Nie oznacza to jednak, że Wykonawca wykona drogę dokładnie tak, jak w tejże koncepcji - optymalizacja niwelety jest podstawowym sposobem optymalizowania kosztów wykonania zamówienia. Z optymalizacji niwelety wynika zaś optymalizacja drogowych obektów inżynierskich. Obiekt inżynierski w k.m. 10+156_ES został zoptymalizowany na skutek obniżenia niwelety. Na przełożonej przez Wykonawcę do pisma z dnia 8 września 2023 r. niwelecie w części zawierającej rzekomo źle wyceniony obiekt (zał. 2.2 do wyjaśnień) wyraźnie widać kolor żółty - planowany obiekt inżynierski w k.m. 10+156_ES. Na rysunku widać także punkt wypłaszczenia (10+238,58) dwie pionowe, czarne linie - jedną w k.m. 10+290 (odległą o ponad pięćdziesiąt metrów od

punktu wypłaszczenia) oraz drugą czarną linię położoną na drugim końcu obiektu - w k.m. 10+720. W rzeczywistości czarne linie oznaczają nic innego jak obiekt mostowy, który stanowi jedną z dwóch części drogowego obiektu inżynierskiego. Drugą częścią jest natomiast ściana oporowa, która z godnie z definicją cytowaną wyżej także stanowi obiekt inżynierski inny niż most. Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z Załącznikiem 4 WZORY KSIĄŻEK OBIEKTÓW MOSTOWYCH I TUNELI Wiersz 11 Długość całkowita obiektu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie sposobu numeracji i ewidencji dróg publicznych, obiektów mostowych, tuneli, przepustów i promów oraz rejestru numerów nadanych drogom, obiektom mostowym i tunelom: "W wierszu tym podaje się długość całkowitą obiektu rozumianą jako odległość w rzucie poziomym mierzona po osi jezdni lub ciągu komunikacyjnego między zewnętrznymi krawędziami pomostu, a w przypadku obiektów mostowych o konstrukcji sklepionej z nadsypką odległość w świetle wezłowi zwiększoną o dwie grubości łuku mierzone przy wezłowiach; do długości kładek dla pieszych wlicza się długości wszystkich schodów i pochylni mierzonych po osiach ciągów pieszych". Z powyższego wynika, że obiekt mostowy znajduje się pomiędzy krawędziami zewnętrznymi pomostu, a więc nie obejmuje konstrukcji oporowej zlokalizowanej poza odcinkiem między krawędziami pomostu. Przedmiotowy obiekt inżynierski 10+156_ES (kolor żółty) składa się po prostu z obiektu mostowego oraz konstrukcji oporowej. Tym samym najniższy punkt krzywej wklęsłej zlokalizowany jest nie na obiekcie mostowym, a na konstrukcji oporowej w odległości nie mniejszej niż 20 m od końca pomostu obiektu mostowego zgodnie z powołanymi przez Zamawiającego Wzorcami i Standardami (WiS) ministra właściwego ds. Transportu.

Odwołujący przedstawił szczegółowe rysunki kwestionowanego obiektu, które zostały również powołane jako dowód, wskazując na umieszczone na nich w dolnej części pikietáže, umożliwiające porównanie rozwiązania z załączonym do kwestionowanej odpowiedzi załącznikiem. Odwołujący wskazał, że uwidocznione na niwelecie rowy odwadniające (kolor fioletowy i niebieski na rysunkach stanowiących załączniki do kwestionowanej odpowiedzi Wykonawcy) dochodzą do obiektu mostowego (do zaznaczonych czarnych, pionowych kresek). Innymi słowy z rysunku i wyjaśnień nie wynika, iż przedmiotowy obiekt inżynierski w k.m. 10+156_ES jest mostem, a wynika, że jest drogowym obiektem inżynierskim, zaś z załącznika 2.2 do odpowiedzi z dnia 8 września 2023 r. wynika, iż w ramach niniejszego obiektu wydzielono jego część, do której jedynie dochodzą rowy odwadniające. Punkt 1.1.1 PFU stanowi, iż należy wykonać także: / Oznacza to, że z rysunku dla Zamawiającego powinno wynikać, iż do czarnej kreski został dociągnięty korpus drogowy, który siłą rzeczy nie jest mostem. Zamawiający nie powinien z całokształtu odpowiedzi wnioskować o fakcie wypłaszczenia niwelety na obiekcie mostowym, a gdyby miał jakiegokolwiek wątpliwości - powinien zadać dodatkowe pytania Wykonawcy. Abstrahując od faktu, że założenia projektowe nie są wiążące i nie stanowią wyjaśnień treści oferty, ewidentnie Zamawiający nie miał zatem podstaw do uznania bezsprzecznej niezgodności tych założeń z PFU. Zamawiający popełnił cały szereg błędów, być może starając się zbyt szybko oceniać odpowiedzi na szereg rund pytań i nie przenalizował właściwie całego szkicu. Zamawiający, jeśli miałby wątpliwości w tym zakresie, winien wezwać Wykonawcę do dodatkowych wyjaśnień (choć oczywiście Wykonawca kwestionuje co do zasady zadawanie pytań o niewiążące założenia projektowe do wyceny oferty).

C. BRAK NIEZGODNOŚCI TREŚCI OFERTY Z SWZ W ZAKRESIE TECHNOLOGII WZMOCNIENIA PODŁOŻA TYP 1B

Odwołujący podniósł, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Wykonawcy GAP z powodu rzekomej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp stwierdził po drugie, że: "W zawartym wezwaniu Zamawiający w pytaniu nr 2 oczekiwał wskazania "jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg z Koncepcji Programowej), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego." Wykonawca w swojej odpowiedzi (pismo znak:

05/S17/S1/CA/GDDKIA z dnia 8 września 2023 r.) wskazał " (...) zasadnicze technologie oraz lokalizację miejsc wzmocnień podłoża gruntowego, które wstępnie założono w Ofercie w załączonej tabeli nr 1. Poniżej przedstawiono tabelaryczne zestawienie (legendę) rodzaju wzmocnień podłoża gruntowego, jakie mogą być zastosowane." W załączniku nr 1 do pisma znak: 05/S17/S1/CA/GDDKIA podano technologię wzmocnienia gruntu poprzez stabilizację na skale/marglach i jej lokalizację.

Wykonawca jednoznacznie wskazał, że jako jedną z technologii wzmocnienia podłoża pod posadowienie korpusu drogi zamierza zastosować warstwę stabilizacji na skale/marglach.

Ww. technologia wzmocnienia podłoża nie została dopuszczona przez Zamawiającego dla wskazanego w ww. lokalizacjach w DGI rodzaju gruntu. Wymaganie to zostało wyartykułowane przez Zamawiającego w punkcie 3.2 PFU, w którym zapisano, że "(...) Przedstawiony wykaz Zarządzeń Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad określa obowiązujące Wykonawcę uwarunkowania oraz wymagania dotyczące zakresu zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany wypełnić wszelkie wymagania określone w poniższych aktach, a w szczególności wymagania dotyczące projektowania i wykonywania inwestycji." W związku z powyższym, do dokumentów przetargowych został załączony dokument techniczny w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym - zarządzenie Nr 8 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym, które stanowi element opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Tablicą 1 ww. wytycznych metoda wzmocnienia podłoża gruntowego poprzez stabilizację gruntu spoiwami stosowana jest w gruntach nieorganicznych takich jak: żwiry, piaski, pyły, gliny, iły o $wL < 60\%$. Jednocześnie do zastosowania ww. metody nie mogą być zastosowane grunty zawierające kamienie $> 100\text{mm}$. Przyjęta do Oferty przez Wykonawcę technologia wzmocnienia podłoża tj. stabilizacja na skale/marglach, nie jest dopuszczona dla wskazanego w DGI rodzaju gruntu. Wskazane powyżej rozwiązania projektowe przyjęte przez Wykonawcę nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego. W PFU określono bowiem, że w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać wzmocnienie podłoża gruntowego w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych z uwzględnieniem właściwości gruntów, skał i materiałów, w tym materiałów antropogenicznych (nasypów niekontrolowanych); wartości granicznych odkształceń oraz wymagań określonych w polskich normach. Wymaganie to zostało wyartykułowane przez Zamawiającego w punkcie 1.1.1 ppkt. 29) PFU: "Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty: 29) wzmocnienie podłoża gruntowego i zapewnienie stateczności skarp wykopów i nasypów w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych, z uwzględnieniem: - właściwości gruntów, skał i

materiałów, w tym materiałów antropogenicznych (nasypów niekontrolowanych); - przewidywanych oddziaływań, które mogą być przyłożonymi obciążeniami (należy przyjmować obciążenie od pojazdów samochodowych równomiernie rozłożone o wielkości 25 KPa) lub zadanymi przemieszczeniami (np. spowodowanymi ruchami podłoża); - wartości granicznych odkształceń; - wymagań określonych w polskich normach; - właściwości nasypów niekontrolowanych spowodowanych działalnością człowieka takich jak wyrobiska kopalni kruszyw, nielegalne składowiska odpadów wraz z ich rekultywacją."

Reasumując, przyjęta przez Wykonawcę technologia wzmocnienia podłoża pod posadowienie korpusu drogi ekspresowej jako warstwa stabilizacji na skale/marglach, z uwagi na podatność margli na pęcznienie i rozmakanie, nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w SWZ.

Odnosząc się do powyższych przesłanek odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, że Zamawiający posługuje się argumentacją i stwierdzeniami nie wynikającymi z odpowiedzi Wykonawcy czy PFU. Zamawiający nie wskazał w rzeczywistości na żadne konkretne postanowienie SWZ, z którym założenia do wyceny oferty pozostawałyby niezgodne. PFU jasno wskazuje, iż zarządzenie Nr 8 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym ("Zarządzenie nr 8") nie obowiązuje. Zamawiający nie rozróżnia wzmocnienia podłoża od wzmocnienia warstwy nad podłożem, którą zamierza nadsypać Wykonawca.

I. Brak skonkretyzowanego zarzutu Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że DGI (Dokumentacja Geologiczna - Inżynierska) nie wymienia miejsc, w których należy przewidzieć wzmocnienia podłoża. Wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Wykonawcy lokalizacje nie zostały wymienione w DGI, co za tym idzie - nie wymagają wzmocnień. To, czy zostaną one zaprojektowane czy też nie zależy do szeregu czynników w tym przyjętej niwelety. Założenie odpowiednich zabezpieczeń na etapie wyceny oferty należy do know-how wykonawcy, jest oparte o wiedzę w zakresie sztuki budowlanej i specjalistyczną wiedzę geologicznoinżynierską. Właściwe zaprojektowanie drogi wymaga przeprowadzenia całego szeregu badań. Ewentualna konieczność zastosowania odmiennych rozwiązań projektowych na etapie realizacji zamówienia względem etapu wyceny, w szczególności w wyniku zwiększenia zakresu rozpoznania geologicznego, stanowi jedno z kluczowych ryzyk wykonawcy, które musi on wycenić w ramach tzw. premii za ryzyko. Na tym etapie bowiem ścisła wycena docelowych rozwiązań inżynierskich, nawet pomijając brak czasu na pełną analizę podczas przygotowywania ofert, wobec niepełnego rozpoznania geologicznego jest niemożliwa. Brak pełnego rozpoznania wynika z faktu, że przed uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację drogi publicznej (ZRID) Zamawiający nie dysponuje własnością wszystkich nieruchomości pod drogę celem dokonania odwiertów w ramach pełnego rozpoznania, co też miało miejsce w tym postępowaniu w zakresie zaskarżonym przez Odwołującego. Granica odpowiedzialności wykonawcy za ryzyko w zakresie niepełnego rozpoznania geologicznego określona jest w subklauzuli 4.12 (Nieprzewidywalne warunki fizyczne) warunków kontraktowych, stanowiących część umowy o zamówienie publiczne w niniejszej sprawie. Na okoliczność tę zwrócił uwagę Wykonawca w swoich wyjaśnieniach. Odwołujący podkreślił, iż oparcie założeń projektowych do kompletu zawartych w SWZ badań w zakresie rozpoznania podłoża ma istotne znaczenie dla prawidłowej wyceny oferty. Każdy wykonawca zatem zgodnie ze swoją specjalistyczną wiedzą projektową winien należycie ocenić charakter warunków

gruntowych i dostosować do niego wyceniane rozwiązania projektowe. Na etapie przetargu w trybie Zaprojektuj i wybuduj rozpoznanie geologiczne z konieczności nie jest pełne. Częściowo jest to ryzyko wykonawcy, do granicy jednak określonej w Subklauzuli 4.12 (Nieprzewidywalne warunki fizyczne) warunków kontraktowych, która to klauzula określa moment i warunki przeniesienia ryzyka na Zamawiającego. Założenie, że w ogóle dojdzie do wzmocnień podłoża korpusu drogowego tam, gdzie nie przewiduje tego DGI, jest w istocie założeniem wyższych kosztów wykonania i nie świadczy (pomijając nawet ogólną argumentację o zakresie treści oferty) o niezgodności treści oferty z SWZ. O ile w niejednym przetargu DGI wprost wskazuje na pikietaż drogi, gdzie wzmocnienia są niezbędne, w tym postępowaniu nic takiego nie ma miejsca. Opisowa część DGI nie wskazuje na ani jeden taki odcinek. Zatem Zamawiający w ocenie w ogóle pominął fakt, iż nie wymagał w DGI wzmocnienia tego docinka, co więcej, nie przytoczył wprost żadnego postanowienia SWZ, z którym przewidywane rozwiązanie inżynierskie Wykonawcy jest niezgodne. Zamawiający, wzorem odwołujących wykonawców w różnych postępowaniach, polemizuje z jednym z możliwych rozwiązań projektowych. Zamawiający pominął fakt, iż niezależnie od zarzutu dotyczącego w ogóle oparcia odrzucenia oferty na Zarządzeniu nr 8 i niezależnie od wadliwego odczytania i zrozumienia odpowiedzi Wykonawcy - zarządzenie to nie jest zbiorem jednoznacznych poleceń dla projektanta. Z wyżej opisanych powodów, do wyboru odpowiedniego wariantu wzmocnień dochodzi dopiero na etapie projektowania i jest to ostatecznie decyzja projektanta, który podpisuje projekt. Na etapie składania oferty dochodzi jedynie do przybliżenia przyszłych rozwiązań, bowiem wykonawcy mają około dwóch do trzech miesięcy na analizę informacji, których zebranie i przełożenie na koncepcję programową zajmuje Zamawiającemu dwa do pięciu lat. Pomimo tak długiego czasu, jaki ma Zamawiający, liczba zadawanych Zamawiającemu w każdym przetargu pytań wynosi kilkaset, a czasami przekracza tysiąc. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, iż (i) zgodnie z Tablicą 1 ww. wytycznych metoda wzmocnienia podłoża gruntowego poprzez stabilizację gruntu spoiwami stosowana jest w gruntach nieorganicznych takich jak: żwiry, piaski, pyły, gliny, ły o wL<60%. Jednocześnie do zastosowania ww. metody nie mogą być zastosowane grunty zawierające kamienie >100mm. (ii) Przyjęta do Oferty przez Wykonawcę technologia wzmocnienia podłoża tj. stabilizacja na skale/marglach, nie jest dopuszczona dla wskazanego w DGI rodzaju gruntu.

Żadne z tych twierdzeń nie jest prawdziwe. W przedłożonym jako dowód Zarządzeniu nr 8, wskazano w punkcie 1.1., iż wytyczne zawierają "zasady i wymagania" - innymi słowy zawierają reguły doboru, nie zaś konkretne rozwiązania doboru. Zgodnie z punktem 2.2. z kolei wskazano, iż "podstawą wyboru metod wzmocnienia podłoża jest szczegółowe rozpoznanie". Wykonawca wskazał, iż w takie rozpoznanie ma ostatecznie miejsce na etapie projektowania. W tabeli nr 1 natomiast znajdujemy na stronie 18:

Tablica 1. Ogólna charakterystyka metod wzmocnienia

Metoda	Zasada zabiegu	Przydatne w gruntach:	Zalecana głębokość zabiegu	Potrzebne materiały
---------------	-----------------------	------------------------------	-----------------------------------	----------------------------

/ W przywoływanej przez Zamawiającego tabeli brak jest tekstu cytowanego przez Zamawiającego dla ulepszenia gruntu spoiwami. Za podobny błąd w odczytaniu PFU przez Wykonawcę, Zamawiający

usiłowałby odrzucić ofertę Wykonawcy. Nota bene określenie "przydatne w gruntach" nie oznacza "dozwolone jedynie w gruntach". Przydatność w różnej skali albo jej brak nie jest tożsama z dozwoleciem na stosowanie albo zakazem stosowania metody. Z kolei w Tabeli nr 2, której Zamawiający nie przywołał w uzasadnieniu - a zatem nie zarzuca Wykonawcy naruszenia tej części Zarządzenia nr 8 Odwołujący zwrócił uwagę po pierwsze na nazwy kolumn: / Z Tabeli jednoznacznie wynika, iż Zarządzenie nr 8 daje jedynie zalecenia. Żaden ogólny dokument nigdy nie narzuca projektantowi szczegółowych rozwiązań projektowych tam, gdzie nie ma kompletnych badań. Podobnie nie robi tego Zamawiający. Po drugie, w Tabeli nr 2 w ogóle brak wymienienia rodzaju gruntu, który występuje na odcinku drogi, którego dotyczy zamówienie. Tabela wskazuje natomiast m.in. na metodologię odpowiednią dla podłoży zapadliskowych (krasowych) mogących rozwijać się m.in. w opokach i marglach kredowych (również pkt 3.7 Zarządzenia nr 8). Tabela została tak skonstruowana, ponieważ skały nie podlegają wzmocnieniom - a najwyżej zabezpieczeniom. Margiel jako skała stanowi monolit, nie zawiera tym samym kamieni, które mogą występować w zwietrzelinie margla. Natomiast przy podłożach zapadliskowych prace nie polegają na wzmocnieniu nośności, ale na uniknięciu zapadlisk przez likwidację pustek przez ich wypełnienie lub miażdżenie. / Jednakże DGI w p.12 (str. 100 i nn.) wyraźnie wskazuje na brak obecności form krasowych czy procesów krasowych, również krasu przypowierzchniowego. Nie stwierdzono również osiadania zapadowego charakterystycznego dla gruntów lessowych. (p.12 i 18 DGI) Na stronie 100 DGI Zamawiający wskazał, że: / Na stronie 118 DGI Zamawiający wskazał, że: / Tym samym zastosowanie metod wzmocnienia odpowiednich dla podłoży zapadliskowych (krasowych czy lessowych) nie jest konieczne. Z powyższych argumentów wynika, iż nieprawdziwe jest drugie stwierdzenie Zamawiającego, iż przyjęta do Oferty przez Wykonawcę technologia wzmocnienia podłoża tj. stabilizacja na skale/ marglach, nie jest dopuszczona dla wskazanego w DGI rodzaju gruntu. Przede wszystkim trudno zakazać jakiegokolwiek metody dla rodzaju podłoża, o którym nie wspomina Tabela nr 1, z którą rzekomo niezgodna jest oferta Wykonawcy. Co więcej, w żadnym miejscu Zarządzenia nr 8 nie można znaleźć tekstu, który zakazywałby wyboru jakiegokolwiek metody w jakiegokolwiek sytuacji. Ten fragment uzasadnienia sporządzonego przez Zamawiającego jest jego własną opinią, nie cytatem z dokumentacji. Skoro zatem Zarządzenie nr 8 jest zbiorem zaleceń, nie znajduje się w nim zakaz stosowania jakichkolwiek rozwiązań wzmocnień na jakimkolwiek podłożu, to Zamawiający nie wskazał postanowienia SWZ, z którym oferta Wykonawcy jest jednoznacznie niezgodna.

II. Zarządzenie nr 8

Zarzut Zamawiającego oparty jest na rzekomej niezgodności rozwiązania Wykonawcy z Zarządzeniem nr 8. Na stronie 217 PFU Zamawiający wskazał, iż: / Z kolei poniżej PFU stanowi, iż: / Innymi słowy Zamawiający oświadczył w PFU, iż Zarządzenie nr 8 nie obowiązuje, jednocześnie nakładając na Wykonawców obowiązek stosowania zarządzeń "obowiązujących na dzień podpisania umowy". Albo Zarządzenie nr 8 nie obowiązuje i podstawa odrzucenia oferty nie istnieje, albo obowiązuje, ale wówczas Zamawiający nie tylko umieszcza w PFU sprzeczne informacje, ale wprost wprowadza wykonawców w błąd.

W żadnym z tych przypadków nie pozwala to na uznanie, iż oferta Wykonawcy jest sprzeczna a SWZ.

III. Błędna interpretacja odpowiedzi Wykonawcy.

Niezależnie od powyższych argumentów, Zamawiający jest jednak w błędzie, twierdząc, że Wykonawca założył niezgodne z PFU wzmocnienie Typu 1B na skale/marglach, bowiem są one podatne na pęcznienie i rozmakanie. Zamawiający mianowicie pomylił wzmocnienie skały (margli) ze wskazanym przez Wykonawcę i zgodną z SWZ wykonaniem dodatkowej warstwy stabilizacji powyżej skał/margli. Wykonawca odpowiedział bowiem, iż przedmiotowy rodzaj wzmocnienia to: / Wykonawca, mając na uwadze specyficzne właściwości margli, szczególnie ich podatność na pęcznienie i rozmakanie, przyjął do wyceny technologię wzmocnienia polegającą na wykonaniu na warstwie margli kolejnej (dodatkowej) warstwy stabilizacji z gruntu spełniającego odpowiednie wymagania. Powyższa metoda ma na celu powierzchniowe zamknięcie, odcięcie i zabezpieczenie podłoża z miękkich skał marglistych przed niekorzystnym wpływem warunków atmosferycznych, w szczególności opadów i przemarzania; uwzględnia nieprzydatność margli do bezpośredniej stabilizacji spoiwami hydraulicznymi, ze względu na niewielką gęstość skały miękkiej, jej wysoką porowatość i nasiąkliwość wpływającą na rozmakanie i rozpad oraz znikomą wytrzymałość, mającą wpływ na zmianę struktury materiału, pękanie i rozdrabnianie szczególnie w czasie zagęszczania mechanicznego. Rozwiązanie zaproponowane przez Wykonawcę, które uwzględnia wymienioną na początku charakterystykę gruntów marglistych, polega na wykonaniu bezpośrednio na podłożu, tj. ponad podłożem ze skał marglistych i pozostałych gruntów skalistych występujących na projektowanym odcinku, warstwy z gruntu ulepszanego spoiwami hydraulicznymi opisanej w wyjaśnieniach jako "warstwa stabilizacji na skale/marglach". Na wykonanie warstwy ponad gruntem rodzimym podłoża wskazuje spójnik "na", gdzie w przypadku wykonywania stabilizacji "in situ" opis brzmiałby np. "warstwa stabilizacji gruntu rodzimego (warstwa stabilizacji z margli) w marglach...". Dodatkowa warstwa z gruntu ulepszanego spoiwami hydraulicznymi będzie wykonana wyłącznie z gruntów niespoistych lub spoistych lub mieszaniny tych gruntów, ulepszonych spoiwami hydraulicznymi, co pozwoli na zachowanie wymaganego reżimu technologicznego i zapewnienie odpowiednich parametrów wytrzymałościowych gotowej warstwy. Tak wykonana warstwa zapewni odcięcie warstwy margli od wpływu wód opadowych. Dokładnie takie metody wzmocnienia przewiduje cytowana część Zarządzenia nr 8. Poniżej na schemacie wskazano występowanie warstwy wzmocnienia TYP 1b: / Ponownie, również i w zakresie tego zarzutu, abstrahując od faktu, że założenia projektowe nie są wiążące i nie stanowią wyjaśnień treści oferty, ewidentnie Zamawiający nie miał zatem podstaw do uznania bezsprzecznej niezgodności tych założeń z PFU. Zamawiający wskazał na niedopuszczalność wzmocnień margli (skały), podczas gdy Wykonawca nie proponował wzmocnienia skały, a wykonanie warstwy stabilizującej na skale. Podsumowując część odnoszącą się do techniczno - projektowych aspektów decyzji Zamawiającego, Wykonawca wskazał, iż być może z powodu szybkiego tempa zadawania wielu pytań, Zamawiający odnalazł w nich treści niewystępujące. Jak wskazała Izba w wyroku z 24 sierpnia 2021 r., KIO 1466/21, celem procedury wyjaśnień treści oferty jest ustalenie szczegółów przedmiotu oferty. Dodatkowo nie ma też być narzędziem doprowadzenia do eliminacji poprawnej początkowo oferty, co przy zadaniu wykonawcy odpowiedniej liczby odpowiednio skomplikowanych pytań przy odpowiednio skomplikowanym przedmiocie zamówienia jest stosunkowo łatwe do wykonania - łatwo tu bowiem o omyłkę lub błąd, jak też, gdy dane pytania następnie odniesie się do innego elementu niż dotyczyło pytanie czy odpowiedź. Tym razem, zdaniem Wykonawcy, pomylił się Zamawiający, ale ryzyko pomyłki obciąża i tak Wykonawcę. Wykonawca podkreślił również, że szczególnie drugi zarzut przypomina

odwołania wykonawców polemizujących z rozwiązaniami przyjętymi przez wykonawcę na potrzeby wyceny, w odróżnieniu od wykazywania (obiektywnie i tak nieistniejącej z przyczyn wskazanych w części I) niezgodności treści oferty z SWZ - to jest naruszenia konkretnego postanowienia SWZ w oczywisty i nie podlegający interpretacji sposób.

D. BRAK WADLIWOŚCI OFERTY UPRAWNIAJĄCEJ DO JEJ ODRZUCENIA

Odwołujący podniósł, że w tym samym wyroku KIO 1466/21 Izba stwierdziła, iż: Należy tu podkreślić, że wobec takiego sformułowania przedmiotu zamówienia i treści oferty, jaki ma miejsce w niniejszym postępowaniu wykonawcy składają ofertę w oparciu o wstępną koncepcję wykonania zamówienia, która zostanie sprecyzowana dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, która, co oczywiste, będzie musiała uwzględniać wszystkie wymagania PFU, DŚU, przepisów prawa oraz sztuki budowlanej. Zatem na tym etapie głównym elementem rozważań co do poprawności oferty jest to, czy zaoferowana cena pozwoli na wykonanie planowanych robót budowlanych zgodnie z powyższymi wymaganiami. Powyższe stwierdzenie nie oznacza oczywiście, że zastosowanie formuły "projektuj i buduj", jak też wyjaśnień treści oferty, wyklucza stwierdzenie, że w takim wypadku oferta nie może być niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - bo może to mieć miejsce - jednak, tak jak i w pozostałych przypadkach, stwierdzenie to musi być bardziej kategoryczne i jednoznacznie niż ma to miejsce w niniejszej sprawie. Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywała, że, aby odrzucić ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, trzeba wprawdzie tę niezgodność jasno ustalić. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów. (KIO 18/19/23, wyrok z dnia 22 czerwca 2023 r.). Wykonawca wskazał, iż złożona przez niego oferta jest prawidłowa i zgodna z postanowieniami SWZ. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, niezgodność oferty z warunkami zamówienia skutkująca odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp musi być jednoznaczna (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2023 r. KIO 1090/23).

E. WADLIWY WYBÓR OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ W WYNIKU WAD BADANIA I OCENY OFERT

Odwołujący wskazał, że w kontekście powyższych zarzutów, uznać należy, iż proces oceny i badania ofert przebiegł nieprawidłowo i doszło do odrzucenia oferty z najniższą ceną, która nie powinna podlegać odrzuceniu. Tym samym proces wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp był nieprawidłowy, bowiem nie uwzględniał wszystkich ofert, które należało uwzględnić przy wyborze. Tym samym czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak i wybór najkorzystniejszej oferty, winny zostać unieważnione przez Zamawiającego.

W dniu 7 lutego 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 7 lutego 2024 r. swoje stanowisko w sprawie przedstawił Przystępujący Intercor wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 9 lutego 2024 r. pismo procesowe z dalszym stanowiskiem w sprawie złożył Odwołujący.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum: (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz (...) S.A. z siedzibą w M. (H.) - dalej Konsorcjum Aldesa, z uwagi na brak wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje w świetle art. 525 ust. 1 ustawy pzp. W zgłoszonym przystąpieniu Wykonawca wskazał, że: "jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, w związku z czym posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje." W ocenie Izby, ewentualne rozstrzygnięcie na korzyść Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie wpłynęłoby na sytuację wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Aldesa w sposób wykazywany w zgłoszonym przystąpieniu. Zauważyć należy, że żądanie odwołania sprowadzało się do przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania i unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu. W przypadku oddalenia odwołania, czyli rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, a więc Strony, do której Konsorcjum Aldesa zgłosiło przystąpienie sytuacja w postępowaniu nie uległaby zmianie na korzyść Konsorcjum Aldesa, gdyż oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu pozostałaby ofertą najkorzystniejszą, a tego wyboru Konsorcjum Aldesa nie zakwestionowało. Niewątpliwie, Konsorcjum Aldesa nie wykazało więc interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego Intercor oraz pismo procesowe Odwołującego.

Uzasadnienie prawne

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z PFU:

"ROZDZIAŁ I - CZĘŚĆ OPISOWA 1. OPIS OGÓLNY PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1.1 Opis ogólny przedmiotu zamówienia Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 na odcinku Piaski, węzeł "Piaski Wschód" (Chełm") wraz z węzłem - węzeł "Łopiennik" (Łopiennik") wraz z węzłem, od k.m. 0+000 do k.m. ok. 16+264,79. Powyższy odcinek stanowi fragment połączenia drogowego na relacji Piaski - Hrebenne, oraz zlokalizowany jest na terenie województwa lubelskiego, w powiatach: świdnickim i krasnostawskim, na terenie gmin Piaski, Fajstławice i Łopiennik Górny. W zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania drogi ekspresowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w następującej kolejności:

1. wymagania określone w PFU wraz z załącznikami,
2. obowiązujące przepisy prawa,
3. Wzorcami i Standardami (WiS) ministra właściwego ds. Transportu wymienione w PFU (3.1 poz. 138]
4. zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (3.2),
5. w sprawach nieuregulowanych w pkt 1-4 zastosowanie ma wiedza techniczna zawarta w:
3, (4), (9) o ile nie stoi w sprzeczności z ww.

Należy wykonać wszystkie niezbędne opracowania projektowe, uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego konieczne opinie i warunki techniczne, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla wykonania Kontraktu zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i Warunkami Kontraktu, wykonać roboty budowlane i uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzje o pozwoleniu na użytkowanie dla całego zakresu inwestycji.

Szczegółowy zakres rzeczowy Robót przewidzianych do wykonania w ramach obowiązków Wykonawcy jest przedstawiony w dalszej treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zwanego dalej "PFU".

Dokumenty zawarte w PFU stanowią opis przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 103 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (86). (...)

1.1.1 Charakterystyczne parametry określające zakres Robót Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty: (...) 29) wzmocnienie podłoża gruntowego i zapewnienie stateczności skarp wykopów i nasypów w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych, z uwzględnieniem:

- właściwości gruntów, skał i materiałów, w tym materiałów antropogenicznych (nasypów niekontrolowanych);
- przewidywanych oddziaływań, które mogą być przyłożonymi obciążeniami (należy przyjmować obciążenie od pojazdów samochodowych równomiernie rozłożone o wielkości 25 KPa) lub zadanymi przemieszczeniami (np. spowodowanymi ruchami podłoża);
- wartości granicznych odkształceń;
- wymagań określonych w polskich normach;
- właściwości nasypów niekontrolowanych spowodowanych działalnością człowieka takich jak wyrobiska

kopalni kruszyw, nielegalne składowiska odpadów wraz z ich rekultywacją. (...)

1.1.3.3 Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich
Objaśnienia oznaczeń obiektów stosowanych w dalszej treści PFU do określenia sposobu pokonania przeszkody ("Rodzaj obiektu"):

WS/WD (ES/ED) - wiadukt w ciągu: drogi ekspresowej/drogi publicznej
MS/MD - most w ciągu: drogi ekspresowej/drogi publicznej
PP - tunel (dawniej przejście podziemne) dla pieszych, dla rowerów lub dla pieszych i rowerów
KD - most lub wiadukt (dawniej kładka) dla pieszych, dla rowerów lub pieszych i rowerów nad drogą ekspresową/drogą publiczną
WS/PZDd - Wiadukt w ciągu drogi ekspresowej przejście dolne dla dużych zwierząt
WS/P/PZDs - Wiadukt w ciągu drogi ekspresowej / przepust, przejście dolne dla średnich zwierząt
MS/P/PZDs - Most w ciągu drogi ekspresowej / przepust, przejście dolne zespolone dla średnich zwierząt
P/PZM - Przepust, przejście dla małych zwierząt
PH/PZMz - Przepust hydrauliczny, przejście zespolone dla małych zwierząt
Tabela nr 1.1. Wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, dodatkowych jezdniach oraz innych drogach i przeszkodach. (...)

10+156,47, przejście dla średnich zwierząt, DG109604L, DP3124L, RBN4 z S17 przejście dla zwierząt średnich zgodne z DŚU, zgodnie z pkt 1.1.3.1 oraz 1.1.3.2, WS (ES)/PZDs (...)

1.2 Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia
Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie poniższych dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego: (...)

2) Wyników badań gruntowo-wodnych w formie szczegółowej charakterystyki warunków geologicznych opracowanej na podstawie danych uzyskanych bezpośrednio z badań podłoża budowlanego (wierceń, sondowań, badań geofizycznych, badań laboratoryjnych, środowiskowych itp.), zawartej w:
DOKUMENTACJA GEOLOGICZNO-INŻYNIERSKA DLA OKREŚLENIA WARUNKÓW GEOLOGICZNO-INŻYNIERSKICH (...)
DOKUMENTACJA HYDROGEOLOGICZNA OKREŚLAJĄCA WARUNKI HYDROGEOLOGICZNE (...)

PROGRAM BADAŃ GEOTECHNICZNYCH DLA DODATKOWEGO ROZPOZNANIA
GEOTECHNICZNEGO POD ZMIENIONE ROZWIĄZANIA PROJEKTOWE PO
POSIEDZENIU KOPI

Odpowiedzialność Zamawiającego za ww. wyniki badań będzie ograniczona do głębokości przeprowadzonych badań oraz pomiarów z uwzględnieniem ich charakteru. Jeżeli Wykonawca, w swojej dokumentacji projektowej dokona zmian niwelety w stosunku do niwelety, dla której wykonano rozpoznanie w ww. dokumentach przekazywanych przez Zamawiającego wraz z PFU, i jeżeli w wyniku takiej zmiany niwelety znajdzie konieczność wykonania robót związanych ze wzmocnieniem podłoża, posadowieniem obiektów lub innych, których Wykonawca nie musiałby wykonywać, gdyby nie wprowadzono zmian niwelety, to koszty i ryzyka wynikające wykonania tych robót będą po stronie Wykonawcy.

Wykonawca uwzględni wszelkie koszty związane z wykonaniem badań oraz realizacją robót wg własnego rozwiązania projektowego w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie,

ROZDZIAŁ II - CZĘŚĆ INFORMACYJNA 3. DOKUMENTY POTWIERDZAJĄCE ZGODNOŚĆ
ZAMIERZENIA BUDOWLANEGO Z WYMAGANIAMI WYNIKAJĄCYMI Z ODRĘBNYCH PRZEPISÓW

3.1 Wykaz aktów prawnych aktualnych lub dotychczasowych (w zakresie wiedzy technicznej) oraz inne dokumenty (...) 138. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1518) wraz z: (...) WR-M-11 "Wytyczne projektowania elementów powiązania drogowych obiektów inżynierskich z terenem i drogą", (...) 5.4.2. Pochylenia podłużne

(1) Pochylenie niwelety na obiekcie mostowym lub w tunelu (i) powinno wynikać z niwelety przyjętej dla drogi, w ciągu której obiekt się znajduje. (...)

6) Dodatkowo niweleta powinna spełniać wymagania polegające na:

- a) wyeliminowaniu krzywych wklęsłych oraz wklęsłych załamania niwelety, skutkujących lokalizacją najniższego punktu niwelety na obiekcie mostowym lub w tunelu,
- b) umieszczeniu najniższego punktu krzywej wklęsłej niwelety w odległości nie mniejszej niż 20 m od końca pomostu obiektu mostowego lub końca tunelu,
- c) w obiektach miejskich, w których jest zapewnione odprowadzenie wody opadowej do ogólnospławnej kanalizacji deszczowej, dopuszcza się zmniejszenie odległości, o której mowa w lit.

b, do 5 m."6) Dodatkowo niweleta powinna spełniać wymagania polegające na: a) wyeliminowaniu krzywych wklęsłych oraz wklęsłych załamania niwelety, skutkujących lokalizacją najniższego punktu niwelety na obiekcie mostowym lub w tunelu, b) umieszczeniu najniższego punktu krzywej wklęsłej niwelety w odległości nie mniejszej niż 20 m od końca pomostu obiektu mostowego lub końca tunelu, c) w obiektach miejskich, w których jest zapewnione odprowadzenie wody opadowej do ogólnospławnej kanalizacji deszczowej, dopuszcza się zmniejszenie odległości, o której mowa w lit. b, do 5 m."

"3.2 Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad aktualne lub dotychczasowe (w zakresie wiedzy technicznej) Wykonawca zobowiązany jest do realizacji zamówienia zgodnie z Zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad obowiązującymi na dzień podpisania umowy. Przedstawiony wykaz Zarządzeń Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad określa obowiązujące Wykonawcę uwarunkowania oraz wymagania dotyczące zakresu zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany wypełnić wszelkie wymagania określone w poniższych aktach, a w szczególności wymagania dotyczące projektowania i wykonywania inwestycji (...) 6. Dokument techniczny w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym - nieobowiązujące zarządzenie Nr 8 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym: 4.2. **PODZIAŁ I CHARAKTERYSTYKA METOD WZMACNIANIA PODŁOŻA** W tablicy 1 zestawiono większość stosowanych metod wzmocnienia podłoża gruntowego oraz ich podstawową charakterystykę. W tablicy 2 podano zalecenia dotyczące stosowania metod wzmocnienia podłoża organicznych i mineralnych, w zależności od rodzaju i właściwości podłoża. W tablicy 3 podano zalecenia w odniesieniu do podłoża z gruntów antropogenicznych. W tablicy 4 zestawiono zastosowania geosyntetyków do wzmocnienia podłoża. Dane te mogą służyć do wstępnego przeglądu i wyboru metod, które mogą być rozpafiywane przy wykonywaniu konkretnego zadania budowlanego.

Tablica 1. Ogólna charakterystyka metod wzmacniania

Metoda	Zasada zabiegu	Przydatne w gruntach:	Zalecana głębokość zabiegu	Potrzebne materiały
--------	----------------	-----------------------	----------------------------	---------------------

/ Stabilizacja chemiczna spoiwami: mieszanie gruntu ze spoiwem i wodą zagęszczanie, Przydatne w gruntach nieorganicznych takich jak: żwiry, piaski, pyły, gliny, ily o wL<60%, grunty bez kamieni >100mm.

Zgodnie z SWZ: TOM I IDW:

16. "OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY

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

1) Wykaz płatności (Tom IV SWZ);

2) Formularz "Kryteria pozacenowe"

Niezłożenie Formularza "Kryteria pozacenowe" nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty."

Załącznik do SWZ: "Opis sposobu obliczenia Ceny Oferty":

"Wykonawca powinien dokładnie przestudiować wszystko, co zostało zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia, aby przygotować swoją propozycję Ceny Oferty (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej), będąc w pełni świadomym, że nie będzie ona podlegała zmianom w czasie trwania Kontraktu, z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w Kontrakcie.

Cena Oferty określa całkowitą cenę, za którą Wykonawca zgodnie z Kontraktem wykona przedmiot zamówienia obejmujący rezultaty rzeczowe określone w Programie FunkcjonalnoUżytkowym wraz z załącznikami.

W Cenie Oferty Wykonawca uwzględni wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia, to jest Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości a w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki zgodnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy.

Cena Oferty jest ceną ryczałtową i zostanie wyliczona przez Wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów ryczałtowanych, zawartych w niniejszym Wykazie Płatności."

Odwołujący w ofercie oświadczył: "1. SKŁADAMY OFERTĘ na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania (SWZ). 2.

OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. (...) 12. OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego."

Pismem z dnia 18 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy pzp: "W celu weryfikacji Państwa Oferty pod kątem jej zgodności ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, prosimy o wyjaśnienie czy Państwa Oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, Specyfikacjach na Projektowanie oraz WWiORB, a także prosimy o potwierdzenie, że w cenie Oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją czynności wymienionych m.in. w poniższych punktach. Wyjaśnienia i przyjęte do sporządzenia Oferty założenia powinny w szczególności dotyczyć poniższych kwestii: (...)

13. Czy Wykonawca przewiduje zmianę niwelety trasy głównej drogi ekspresowej S17 w stosunku do niwelety określonej w Koncepcji Programowej - wariant po KOPI (patrz TOM V SWZ)? Jeżeli tak prosimy o wskazanie w jakim zakresie oraz jakie założenia Wykonawca przyjął w Ofercie? (...)

29. Prosimy o wskazanie ujętych w cenie Oferty obiektów inżynierskich, z określeniem lokalizacji obiektu, typu obiektu (wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt itp.), klasy obciążenia, wskazanie długości obiektu, szerokości i rodzaju konstrukcji oraz sposobu posadowienia obiektu. (...)

45. Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w Ofercie koszty związane z wymogiem wzmocnienia podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp? (...)

90. Czy wykonawca w ramach kontraktu zakłada optymalizację rozwiązań projektowych ujętych w Koncepcji Programowej, jeżeli tak, to w jakim zakresie? (...)"

W dniu 2 sierpnia 2023 r. Wykonawca udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego na wstępie wskazując:

"Deklaracje ofertowe dotyczące zobowiązania do spełnienia zapisów SWZ

W zakresie niniejszych wyjaśnień, podkreślenia jako okoliczność kluczowa wymaga, że Wykonawca składając ofertę w niniejszym postępowaniu:

* zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania (SWZ) oraz wszelkimi innymi wymaganiami wynikającymi z dokumentów udostępnionych przez Zamawiającego - całą dokumentacją postępowania (w tym SWK, GJ, PFU, ST, WWiORB itp.) i z obowiązujących przepisów;

* zapoznał się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznaje się za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania;

* zobowiązał się do wykonania zamówienia w terminie narzuconym przez Zamawiającego;

* zaoferował za wykonanie zamówienia cenę ryczałtową uwzględniającą ryzyka mogące wyniknąć przy realizacji zamówienia, zgodnie z dokumentacją przetargową;

* miał na względzie, że przedmiotowe postępowanie realizowane jest w formule "projektuj i buduj", z czego wynikają określone dla Wykonawcy konsekwencje, czy to na etapie składania ofert, czy też następnie realizacji zamówienia.

Wszystkie zobowiązania Wykonawcy, w szczególności te określone powyżej, pozostają aktualne i żadna z części poniższych wyjaśnień nie może zostać uznana za sprzeczną z powyższymi deklaracjami. Jeżeli którekolwiek z wyjaśnień Wykonawcy wzbudzi wątpliwość Zamawiającego, Wykonawca wskazuje, iż jego intencją było i jest zachowanie pełnej zgodności z powyższymi oświadczeniami, a ewentualne rozbieżności, które w ocenie Zamawiającego mogłyby się pojawić, najprawdopodobniej są wyłącznie wynikiem błędnego odczytania przekazanych w niniejszym piśmie treści. Stąd, o ile w ogóle taka sytuacja zaistnieje, w ocenie Wykonawcy powinien on zostać wezwany do wyjaśnienia swoich oświadczeń.

Jednocześnie Wykonawca zaznacza, że poniższe odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego nie stanowią modyfikacji treści, ani uzupełnienia złożonej przez Wykonawcę oferty, ani tym bardziej nie są "zaproszeniem" do negocjacji jej treści. Stanowisko to jest zgodne z przyjętym przez Krajową Izbę Odwoławczą zapatrywaniem, iż "nie jest prawnie dopuszczalne dokonywanie zmiany treści oferty mocą dokonanych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.). Instytucja określona w powołanym wyżej przepisie ma na celu dokonanie wyjaśnień oświadczeń wiedzy lub woli wykonawców, które mają istotne znaczenie między innymi w aspekcie oceny zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zatrudnienia" (wyrok aktualny również w obecnym stanie prawnym).

Charakter złożonych wyjaśnień w zakresie koncepcji i założeń Następnie należy podnieść, że przekazywane poniżej przez Wykonawcę wyjaśnienia, zwłaszcza w kontekście rozwiązań technicznych lub projektowych, stanowią przedmiot założeń Wykonawcy na potrzeby określenia ceny ryczałtowej na wykonanie zamówienia. Część z tych założeń jako zarysy koncepcji projektowych, których wykonanie stanowi obowiązek kontraktowy Wykonawcy zgodnie z Kontraktem, będą podlegały zatwierdzeniu Zamawiającego i zostaną zastosowane, jeżeli uzyskają taką akceptację. Z tego też tytułu (konieczności uzyskania akceptacji Zamawiającego, przynajmniej dla pewnych rozwiązań), a także zastrzeżeń samego Zamawiającego o konieczności przyjęcia pewnych rozwiązań na potrzeby ofertowania, poniższe wyjaśnienia należy traktować jako zarysy i założenia ofertowe, nie zaś jako ostateczne deklaracje podlegające wykonaniu.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Na przykład w wyroku KIO z dnia 21 grudnia 2021 r., KIO 2574/17, KIO 2576/17, czytamy: "wykonawcy nie mieli obowiązku przedstawienia w ofercie koncepcji wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że na etapie składania ofert nie musieli mieć gotowych wszystkich i niezmiennych założeń tej koncepcji - mogli ograniczyć się właśnie do wstępnej, niedopracowanej w szczegółach, wersji służącej do wyceny ofert. Koncepcja ta, co najmniej do chwili zatwierdzenia projektu budowlanego przez odpowiednie organy budowlane albo innego momentu określonego w umowie z zamawiającym, może więc być dowolnie zmieniana m.in. w celu spełnienia wszystkich wymogów Zamawiającego - przynajmniej, póki jej realizacja mieści się we wskazanej cenie (podobnie np.: wyrok KIO 2587/22)." (...)

Odp. na pyt. 9: "Wykonawca przewiduje zmianę niwelety trasy głównej drogi ekspresowej S17 w stosunku do niwelety określonej w Koncepcji Programowej - wariant po KOPI (patrz TOM V SWZ) w zakresie i przy założeniu wykonania zamówienia, w tym niwelety, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie i przy założeniu wykonania zamówienia, w tym niwelety, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa."

Odp. na pyt. 29: "Założenia dotyczące obiektów inżynierskich o które dopytuje Zamawiający prezentuje tabela Nr 1 zawarta w załączniku Nr 4." Załącznik Nr 4. do wyjaśnień Tabela nr 1. / Odp. na pyt. 45: "Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w Ofercie koszty związane z wymogiem wzmocnienia podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp. W ofercie uwzględniono koszty wzmocnienie podłoża w szczególności w postaci:

- stabilizacji powierzchniowej / przesuszanie gruntów w podstawie nasypu,
- dodatkowej stabilizacja z uwagi na grunty plastyczne bezpośrednio pod konstrukcją,
- warstwy wyrównawczej z gruntu niewysadzinowego,
- wymiany gruntu gruntem niespoistym,
- przypowierzchniowego zagęszczania,
- materaców
- kolumn,
- wzmocnienia skarp wykopu.

Koszty ww. elementów Wykonawca skalkulował na podstawie własnego doświadczenia w realizacji podobnych zadań oraz rozeznania rynku."

Odp. na pyt. 90: "Wykonawca w ramach kontraktu zakłada modyfikację rozwiązań projektowych ujętych w Koncepcji Programowej, w tym głównie niwelety, w zakresie, w jakim jest to zgodne z PFU, a przede wszystkim wynika z obowiązujących (zmienionych) przepisów budowlanych. Szczegółowe rozwiązania projektowe zostaną wykonane przez Wykonawcę i przedłożone do akceptacji Zamawiającego zgodnie z Warunkami Kontraktu."

Pismem z dnia 10 sierpnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie przez Odwołującego dodatkowych wyjaśnień:

7. "Obiekty inżynierskie (dot. pytania nr 29). W odpowiedzi na pytanie nr 29 Wykonawca wskazał, iż m.in. wycenił obiekt w k.m. 10+054,83 (typ obiektu: PP) o szerokości 5,70 m

(w Protokole KOPI nr 8/2022 z dnia 18 marca 2022 r. - przewidziano obiekt o szerokości 37,71 m). Z uwagi na powyższe Zamawiający zwraca się do Wykonawcy z wnioskiem o potwierdzenie/wyjaśnienie czy wskazany obiekt inżynierski, przy parametrach jakie przyjęto przy sporządzaniu Oferty, będzie pozwalał na pokonanie przeszkód opisanych w Tabeli nr 1.1. (pkt 1.1.3.3 PFU) przy jednoczesnym zachowaniu odpowiednich wymogów określonych w SWZ oraz w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej, w tym w zakresie pkt 1.1.3 PFU "Wszystkie elementy drogi oraz obiektów inżynierskich (między innymi fundamenty, przyczółki i podpory obiektów), a także infrastrukturę drogową oraz związaną z drogą należy lokalizować poza liniami rozgraniczającymi "tereny zamknięte". Jeśli postanowienia PFU nie określają wymagań, należy stosować parametry dla warunków standardowych określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (138)."

W dniu 29 sierpnia 2023 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na pytania:

Odp. na pyt. 7: "Odpowiadając na powyższe pytanie należy przede wszystkim podkreślić, iż wskazany przez Zamawiającego obiekt PP w k.m. 10+054,83 posiada w przekroju poprzecznym szerokość około 5,70 m, tj. rozpiętość zgodnie z opisem w tabeli 15 Protokołu KOPI nr 8/2022 z dnia 18 marca 2022 r. (w stosunku do osi podłużnej obiektu). W przypadku gdy rozpatrujemy wymiar obiektu w stosunku do osi podłużnej drogi ekspresowej, jego szerokość przewiduje się na około 37,71 m. Natomiast w podanej przez Wykonawcę odpowiedzi na pytanie nr 29 wskazana została szerokość obiektu w przekroju poprzecznym, nie zaś w stosunku do osi podłużnej drogi ekspresowej, tak jak to wskazano w protokole KOPI nr 8/2022 z dnia 18 marca 2022 r. (która z perspektywy Wykonawcy rozumiana była jako długość obiektu). Zakładany przez Wykonawcę kwestynny obiekt posiada tym samym wymiary zgodne ze wskazanym protokołem KOPI. Tym samym Wykonawca potwierdza, że wskazany obiekt inżynierski przy parametrach, jakie przyjęto przy sporządzaniu oferty, będzie pozwalał na pokonanie przeszkód opisanych w Tabeli nr 1.1. (pkt 1.1.3.3 PFU) przy jednoczesnym zachowaniu odpowiednich wymogów określonych w SWZ oraz w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej, w tym w zakresie pkt 1.1.3 PFU.

Dla przywołanego przez Zamawiającego obiektu PP w k.m. 10+054,83 w tabeli 1.1 w kolumnie nr 4 Parametry funkcjonalne przeszkód wskazano wymaganą szerokość 4,0m, natomiast w kolumnie nr 3 jako kolizję wskazano ciąg pieszy, w koncepcji Programowo Przestrzennej, która nie jest materiałem wiążącym zaprojektowano ramę żelbetonową zamkniętą o świetle poziomym 4,0m. W związku z powyższym Wykonawca potwierdza, że wskazany obiekt inżynierski, przy parametrach jakie przyjęto przy sporządzaniu Oferty, będzie pozwalał na pokonanie przeszkód opisanych w Tabeli nr 1.1. (pkt 1.1.3.3 PFU) przy jednoczesnym zachowaniu odpowiednich wymogów określonych w SWZ oraz w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa i zasadami wiedzy technicznej, w tym w zakresie pkt 1.1.3 PFU "Wszystkie elementy drogi oraz obiektów inżynierskich (między innymi fundamenty, przyczółki i podpory obiektów), a także infrastrukturę drogową oraz związaną z drogą należy lokalizować poza liniami rozgraniczającymi "tereny zamknięte". Jeśli postanowienia PFU nie określają wymagań, należy stosować parametry dla warunków standardowych określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (138)."

Pismem z dnia 1 września 2023 r. Zamawiający zwrócił się w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie przez Odwołującego dodatkowych wyjaśnień:

Pyt. 1 lit. a: "Na jakim poziomie w zaokrągleniu do 10 tys. m³ kształtuje się bilans robót ziemnych - ilości wykopów i nasypów? Prosimy o przedłożenie przyjętego przez Wykonawcę wyceny Oferty profilu podłużnego trasy głównej wraz z lokalizacją obiektów inżynierskich.

2. Wzmocnienie podłoża gruntowego (dot. odpowiedzi na pytanie nr 45 do Oferty w piśmie z dnia 2 sierpnia 2023 r. znak: 02/S17/S1/CA/GDDKiA) W odpowiedzi na pytanie do Oferty nr 45 w piśmie znak: 02/S17/S1/CA/GDDKiA z dnia 2 sierpnia 2023 r. Wykonawca potwierdził, że: "uwzględnił w Ofercie koszty związane z wymogiem wzmocnienia podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp. W ofercie uwzględniono koszty wzmocnienia podłoża w szczególności w postaci: (...)

Zważywszy na powyższe, prosimy o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień Wykonawcy:

a) Jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg z Koncepcji Programowej), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego.

b) Na jakim poziomie w zaokrągleniu do 10 tys. m³ kształtuje się łączna kubatura gruntów nienośnych przyjęta do wykonania wzmocnień podłoża, obliczona na podstawie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej?"

W dniu 8 września 2023 r. Wykonawca udzielił odpowiedzi wskazując na wstępie:

"Na wstępie, przed odpowiedzią na poszczególne pytania Zamawiającego, Wykonawca pragnie zaznaczyć, iż przedstawione poniżej wstępne założenia zostały przygotowane na etapie sporządzania oferty i kalkulacji oferowanego wynagrodzenia, które ma charakter ryczałtowy. Wykonawca przyjmując ww. założenia bazował na danych przekazanych przez Zamawiającego oraz własnym doświadczeniu w zakresie niezbędnym do prawidłowej kalkulacji ofertowej. Z uwagi jednak na to, że zamówienie będzie realizowane w formule "zaprojektuj i zbuduj", szczegółowe dane w zakresie, o który dopytuje Zamawiający, będą wynikały z zaprojektowanych i zatwierdzonych przez Zamawiającego zgodnie z warunkami umowy opracowań projektowych. W szczególności dotyczy to technologii, lokalizacji, rodzaju materiałów, profilów projektowych itp. W związku z powyższym podane przez Wykonawcę w poniższych wyjaśnieniach informacje mają charakter wstępnych założeń, które mogą ulec zmianom na etapie realizacji przedmiotu umowy.

a) Do swojej oferty Wykonawca wstępnie przyjął poniższy bilans robót ziemnych oraz robót w zakresie GWN, zasypek i stożków nasypowych: - wykopy razem około 1,320 mln m³ - nasyp razem około 1,160 mln m³

Jednocześnie Wykonawca przedkłada w załączeniu wstępnie zakładany profil podłużny trasy głównej wraz z lokalizacją obiektów. (rysunek załącznik 2.1., 2.2., 2.3. do wyjaśnień).

ODPOWIEDŹ:

a) Wykonawca wskazuje zasadnicze technologie oraz lokalizację miejsc wzmocnień podłoża gruntowego, które wstępnie założono w Ofercie w załączonej tabeli nr 1. Poniżej przedstawiono tabelaryczne zestawienie (legendę) rodzaju wzmocnień podłoża gruntowego, jakie mogą być zastosowane:

Typ	Rodzaj wzmocnienia podłoża gruntowego
TYP 1a	stabilizacja powierzchniowa/ przesuszanie gruntów w podstawie nasypu
TYP 1b	warstwa stabilizacji na skale/marglach
TYP 1c	dodatkowa stabilizacja z uwagi na grunty plastyczne bezpośrednio pod konstrukcją

TYP 1d	warstwa wyrównawcza z gruntu niewysadzinowego
TYP 2a	wymiana gruntu gruntem niespoistym
TYP 3a	materac wzmacniający fd 100 gr. 30cm
TYP 4	przypowierzchniowe zagęszczanie
TYP 5	kolumny
TYP 7	wzmocnienie nasypu "sandwich" - warstwa z gruntu stabilizowanego
TYP 8	wzmocnienie skarp

Łączna kubatura gruntów nienośnych przyjęta do wykonania wzmocnień podłoża, obliczona na podstawie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, obejmująca przede wszystkim wymianę gruntów i kolumny CMC, to około 370 tys. m³. Pozostałe typy wzmocnienia gruntu są zasadniczo powierzchniowe i określone są w m²."

Załącznik nr 1 do pisma:

Tabele, w tym m.in.

od	do	TYP wzmocnienia
TG		
00+040	00+135	1b
01+505	01+560	1b
01+575	01+810	1b
01+810	02+155	1b
02+710	02+805	1b
02+805	02+950	1b
04+560	04+590	1b
05+270	05+355	1b
12+390	12+490	1b
12+930	13+320	1b
13+565	13+600	1b
DG109641L		
00+000	00+070	1b
DW838		
00+210	00+362	1b
w. Fajslawice L01		
00+170	00+327	1b
w. Fajslawice L02		
00+160	00+322	1b
w. Fajslawice L04		
00+000	00+110	1b
w. Łopiennik L01		
00+000	00+160	1b
w. Łopiennik L03		
00+070	00+120	1b
DG109602L		

/ Pismem z dnia 12 września 2023 r. Zamawiający zwrócił się w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie przez Odwołującego dodatkowych wyjaśnień:

1. "Wzmocnienie podłoża gruntowego (dot. odpowiedzi na pytanie nr 2 do Oferty w piśmie z dnia 8 września 2023 r. znak: 05/S17/S1/CA/GDDKiA) W odpowiedzi na pytanie do Oferty nr 2 w piśmie znak: 05/S17/S1/CA/GDDKiA z dnia 8 września 2023 r. Wykonawca wskazał "zasadnicze technologie oraz lokalizację miejsc wzmocnień podłoża gruntowego, które wstępnie założono w Ofercie w załączonej tabeli nr 1." Zważywszy na powyższe, prosimy o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień: a) Czy Wykonawca uwzględnił w cenie Oferty ryzyko ewentualnej zmiany technologii wzmocnienia podłoża trasy głównej oraz

ewentualnego wzmocnienia podłoża trasy głównej w innych lokalizacjach niż wskazał w załączniku nr 1 (Tabela nr 1) do pisma znak: 05/S17/S1/CA/GDDKIA z dnia 8 września 2023 r. wynikających z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej?"

W dniu 14 września 2023 r. Wykonawca udzielił odpowiedzi:

"Tak, Wykonawca uwzględnił w cenie Oferty ryzyko ewentualnej zmiany technologii wzmocnienia podłoża trasy głównej oraz ryzyko ewentualnego wzmocnienia podłoża trasy głównej w innych lokalizacjach niż wskazał w piśmie znak: 05/S17/S3/CA/GDDKIA z dnia 8 września 2023 r. wynikających z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, zgodnie z dokumentacją Postępowania, w tym Warunkami Kontraktu (projektowane postanowienia umowy - Tom II SWZ)."

Zgodnie z informacją z dnia 9 stycznia 2024 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp wskazując: "Uzasadnienie faktyczne:

1) Niezgodne z Programem Funkcjonalno- Użytkowym (PFU) założenia profilu podłużnego trasy głównej S17 na obiekcie 10+156_ES Zamawiający pismem z dnia 1 września 2023 r. (pismo znak: O/LU.D-3.2410.9.2022.38.MC) zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści Oferty i wskazanie założeń / rozwiązań technicznych przyjętych do sporządzenia Oferty. W zawartym wezwaniu Zamawiający w pytaniu nr 1 oczekiwał przedłożenia "przyjętego przez Wykonawcę do wyceny Oferty profilu podłużnego trasy głównej wraz z lokalizacją obiektów inżynierskich." Wykonawca w swojej odpowiedzi (w załączniku do pisma znak: 05/S17/S1/CA/GDDKIA z dnia 8 września 2023 r.) przedłożył profil podłużny trasy głównej wraz z lokalizacją obiektów. W załączniku tym (zał. 2.2) przedłożono przyjętą do Oferty niweletę na obiekcie 10+156_ES: Z przedłożonego przekroju podłużnego trasy głównej S17 jednoznacznie wynika, że Wykonawca przyjął rozwiązanie projektowe, w którym na obiekcie 10+156_ES (obiekt od k.m. ok. 10+160,00 do k.m. ok. 10+730,15) został zaprojektowany najniższy punkt krzywej wklęsłej zlokalizowany w k.m. ok. 10+200,00. Wykonawca przyjął rozwiązania projektowe, które nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego. W dokumentach zamówienia określono bowiem, że wymaga się rozwiązań projektowych niwelety drogi ekspresowej eliminujących lokalizację krzywych wklęsłych oraz wklęsłych załamań niwelety, skutkujących umiejscowieniem najniższego punktu niwelety na obiekcie mostowym (najniższy punkt krzywej wklęsłej niwelety należy umieścić w odległości nie mniejszej niż 20 m od końca pomostu obiektu mostowego). Wymaganie to zostało wyartykułowane przez Zamawiającego w punkcie 1.1 PFU: "W zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania drogi ekspresowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w następującej kolejności: 1. wymagania określone w PFU wraz z załącznikami, 2. obowiązujące przepisy prawa, 3. Wzorcami i Standardami (WiS) ministra właściwego ds. Transportu wymienione w PFU (3.1 poz. 138) 4. zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (3.2), 5. w sprawach nieuregulowanych w pkt 1-4 zastosowanie ma wiedza techniczna zawarta w: (3),

4, 9) o ile nie stoi w sprzeczności z ww." Mając na uwadze ww. zapis, w punkcie 3.1 poz. 138 PFU został wskazany WR-M 11 "Wytyczne projektowania elementów powiązania drogowych obiektów inżynierskich z terenem i drogą", w którym w punkcie 5.4.2 zapisano: "6) Dodatkowo niweleta powinna spełniać wymagania polegające na:

a) wyeliminowaniu krzywych wklęsłych oraz wklęsłych załamań niwelety, skutkujących lokalizacją najniższego punktu niwelety na obiekcie mostowym lub w tunelu,

b) umieszczeniu najniższego punktu krzywej wklęsłej niwelety w odległości nie mniejszej niż 20 m od

konca pomostu obiektu mostowego lub konca tuneiu,

c) w obiektach miejskich, w których jest zapewnione odprowadzenie wody opadowej do ogólnospławnej kanalizacji deszczowej, dopuszcza się zmniejszenie odległości, o której mowa w lit.

b, do 5 m." Jednocześnie wskazać należy, że zastosowane przez Wykonawcę rozwiązanie projektowe wpływa na przyjętą do Oferty wycenę m.in. takich asortymentów robót jak roboty ziemne, odwodnienie, konstrukcję obiektu. Wykonawca przyjmując w Ofercie niedopuszczone przez Zamawiającego rozwiązania projektowe, postąpił wbrew wymaganiom warunków zamówienia.

2) Niedopuszczona przez PFU technologia wzmocnienia podłoża Zamawiający pismem z dnia 1 września 2023 r. (pismo znak: O/LU.D-3.2410.9.2022.38.MC) zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści Oferty oraz wskazanie założeń / rozwiązań technicznych przyjętych do sporządzenia Oferty. W zawartym wezwaniu Zamawiający w pytaniu nr 2 oczekiwał wskazania "jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg z Koncepcji Programowej), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego." Wykonawca w swojej odpowiedzi (pismo znak: 05/S17/S1/CA/GDDKIA z dnia 8 września 2023 r.) wskazał " (...) zasadnicze technologie oraz lokalizację miejsc wzmocnień podłoża gruntowego, które wstępnie założono w Ofercie w załączonej tabeli nr 1. Poniżej przedstawiono tabelaryczne zestawienie (legendę) rodzaju wzmocnień podłoża gruntowego, jakie mogą być zastosowane: W załączniku nr 1 do pisma znak: 05/S17/S1/CA/GDDKIA podano technologię wzmocnienia gruntu poprzez stabilizację na skale/marglach i jej lokalizację: Wykonawca jednoznacznie wskazał, że jako jedną z technologii wzmocnienia podłoża pod posadowienie korpusu drogi zamierza zastosować warstwę stabilizacji na skale/marglach. Ww. technologia wzmocnienia podłoża nie została dopuszczona przez Zamawiającego dla wskazanego w ww. lokalizacjach w DGI rodzaju gruntu. Wymaganie to zostało wyartykułowane przez Zamawiającego w punkcie 3.2 PFU, w którym zapisano, że "(...) Przedstawiony wykaz Zarządzeń Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad określa obowiązujące Wykonawcę uwarunkowania oraz wymagania dotyczące zakresu zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany wypełnić wszelkie wymagania określone w poniższych aktach, a w szczególności wymagania dotyczące projektowania i wykonywania inwestycji." W związku z powyższym, do dokumentów przetargowych został załączony dokument techniczny w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym - zarządzenie Nr 8 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym, które stanowi element opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Tablicą 1 ww. wytycznych metoda wzmocnienia podłoża gruntowego poprzez stabilizację gruntu spoiwami stosowana jest w gruntach nieorganicznych takich jak: żwiry, piaski, pyły, gliny, ły o $wL < 60\%$. Jednocześnie do zastosowania ww. metody nie mogą być zastosowane grunty zawierające kamienie $> 100\text{mm}$. Przyjęta do Oferty przez Wykonawcę technologia wzmocnienia podłoża tj. stabilizacja na skale/marglach, nie jest dopuszczona dla wskazanego w DGI rodzaju gruntu. Wskazane powyżej rozwiązania projektowe przyjęte przez Wykonawcę nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego. W PFU określono bowiem, że w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać wzmocnienie podłoża gruntowego w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych z uwzględnieniem właściwości gruntów, skał i materiałów, w tym materiałów antropogenicznych (nasypów niekontrolowanych); wartości granicznych odkształceń oraz wymagań określonych w polskich normach. Wymaganie to zostało wyartykułowane przez Zamawiającego w punkcie

1.1.1 ppkt. 29) PFU: "Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty: 29) wzmocnienie podłoża gruntowego i zapewnienie stateczności skarp wykopów i nasypów w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych, z uwzględnieniem: właściwości gruntów, skał i materiałów, w tym materiałów antropogenicznych (nasypów niekontrolowanych); przewidywanych oddziaływań, które mogą być przyłożonymi obciążeniami (należy przyjmować obciążenie od pojazdów samochodowych równomiernie rozłożone o wielkości 25 KPa) lub zadanymi przemieszczeniami (np. spowodowanymi ruchami podłoża); wartości granicznych odkształceń; wymagań określonych w polskich normach; właściwości nasypów niekontrolowanych spowodowanych działalnością człowieka takich jak wyrobiska kopalni kruszyw, nielegalne składowiska odpadów wraz z ich rekultywacją." Reasumując, przyjęta przez Wykonawcę technologia wzmocnienia podłoża pod posadowienie korpusu drogi ekspresowej jako warstwa stabilizacji na skale/marglach, z uwagi na podatność margli na pęcznienie i rozmakanie, nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w SWZ.

Wykonawca przyjmując w Ofercie niedopuszczone przez Zamawiającego rozwiązania projektowe, postąpił wbrew wymaganiam warunków zamówienia. W konsekwencji złożona przez Wykonawcę Oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu, jak wykazano powyżej."

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 stycznia 2024 r., a dotyczące niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była niezasadna z kilku powodów.

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba ocenia prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności w oparciu o uzasadnienie tych czynności, postanowienia SWZ oraz dokumenty i wyjaśnienia składane przez Odwołującego w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego odrzucenia jego oferty za wskazane w uzasadnieniu decyzji niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. W tym kontekście Izba zauważa, że Odwołujący przyjął konstrukcję zarzutów wobec powyższej czynności dzieląc je na prawne i techniczne, niemniej jednak Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego uznając ją za nieprawidłową. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp odwołanie zawiera: "wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności."

Niewątpliwie na zarzut składają się właśnie podnoszone przez Odwołującego okoliczności faktyczne i prawne względem kwestionowanej czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Podkreślenia wymaga, że Izba jest związana zarzutami odwołania względem zaskarżanej czynności i rozstrzyga spór w konkretnym stanie faktycznym. W ocenie Izby konstrukcja zarzutów w przedmiotowym odwołaniu i ich podział na prawne i techniczne ma charakter "sztuczny", gdyż zarzuty te są ze sobą związane i w istocie stanowią jeden zarzut oparty na określonych okolicznościach prawnych i faktycznych. Jak już zostało zaakcentowane Izba nie dokonuje ocen natury ogólnej, doktrynalnej, ale oceny konkretnej czynności Zamawiającego w danym stanie faktycznym. Zważywszy, że zarzuty odwołania dotyczą czynności odrzucenia oferty Odwołującego za niezgodność treści oferty z warunkami

zamówienia, rozstrzygając spór Izba ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego poprzez analizę dokumentów zamówienia oraz treści oferty i wyjaśnień Odwołującego składanych w postępowaniu zarówno pod względem prawnym jak i technicznym. Stąd zdaniem Izby Odwołujący postawił w istocie jeden zarzut, który zasługiwał na uwzględnienie.

Podkreślić należy, że zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: "1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia." Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: "Ilekczoć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia - należy przez to 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."

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 r., sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazania wymaga, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bazując na dwóch okolicznościach, które w jego ocenie stanowiły niezgodność z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że przedmiotem rozważań Izby co do wykazywanych niezgodności nie jest czynność wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp i ocena jego zasadności i słuszności, ale czynność odrzucenia oferty. Niewątpliwie Odwołujący nie zakwestionował czynności wezwania w ww. trybie. Co do zasady złożone wyjaśnienia stanowią więc treść oferty wykonawcy w sytuacji, gdy czynność wezwania nie została przez niego podważona. Istotna pozostaje więc analiza treści złożonych wyjaśnień, ich charakter oraz sposób udzielania odpowiedzi na pytania Zamawiającego.

Odnosząc się do pierwszej wykazywanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty niezgodności to Zamawiający wskazał, że: "Z przedłożonego przekroju podłużnego trasy głównej S17 jednoznacznie wynika, że

Wykonawca przyjął rozwiązanie projektowe, w którym na obiekcie 10+156_ES (obiekt od k.m. ok. 10+160,00 do k.m. ok. 10+730,15) został zaprojektowany najniższy punkt krzywej wklęsłej zlokalizowany w k.m. ok. 10+200,00. Wykonawca przyjął rozwiązania projektowe, które nie zostały dopuszczone przez Zamawiającego. W dokumentach zamówienia określono bowiem, że wymaga się rozwiązań projektowych niwelety drogi ekspresowej eliminujących lokalizację krzywych wklęsłych oraz wklęsłych załamań niwelety, skutkujących umiejscowieniem najniższego punktu niwelety na obiekcie mostowym (najniższy punkt krzywej wklęsłej niwelety należy umieścić w odległości nie mniejszej niż 20 m od końca pomostu obiektu mostowego)." Wymaganie, że najniższy punkt krzywej wklęsłej niwelety należy umieścić w odległości nie mniejszej niż 20 m od końca pomostu obiektu mostowego wynikało z PFU (pkt 1.1, 3.1. poz. 138 PFU, WR-M 11) i stanowiło okoliczność bezsporną między Stronami. Sporne natomiast pozostawało, czy Zamawiający na podstawie otrzymanych od Wykonawcy wyjaśnień był uprawniony wnioskować o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Zdaniem Izby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na ww. podstawie była niezasadna.

Izba zauważa, że Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień Wykonawcy w oparciu o przekazane przez Odwołującego w dniu 2 sierpnia 2023 r. Tabelę (założenia dotyczące obiektów inżynierskich) oraz w dniu 8 września 2023 r. rysunek (załącznik nr 2.2. do wyjaśnień - wstępnie zakładany profil podłużny trasy głównej wraz z lokalizacją obiektów.). Zdaniem Izby udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie pozwalały na uznanie, że treść oferty jest niezgodna z PFU. Zamawiający dokonał w tym zakresie interpretacji własnej otrzymanych danych na niekorzyść Wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że złożona Tabela dotycząca obiektów inżynierskich w poz. 12 wskazywała na wiadukt. Oznaczenie obiektu było jednak tożsame z oznaczeniem zawartym w dokumentach zamówienia. Natomiast zakładany profil podłużny trasy głównej wraz z lokalizacją obiektów przedstawiał na żółto obiekty inżynierskie (legenda), przy czym z rysunku nie wynika z jakich obiektów składa się obiekt inżynierski pokazany na rysunku, gdzie umiejscowiono najniższy punkt krzywej wklęsłej niwelety. Pomijając spór co do pojęć: "mostu", "wiaduktu", "obektu mostowego" czy "obektu inżynierskiego", a także interpretacji poszczególnych linii i rowów na rysunku podkreślić należy, że Wykonawca odpowiadał na pytanie dotyczące bilansu robót ziemnych i do odpowiedzi na to pytanie Zamawiający żądał przedstawienia profilu podłużnego trasy głównej wraz z lokalizacją obiektów inżynierskich. Izba zwraca uwagę, że Wykonawca nie złożył żadnych dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie, nie przedstawił pełnego opisu rozwiązania projektowego z precyzyjnymi danymi obiektów inżynierskich, tym samym Zamawiający stwierdził niezgodność w zakresie niedopuszczonego umiejscowienia najniższej wklęsłej niwelety na obiekcie mostowym nie dysponując kompletną dokumentacją projektową, która niewątpliwie będzie efektem przyszłej realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Izby nie można zgodzić się z Zamawiającym, że Wykonawca przyjął w ofercie niedopuszczone przez Zamawiającego rozwiązanie projektowe, ponieważ ostateczny i pełny projekt składający się nie tylko z Tabeli i rysunku, ale również szczegółowego opisu rozwiązania nie został Zamawiającemu przedstawiony i stanowi przedmiot przyszłego świadczenia Wykonawcy, każdorazowo podlegający akceptacji przez Zamawiającego. Odwołujący argumentował w odwołaniu, że ww. punkt niwelety został zlokalizowany na konstrukcji oporowej, która jest obiektem inżynierskim innym niż obiekt mostowy. Odwołujący nie oświadczył w wyjaśnieniach, że planuje zaprojektowanie najniższej krzywej wklęsłej niwelety na obiekcie mostowym, a okoliczność taka została wyinterpretowana przez

Zamawiającego i stanowiła zdaniem Izby nieuprawnioną podstawę odrzucenia oferty. Co więcej, przedstawione przez Wykonawcę dane stanowiły jedynie wstępne założenia i jak podkreślono wielokrotnie w wyjaśnieniach w przypadku wątpliwości co do treści udzielonych odpowiedzi Wykonawca oświadczał, że decydujące jest oświadczenie zawarte w ofercie, iż wykona zamówienie zgodnie z PFU i dokumentami zamówienia. Charakter i sposób przedstawienia wyjaśnień nie pozwalał na wnioskowanie o niezgodności treści oferty z SWZ. Jak już zostało podniesione, aby możliwe było odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi być pewna i oczywista, tym samym nie może to być niezgodność wyinterpretowana z treści niestanowiących pełnych danych o planowanym rozwiązaniu projektowym. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w przypadku postępowania w formule "zaprojektuj i wybuduj" wykonawca przyjmuje do ofertowania wstępne założenia w takim stopniu szczegółowości, który pozwala na prawidłową wycenę oferty kalkulując na odpowiednim poziomie ryzyko i mając na względzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Zważywszy, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał przedstawienia żadnych założeń projektowych czy koncepcji wraz z ofertą to stopień szczegółowości tych wstępnych założeń zależy od Wykonawcy i niekoniecznie musi odpowiadać wyobrażeniom Zamawiającego, które elementy są istotne i powinny zostać opracowane już na etapie składania ofert. Wykonawca przedstawił w wyjaśnieniach pewne dane niemniej jednak nie są to dane kompletne pozwalające na jednoznaczne stwierdzenie, że Wykonawca planuje zaprojektować najniższy punkt niwelety na obiekcie mostowym. Kompletne rozwiązanie projektowe będzie dopiero przedmiotem przyszłej umowy. Zdaniem Izby Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na ww. podstawie. Dodatkowo Izba zauważa odnośnie stwierdzenia Zamawiającego wynikającego z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, iż: "zastosowane przez Wykonawcę rozwiązanie projektowe wpływa na przyjętą do Oferty wycenę m.in. takich asortymentów robót jak roboty ziemne, odwodnienie, konstrukcję obiektu.", że Zamawiający nie stwierdził względem oferty Odwołującego rażąco niskiej ceny, nie kierował wezwania w tym zakresie, a odrzucenie oferty dotyczy niezgodności z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby również druga stwierdzona w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego niezgodność dotycząca technologii wzmocnienia podłoża nie znajduje odzwierciedlenia w wyjaśnieniach Odwołującego. Izba zauważa, że Zamawiający wywiódł niezgodność co do wzmocnienia podłoża z odpowiedzi Wykonawcy na pytanie "a) Jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg z Koncepcji Programowej), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego." W tym zakresie Odwołujący przedstawił w Tabeli nr 1 "zasadnicze technologie oraz lokalizację miejsc wzmocnień podłoża gruntowego, które wstępnie założono w Ofercie". Wykonawca przedstawił także legendę rodzaju wzmocnień podłoża gruntowego, jakie mogą być zastosowane, gdzie podał m.in. "warstwa stabilizacji na skale/marglach" TYP 1b. Zamawiający odrzucił ofertę wskazując: "zarządzenie Nr 8 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym, które stanowi element opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Tablicą 1 ww. wytycznych metoda wzmocnienia podłoża gruntowego poprzez stabilizację gruntu spoiwami stosowana jest w gruntach nieorganicznych takich jak: żwiry, piaski, pyły, gliny, łąy o wL<60%. Jednocześnie do zastosowania ww. metody nie mogą

być zastosowane grunty zawierające kamienie >100mm. Przyjęta do Oferty przez Wykonawcę technologia wzmocnienia podłoża tj. stabilizacja na skale/marglach, nie jest dopuszczona dla wskazanego w DGI rodzaju gruntu.

Decyzja Zamawiającego była niewłaściwa z kilku powodów.

W pierwszej kolejności należy za Odwołującym zaznaczyć, że przedstawiona przez Wykonawcę lista odcinków, na których Wykonawca założył wstępnie wzmocnienia stanowi jego założenia własne. Zamawiający nie odniósł się w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty do żadnego postanowienia dokumentów zamówienia, w których Zamawiający precyzowałby jaki rodzaj wzmocnienia na jakich odcinkach jest wymagany. Powyższe jest zdaniem Izby kluczowe dla stwierdzenia jakiegokolwiek niezgodności, która polega na porównaniu wyjaśnień z dokumentami zamówienia. Zważywszy, że dokumentacja nie precyzuje powyższego, a ostateczne ustalenia na jakich odcinkach, jakie wzmocnienie podłoża zostanie zastosowane będą miały miejsce na etapie projektowania po kompletnym rozpoznaniu geologicznym to niezgodność wskazana przez Zamawiającego nie występuje. Przyjęcie odmiennego zapatrywania mogłoby doprowadzić do kuriozalnej sytuacji odrzucenia oferty za wstępne przyjęcie rozwiązania niedopuszczonego dokumentami zamówienia - wzmocnienia podłoża na określonych odcinkach, które jednak na etapie realizacji nie będą wymagały wzmocnienia. Innymi słowy, Zamawiający odrzuci ofertę niezgodną z dokumentacją na etapie postępowania, która jednak na etapie projektowania mogłaby okazać się ofertą zgodną, gdyż wzmocnienia podłoża uznane za niedopuszczone nie będą w ogóle projektowane.

Dodatkowo Izba zauważyła, że Odwołujący w dniu 14 września 2023 r. na pytanie Zamawiającego: Czy Wykonawca uwzględnił w cenie Oferty ryzyko ewentualnej zmiany technologii wzmocnienia podłoża trasy głównej oraz ewentualnego wzmocnienia podłoża trasy głównej w innych lokalizacjach niż wskazał w załączniku nr 1 (Tabela nr 1) do pisma znak: 05/S17/S1/CA/GDDKIA z dnia 8 września 2023 r. wynikających z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej?" udzielił odpowiedzi: "Tak, Wykonawca uwzględnił w cenie Oferty ryzyko ewentualnej zmiany technologii wzmocnienia podłoża trasy głównej oraz ryzyko ewentualnego wzmocnienia podłoża trasy głównej w innych lokalizacjach niż wskazał w piśmie znak: 05/S17/S3/CA/GDDKIA z dnia 8 września 2023 r. wynikających z dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, zgodnie z dokumentacją Postępowania, w tym Warunkami Kontraktu (projektowane postanowienia umowy - Tom II SWZ)." Zarówno pytanie jak i odpowiedź Wykonawcy potwierdzają, że kwestie wzmocnienia podłoża są uwzględniane w ofercie jako wstępne założenia projektowe, które następnie na etapie realizacji mogą ulec zmianie i stanowią wkalkulowane w cenę oferty ryzyko Wykonawcy. W takiej sytuacji wyjaśnienia Wykonawcy mają charakter wstępny i zarysowy a nie ostateczny, który mógłby być podstawą do stwierdzenia niezgodności z warunkami zamówienia. Już z tych powodów decyzję o odrzuceniu oferty należało uznać za niezasadną.

Dalej podnieść należy, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności odwołuje się do zarządzenia Nr 8 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym (które zdaniem Izby jako wskazane w dokumentach zamówienia stanowi jego opis), wskazując na wytyczne dotyczące metody wzmocnienia podłoża gruntowego poprzez stabilizację gruntu spoiwami i na następujący fragment: "stosowana jest w gruntach nieorganicznych takich jak: żwiry, piaski, pyły, gliny, ily o wL<60%. Jednocześnie do

zastosowania ww. metody nie mogą być zastosowane grunty zawierające kamienie >100mm.", które to wytyczne dotyczą metody "stabilizacja chemiczna spoiwami". Pomijając, że Izba podziela stanowisko Odwołującego, że przedstawione wytyczne stanowią zbiór pewnych zaleceń a nie bezwzględnych wymagań to metoda ta nie jest tożsama z nazwą metody wskazanej przez Odwołującego jako typ 1b, czyli "warstwa stabilizacji na skale/marglach". Jak podnosił Odwołujący: "Wykonawca, mając na uwadze specyficzne właściwości margli, szczególnie ich podatność na pęcznienie i rozmakanie, przyjął do wyceny technologię wzmocnienia polegającą na wykonaniu na warstwie margli kolejnej (dodatkowej) warstwy stabilizacji z gruntu spełniającego odpowiednie wymagania." Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że Zamawiający dokonał własnej, w tym niekorzystnej dla Wykonawcy wykładni pojęcia zastosowanego w wyjaśnieniach: "warstwa stabilizacji na skale/marglach.", dodatkowo nie podając jednoznacznego postanowienia SWZ, z którym wyjaśnienia Wykonawcy miałyby być niezgodne. Nie można zatem zgodzić się z Zamawiającym, że Wykonawca planuje rozwiązanie projektowe niedopuszczone przez Zamawiającego.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się, a Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, dlatego też Izba nakazała unieważnienie tej czynności i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437 z późn. zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Członkowie:.....