

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku

przy udziale:

- A. wykonawcy Firma Budowlano - Drogowa MTM Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni,
- B. wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Spółka Akcyjna z siedzibą w Starogardzie Gdańskim,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1667/20

U z a s a d n i e

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Grodziszewo - węzeł Autostrady A1 Stanisławie, etap I Grodziszewo” (nr ref. 67/DZS/2019/PN/WRI). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 221-541154. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 20 lipca 2020 r. wykonawca Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie skutkujące uznaniem, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) i powinna zostać odrzucona, gdy tymczasem Odwołujący nie naruszył wymogu Zamawiającego odnośnie osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, o którym mowa w pkt. 4.5 Instrukcji dla Wykonawców („IDW”);

a w konsekwencji

2. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu. Ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący na wstępie opisał stan faktyczny, jaki miał miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia, omawiając również przebieg oraz wynik postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 520/20, w którym rozstrzygano kwestię użycia przez

Odwołującego sformułowania „konstrukcja bitumiczna” w kontekście powierzenia zakresu

2

zamówienia podwykonawcom do realizacji.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący podniósł, iż spór na obecnym etapie sprowadza się do interpretacji treści ujętej w punkcie 4.5 IDW. Zdaniem Odwołującego Zamawiający postanowił rozszerzyć na dalszym etapie postępowania powyższą definicję i zredefiniować zakres elementów ujętych w omawianym postanowieniu IDW. W treści wezwania do wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2020 r. postawił Odwołującemu nieznanym dotychczas wymóg osobistego wykonania warstw podbudowy zasadniczej z betonu cementowego C20/25 dla konstrukcji nawierzchni ciągu głównego z warstwą ścieralną kostki kamiennej (niebitumicznej). Powyższa konstrukcja nawierzchni jest częścią pierścienia przejezdnego ronda.

Odwołujący wskazał, iż według dokumentacji projektowej na ciąg główny DW nr 222 i 224 składają się trzy rodzaje konstrukcji nawierzchni (zestawienie zaczerpnięto z pisma Zamawiającego):

A. Nawierzchnia podatna DW222 (KR4) (według wyroku KIO sygn. akt: KIO 520/20 „konstrukcja bitumiczna”):

- warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm.
- warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 6 cm.
- warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 10 cm.
- warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 o gr. 22 cm,
- wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem.

B. Nawierzchnia podatna DW224 (KR3) (według wyroku KIO sygn. akt: KIO 520/20

„konstrukcja bitumiczna ”):

- warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm.
- warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 5 cm,
- warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 7 cm,
- warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 o gr. 22 cm,
- wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem.

C. Nawierzchnia sztywna DW222 i DW224) (zabrukowania - pierścień ronda w ciągu DW224, zabruki pachwinowe w obszarze ronda, przejezdne fragmenty jezdni DW222 w rejonie skrzyżowania DW222/DW224) (nawierzchnia bez warstw bitumicznych - nie jest to „konstrukcja bitumiczna ”):

- warstwa ścieralna: kostka kamienna 9/11: 10 cm,
- podsypka piaskowo-cementowa 1:4: 3 cm,
- podbudowa zasadnicza z betonu cementowego 020/25: 20 cm,
- podbudowa pomocnicza z mieszanki związanej cementem C3/4: 20 cm.

Zdaniem Odwołującego z powyższego zestawienia elementów warstw poszczególnych nawierzchni wynika, że konstrukcja, na której opiera się realizacja pierścienia ronda (lit. C) znacząco różni się od konstrukcji realizacji części bitumicznych (lit. A i B), dla których Zamawiający zastrzegł wymóg osobistego wykonania. Różnica polega przede wszystkim na tym, iż jedną z warstw pierścienia ronda jest podbudowa zasadnicza z betonu cementowego, która jest elementem konstrukcji nawierzchni sztywnej. Natomiast, części wchodzące w zakres

konstrukcji bitumicznej to warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego oraz warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 o gr. 22 cm.

Odwołujący, interpretując postawiony przez Zamawiającego wymóg, opierając się dodatkowo na opinii znanych specjalistów w zakresie konstrukcji podatnych i półsztywnych, wskazał, że wymóg osobistego wykonania warstw bitumicznych (konstrukcji bitumicznej) odnosi się tylko do tych części jezdni, których elementem składowym są warstwy bitumiczne, a nie całości jezdni, tj. wszystkich jej elementów, gdzie występuje jakakolwiek warstwa podbudowy zasadniczej. W ocenie Odwołującego wymóg z pkt 4.5 IDW dotyczy elementów składowych konstrukcji bitumicznej, czyli wskazanych przez Zamawiającego warstw podbudowy zasadniczej tj. warstwy podbudowy z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 gr. 22 cm

i podbudowy bitumicznej AC22P gr. 7 i 10 cm oraz warstw bitumicznych nawierzchni tj. warstwy wiążącej AC16W gr. 5 i 6 cm i warstwy ścieralnej SMA8 grubości 4 cm. Wskazanie przez Zamawiającego, że wymóg dotyczy również osobistego wykonania podbudowy zasadniczej z betonu cementowego będącej częścią konstrukcji sztywnej z nawierzchnią z kostki kamiennej (dotyczy pierścienia ronda oraz wyspy środkowej) jest zdaniem Odwołującego nieuprawnioną nadinterpretacją.

Odwołujący podkreślił, że niezależnie od rodzaju nawierzchni, konstrukcja nawierzchni zawiera w sobie podbudowę zasadniczą. W opinii Odwołującego jedyną prawidłową jest koncepcja, zgodnie z którą wymóg z pkt. 4.5 IDW należy czytać w ten sposób, że wymóg

osobistego wykonania dotyczy warstw bitumicznych i podbudowy zasadniczej pod tymi

właśnie warstwami. Takie rozumienie jest logiczne i pozwala przyjąć, że Zamawiający, decydując się na sformułowanie takiego wymogu, konsekwentnie dążył do ograniczenia możliwości korzystania z podwykonawców przy kluczowej części zamówienia, jaką jest konstrukcja bitumiczna (a wymóg ten dotyczy istotnych elementów tej konstrukcji, a więc

podbudowy zasadniczej oraz warstw bitumicznych). Prezentowana obecnie przez Zamawiającego interpretacja prowadzi zdaniem Odwołującego do absurdalnych wniosków. Przyjmując, że wymóg z pkt. 4.5 IDW należy odnosić także do konstrukcji sztywnej z nawierzchnią z kostki kamiennej należałoby uznać, że wykonawca ma osobiście wykonać podbudowę zasadniczą z betonu cementowego, ale już bez konieczności osobistego

wykonania nawierzchni z kostki kamiennej. Takie rozumienie analizowanego wymogu przeczy zdrowemu rozsądkowi. Zatem słusznie przyjął Odwołujący, że konstrukcja sztywna, jaką jest nawierzchnia z kostki na pierścieniu ronda i na przejazdach nie była objęta obowiązkiem osobistego wykonania przez Wykonawcę.

W celu zobrazowania zakresu interpretacji prezentowanej przez Zamawiającego Odwołujący przedstawił grafiki. Zgodnie z interpretacją Zamawiającego, do osobistego wykonania jest tylko podbudowa z betonu cementowego bez konieczności wykonywania pozostałych istotnych warstw konstrukcji w tym warstwy ścieralnej z kostki kamiennej. Żądanie takie jest zupełnie niezrozumiałe i miałoby techniczne uzasadnienie jedynie w przypadku powiązania go z obowiązkiem osobistego wykonania również warstwy nawierzchni (w tym zakresie nawierzchni sztywnej). W przypadku konstrukcji z nawierzchni bitumicznej wymóg ten jest logiczny i spójny - wykonawcy mają samodzielnie wykonać nie tylko podbudowę zasadniczą, ale i górną warstwę nawierzchni. Odwołujący postawił pytanie dlaczego z perspektywy Zamawiającego kluczowym przy realizacji konstrukcji sztywnej jest wykonanie podbudowy z betonu cementowego, a warstwy z kostki kamiennej i pozostałych warstw już nie? Odwołujący nie znajduje technicznego uzasadnienia dla tak postawionego wymogu. Dlatego też w toku postępowania i prac nad ofertą Odwołujący konsekwentnie przyjmował, że intencją Zamawiającego jest nałożenie na wykonawców obowiązku osobistego wykonania w odniesieniu do elementów konstrukcji bitumicznej (w pozostałym zakresie natomiast zakładano dopuszczalność podwykonawstwa).

Odwołujący podkreślił, że analizowany wymóg z pkt 4.5 IDW ustanowiony został w oparciu o art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który dopuszcza ograniczenie podwykonawstwa w odniesieniu do kluczowych części zamówienia. Wskazał, że interpretacja prezentowana przez Zamawiającego wypacza sens tej regulacji, przedmiot niniejszego zamówienia nie pozwala przyjąć, że zakres prac związany z podbudowami z betonu cementowego może mieć status „kluczowego” (w odróżnieniu od konstrukcji bitumicznej). Odwołujący wskazał, że treścią zarzutu nie jest objęcie stosowania przez Zamawiającego art. 36a ustawy Pzp (Odwołujący ma świadomość, że zarzut taki na obecnym etapie byłby spóźniony). Przedstawiana argumentacja ma natomiast na celu wykazanie, że prezentowana aktualnie przez Zamawiającego interpretacja jest nieuzasadniona nie tylko w świetle wiedzy technicznej, ale i w kontekście stosowania przywołanego przepisu.

W celu udokumentowania tezy o braku podstaw do uznania, że podbudowa zasadnicza w części wykraczającej poza konstrukcję bitumiczną może być uznana za kluczową część zamówienia, Odwołujący zaprezentował różnice w ilościach poszczególnych robót.

W „konstrukcji bitumicznej” łączna ilość przedmiarowa podbudów zasadniczych to 26 146,17 m² (Odwołujący przedstawił wykaz pozycji z kosztorysu ofertowego załączonego przez

5

Zamawiającego do dokumentacji przetargowej). Dla podbudowy cementowej (sztywnej) ilość ta wynosi 955,90 m². Odwołujący nadmienił, że ta ilość przedmiarowa obejmuje również podbudowę z betonu cementowego dla zakresów nie objętych sugerowaną przez Zamawiającego koniecznością osobistego wykonania. Są to między innymi: wyspy dzielące oraz azyle dla pieszych, gdzie nawierzchnia ścieralna jest wykonana z kostki brukowej (w tym zakresie Zamawiający nawet na obecnym etapie nie formułuje obowiązku osobistego wykonania). W zakresie nawierzchni z kostki kamiennej ilość podbudowy z betonu cementowego to jedynie ilość około 130 m². Dodatkowo do wymienionych warstw „konstrukcji bitumicznej” należy dodać warstwy bitumiczne, które zostały również objęte wymogiem osobistego wykonania przez Odwołującego (Odwołujący przedstawił zestawienie ilości z kosztorysu ofertowego). Zdaniem Odwołującego w przypadku „konstrukcji bitumicznej”, którą Odwołujący wykona osobiście, biorąc pod uwagę wszystkie warstwy konstrukcji bitumicznej, suma ich ilości wynosi 48 464,73 m². Dla podbudowy z betonu cementowego jest to jedynie 130 m². Analizując zatem powyższe dane, zauważyć należy, że wykonawca zobowiązany jest do wykonania 372 razy większą ilość robót w zakresie „konstrukcji bitumicznej”. Wskazywanie zatem na obecnym etapie, że ten element zamówienia Zamawiający chciał od samego początku zastrzec do osobistego wykonania w oparciu o art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp jest nieuzasadnione.

Odwołujący przedstawił również w formie graficznej specyfikę wykonania poszczególnych zakresów robót. Zaangażowanie zasobów sprzętowych, transportowych i ludzkich jego zdaniem jest nieporównywalne w przypadku wykonywania „konstrukcji bitumicznej” oraz warstwy podbudowy z betonu cementowego. O ile w tym pierwszym przypadku wymóg osobistego wykonania jest logiczny, rzeczywiście mamy bowiem od czynienia z kluczowym elementem zamówienia, którego wykonanie wymaga sporego doświadczenia, ale też zasobów sprzętowych czy ludzkich, o tyle w odniesieniu do drugiego przypadku oczekiwanie to jest zupełnie niezasadne. Odwołujący przedstawił przykładowe zdjęcia obrazujące technologię wykonania tych zakresów prac obrazujące wykonanie warstw podbudowy z mieszanki niezwiązanej oraz warstw bitumicznych oraz wykonanie konstrukcji sztywnej w tym podbudowy z betonu cementowego. Zdaniem Odwołującego przedstawione zdjęcia jasno obrazują, że Zamawiający nie mógł uznać za kluczowe części zamówienia, koniecznych do osobistego wykonania przez wykonawcę, podbudowy z betonu cementowego. Do tych robót nie jest potrzebny tak liczny park maszynowy i transportowy oraz bardzo

doświadczona kadra inżynierska i produkcyjna. Przy wykonywaniu „konstrukcji bitumicznej” potrzebne są między innymi: rozścielacz do masy bitumicznej, rozścielacz do podbudowy z mieszanki niezwiązanej, walec drogowy stalowy, walec drogowy ogumiony, równiarka, szczotki do czyszczenia nawierzchni, koparko - ładowarka, ładowarka, skrapiaarka asfaltu,

cysterna z wodą, samochody ciężarowe. Z kolei przy wykonywaniu podbudowy z betonu

cementowego potrzebne są jedynie drobne narzędzia takie jak łopaty oraz łaty do niwelacji podbudowy. Nie ulega zatem wątpliwości, że nie mogłoby to być, jak to ocenił Zamawiający, kluczowym zakresem robót koniecznych do osobistego wykonania przez wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, argumentacja Zamawiającego opierająca się na twierdzeniu jakoby, w związku z tym, że w zwrocie „warstwy podbudowy zasadniczej” Zamawiający nie wyszczególnił ich konkretnego rodzaju, oznacza że wymaga osobistego wykonania wszystkich warstw podbudowy zasadniczej, jest nieuzasadniona i stoi w całkowitej sprzeczności z wiedzą techniczną w powyższym zakresie. Dodatkowo, Odwołujący podkreślił, iż powyższa kwestia nie budziła wątpliwości po stronie Zamawiającego na wcześniejszych etapach postępowania, w trakcie którego dokonywał badania ofert. W niniejszym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę na uwarunkowania prawne związane z pojęciem „kluczowych części zamówienia”, w odniesieniu do których Zamawiający upoważniony jest do ograniczenia swobody wykonawcy w zlecaniu wykonania tej części zamówienia podwykonawcom. Wskazał, iż art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest wyjątkiem od zasady przyznającej wykonawcy swobodę w powierzeniu części zamówienia podwykonawcy. Tym samym, Zamawiający, korzystając z uprawnienia do żądania osobistego spełnienia części świadczenia, jest obowiązany do określenia dokładnie, jaka część objęta jest tym zastrzeżeniem. Brak informacji w SIWZ będzie oznaczać, że wykonawca spełnia swe świadczenie zgodnie z umową (i SIWZ) i domaganie się świadczenia osobistego w późniejszym czasie będzie bezskuteczne. Odwołujący powołał się w tym zakresie na poglądy doktryny wyrok KIO z dnia 21 września 2017 r., sygn. akt KIO 1837/17. W jego ocenie Zamawiający zaniechał precyzyjnego wskazania w dokumentacji postępowania, że wymaga od wykonawcy osobistego wykonania każdego rodzaju warstwy podbudowy zasadniczej. Obowiązek wykonania kluczowych części został przewidziany w pkt 4.5 IDW, w którym Zamawiający zastrzegł samodzielne wykonanie warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznej warstwy nawierzchni jezdni. Odwołujący, jak i inni wykonawcy, mieli uzasadnione podstawy, by twierdzić, iż powyższy wymóg nie odnosi się do przejezdnego pierścienia ronda, w szczególności, że jak już zostało podniesione, przejezdny pierścień ronda posiada odmienną konstrukcję nawierzchni - konstrukcję sztywną, która jest nawierzchnią bez warstw bitumicznych, a zatem nie ma dla Zamawiającego kluczowego znaczenia.

Odwołujący nie zgodził się także z twierdzeniem Zamawiającego, że sporne pierścienie wokół ronda mają kluczowy charakter w kontekście całej inwestycji. Jak zostało wskazane powyżej, do wykonania przez Odwołującego podbudowy z betonu cementowego nie jest potrzebny tak liczny park maszynowy i transportowy, a także doświadczona kadra inżynierska i produkcyjna, która może zostać zastrzeżona do osobistego wykonania przez wykonawcę. Odwołujący powołał się na poglądy doktryny oraz uchwałę Izby z dnia 11 sierpnia 2015 r.,

7
sygn. akt KIO/KD 43/15. Zaaprobowanie koncepcji Zamawiającego prowadziłoby zdaniem Odwołującego do przyjęcia karykaturalnej wykładni postawionego wymogu, wobec którego Odwołujący obowiązany jest do wykonania elementów, które z technicznego punktu widzenia nie kwalifikują się do uznania ich za istotne w kontekście danej inwestycji. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na jednolite stanowisko Izby w zakresie zakazu obciążania ryzykiem wykonawców stosujących się do literalnego brzmienia postanowień SIWZ. Literalna wykładnia postanowień SIWZ nakazuje interpretację wymagań zamawiającego w taki sposób, jak zostały one zapisane w SIWZ, bez uzupełniania, rozszerzania lub ograniczenia ich treści. Co więcej, należyte egzekwowanie literalnej treści SIWZ jest podstawą do realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Izby z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 605/14.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał zdefiniowania poszczególnych pojęć, które są obecnie przedmiotem sporu stron. Skutkuje to przede wszystkim koniecznością wtórnego badania przez Izbę tożsamości postanowienia SIWZ. Wskazał na wyrok Izby z dnia 20 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2680/19 oraz z dnia 28 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP

67/09. Odwołujący podkreślił, że po raz drugi zachodzi sytuacja, w której Zamawiający stara się wyegzekwować po stronie Odwołującego przyznanie się do błędnego sporządzenia oferty, która powinna ulec odrzuceniu. W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że stopień nieprecyzyjności postanowień sformułowanych przez Zamawiającego doprowadził do kuriozalnej sytuacji, w której tożsame strony po raz kolejny zmuszone są rozstrzygać przez KIO jak interpretować wymóg, który w istocie został już zbadany przez Izbę na kanwie uprzedniego postępowania odwoławczego. Odwołujący pragnie podkreślić, że przepisy sankcyjne, w tym eliminujące Odwołującego z przedmiotowego przetargu, należy

interpretować ostrożnościowo i zawężająco. Zatem przy zastosowaniu takich przepisów (jakim jest niewątpliwie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) nie może pozostawać żadna wątpliwość co do prawidłowości ich stosowania. Natomiast w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której po raz kolejny Zamawiający stara się działać na niekorzyść Odwołującego uelastyczniając, w negatywnym tego słowa znaczeniu, wymóg dotyczący osobistego wykonaniu kluczowych części zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż przedstawiona reguła tłumaczenia nieprecyzyjności SIWZ na korzyść wykonawcy powiązana jest z paremią in dubio contra proferentem, zgodnie z którą, wątpliwości interpretacyjne należy tłumaczyć na niekorzyść autora tekstu. Zasada in dubio contra proferentem opiera się na koncepcji odpowiedzialności za nie dość jasne zredagowanie tekstu dokumentu (w tym przypadku postanowień SIWZ) i nakazuje restryktywną wykładnię wobec jej autora, a tym samym życzliwą dla drugiej strony. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem SIWZ, która została zredagowana przez Zamawiającego. Co

8
więcej, Zamawiający dokonał oceny jego oferty dokonując wykładni SIWZ przenoszącej na Odwołującego skutki niestaranności i niejasności w tej specyfikacji. Nieprawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego była wielokrotnie przedmiotem rozważań Izby, która potwierdziła zasadność stanowiska Odwołującego w zakresie rozstrzygania wątpliwości interpretacyjnych postanowień SIWZ. Przykładowo wskazał na wyrok Izby z dnia 24 października 2018 r., sygn. akt KIO 2100/18 oraz wyrok z dnia 16 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1155/19. Podsumowując Odwołujący wskazał, iż nawet jeśli wykładnia Zamawiającego byłaby logiczna i uzasadniona w świetle treści IDW (z czym Odwołujący się nie zgadza), to logiki tej nie można odmówić również wykładni prezentowanej przez Odwołującego, a zatem, rozstrzygając wątpliwości na korzyść wykonawcy, oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona. Skala wprowadzonej niejasności do postanowień, których autorem jest Zamawiający, skutkuje po raz kolejny bardzo dotkliwą sankcją wobec Odwołującego, jakim jest niezasadne odrzucenie prawidłowo przygotowanej oferty. Skutkiem rozbieżnej interpretacji spornego postanowienia jest w rzeczywistości brak możliwości wypracowania spójnej wykładni postawionego wymogu.

Mając na uwadze całokształt przedstawionego powyżej stanowiska, Odwołujący wskazał, że omawiany (rozszerzony) wymóg osobistego wykonania części jezdni, jakim jest pierścień przejezdny wokół ronda, nie tylko świadczy o kuriozalności wysokich i nieuzasadnionych wymagań Zamawiającego, ale również świadczy o nieproporcjonalności postawionego wymogu. Nie ulega też wątpliwości, że Zamawiający dopuścił się rażącego zaniechania w przedstawieniu interpretacji spornego postanowienia, co w konsekwencji poskutkowało błędnym uznaniem, iż oferta Odwołującego nie odpowiada wymogom SIWZ.

Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający argumentował, iż przygotowując przedmiotowe postępowanie przetargowe dokonał analizy zakresu robót budowlanych do wykonania ujętych w dokumentacji projektowej stanowiącej OPZ. Zakres inwestycji obejmuje rozbudowę dróg wojewódzkich nr 224 i 222 o łącznej długości ok 1,7 km. Z uwagi na konieczność poprawy bezpieczeństwa ruchu zakres inwestycji obejmuje przebudowę i rozbudowę czterech istniejących na ciągu głównym DW222 i DW 224 skrzyżowań. W celu poprawy warunków ruchu i zapewnienia bezpieczeństwa użytkownikom zaprojektowano: kanalizację ruchu oraz pasy lewoskrętu na dwóch skrzyżowaniach DW224 z DW222 oraz rondo na skrzyżowaniu DW224 z drogą gminną nr 197165G. Zamawiający wskazał, iż definicja jezdni jest zawarta w STWiORB - jezdnią jest to część korony drogi przeznaczona do ruchu pojazdów. Zatem jezdnią ciągu głównego drogi wojewódzkiej nr 222 i 224 to część korony drogi wojewódzkiej nr 222 i 224, przeznaczona do ruchu pojazdów. Są to wszystkie pasy ruchu, również w obszarze skrzyżowań oraz wszystkie

9
inne elementy jezdni zlokalizowane w obszarze skrzyżowań, przeznaczone do ruchu pojazdów, w szczególności pierścień ronda oraz strefy przejezdnych zabruków - przeznaczone przede wszystkim dla ruchu pojazdów ciężarowych i autobusów. W ciągu DW nr 224 (w km 59+295,05) zaprojektowane jest małe rondo jednopasowe o średnicy zewnętrznej 26 m

1 średnicy wewnętrznej 10 m - wyspa środkowa nieprzejezdna - zgodnie z wymaganiami przewidzianymi w § 75 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia

2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Pas ruchu na rondzie ma szerokość 6 m i ma nawierzchnię podatną, a wyspa środkowa ronda otoczona jest przejezdnym pierścieniem szerokości 2 m, który posiada odmienną konstrukcję nawierzchni - konstrukcję sztywną. W celu poprawy przejezdności pojazdów ciężarowych w obszarze skrzyżowania zaprojektowane są również

tzw. „zabruki pachwinowe”.

Zamawiający wyjaśnił, iż wszystkie elementy jezdni ciągu głównego - również skrzyżowania, w tym typu rondo, gdzie występuje warstwa podbudowy zasadniczej z betonu cementowego C20/25, stanowią istotny i kluczowy element zamówienia, ze względu na występujący na nich duży ruch pojazdów, w szczególności pojazdów ciężarowych. Zamawiający przedstawił schemat toru przejazdu pojazdu ciężarowego na rondzie, na którym obszar, po którym porusza się pojazd ciężarowy przejeżdżający przez rondo został zakreskowany na niebiesko. Ze względu na wymiary pojazdów ciężarowych (w tym ciągniki siodłowe z naczepą) oraz trajektorię ruchu podczas manewrów skrętu, pojazd obciąża jezdnię jej pełną szerokością, czyli w przypadku ronda nacisk (obciążenie) od osi pojazdu pojawia się zarówno na nawierzchni bitumicznej, jak i na pierścieniu ronda, na warstwie ścieralnej z kostki kamiennej, co również dokumentuje załączona dokumentacja zdjęciowa. To właśnie pojazdy ciężarowe poruszające się po drogach ze względu na bardzo duży nacisk na oś (do 115 kN/oś dla nowoprojektowanych dróg), powodują destrukcję nawierzchni w trakcie jej eksploatacji, w sposób niewspółmierny do pojazdów osobowych, co jeszcze bardziej podkreśla istotę i ważność konstrukcji pierścienia ronda. Mając na uwadze zachowanie trwałości konstrukcji nawierzchni jezdni ronda w jej pełnym przekroju (tj. nawierzchnia bitumiczna wraz z nawierzchnią opaski ronda) Zamawiający określił warunek osobistego wykonania nawierzchni bitumicznej oraz podbudowy zasadniczej w tym zakresie (tj. podbudowa z betonu asfaltowego, podbudowa z mieszanki niezwiązanej oraz podbudowa z betonu cementowego).

Bagatelizacja roli podbudowy pierścienia ronda z betonu cementowego jest dla

Zamawiającego niezrozumiała. Oprócz szerokiego zaplecza technicznego, istotny wpływ na jej jakość ma pielęgnacja betonu oraz wykonanie nacięć (pkt. 2.8 i 5.7 ww. Specyfikacji Technicznej). Niezastosowanie reżimu technologicznego prowadzi do pęknięcia nawierzchni, co z kolei prowadzi do utraty jej podstawowej funkcji nośnej. Konsekwencją tego zjawiska może być klawiszowanie (nierównomierne osiadanie) podbudowy. Dalej może to prowadzić do lokalnych ubytków kostki kamiennej oraz powstawania zastoisk wody, co miałoby istotny wpływ na bezpieczeństwo wszystkich pojazdów przejeżdżających przez rondo. Zamawiający podkreślił, iż konieczność wykonania napraw powstałych zniszczeń lub uszkodzeń, wiązałoby się z koniecznością wprowadzenia tymczasowej organizacji ruchu na czas napraw, co z kolei obniżyłoby przepustowość ronda (zmniejszyło liczbę pojazdów, które mogłyby przejechać przez przekrój jezdni w danym czasie), a ewentualny objazd byłby uciążliwy nie tylko dla użytkowników drogi, ale także mieszkańców, których posesje znajdują się w pobliżu dróg lokalnych. Zamawiający wskazał, iż samochód ciężarowy porusza się zarówno po warstwie bitumicznej, jak też po kamiennym pierścieniu ronda zbudowanym na fundamencie podbudowy betonowej (Zamawiający przedstawił fotografię ruchu samochodów ciężarowych po pierścieniu ronda).

Zamawiający podniósł, iż celowo sformułował zastrzeżenie osobistego wykonania nie ograniczając go wyłącznie do „konstrukcji bitumicznej”, jak sugeruje Odwołujący. Zamawiający określając zakres robót do osobistego wykonania, miał również na względzie lokalizację przedmiotowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 222 i 224 w odniesieniu do sieci dróg i korytarzy transportowych. Odcinek ten stanowi połączenie komunikacyjne zarówno z autostradą A1 poprzez węzeł drogowy „Stanisławie”, jak i z drogą wojewódzką nr 224 w kierunku Kościerzyny i drogą wojewódzką nr 222 (Gdańsk-Starogard Gdański). Kluczowe jest również usytuowanie planowanej inwestycji w bezpośrednim sąsiedztwie dużej ilości kopalni kruszyw (żwirowni), co dodatkowo generuje bardzo duże natężenie ruchu dużych samochodów ciężarowych o maksymalnym obciążeniu osi, a czasami nawet przeładowanych (do pisma Zamawiający załączył mapę). Aby uzmysłowić agresywność pojazdów ciężarowych na stan nawierzchni drogowej Zamawiający przedstawił porównanie bazujące na założeniach z „Katalogu...”. Aby wyznaczyć kategorię ruchu KR pojazdy poruszające się po drodze przelicza się na osie standardowe 100 kN. Przejazd jednego samochodu ciężarowego o łącznej masie 44 t (o układzie osi jak na zdjęciu, przy założeniu, że jest maksymalnie obciążony i żadna oś nie jest przeciążona) odpowiada przejazdowi 3 osi, 100kN. Dla porównania przejazd zwykłego pojazdu osobowego o łącznej masie 1,5t to zaledwie 0,000063 osi 100 kN. Reasumując Zamawiający wskazał, iż jeden przejazd pojazdu ciężarowego odpowiada przejazdowi 47 000 przejazdów samochodów osobowych. W przedstawionym tabelarycznym zestawieniu liczba samochodów ciężarowych z przyczepą poruszających się po DW224 w ciągu doby wynosi 184, czyli idąc dalej tym tokiem rozumowania oddziałują na konstrukcję tak jakby przejechało po niej ok. 8,6 miliona samochodów osobowych. Trudno zaprzeczyć, że przejazd takiej liczby pojazdów po rondzie (w tym po pierścieniu) jest bez znaczenia. Zamawiający zauważył ponadto, że powyższy przykład obliczeniowy dotyczył tylko samochodów ciężarowych z przyczepą, a „Katalog...” uwzględnia również wpływ pozostałych pojazdów taki jak samochody dostawcze, samochody ciężarowe, autobusy i ciągniki. W 2020

roku ich sumaryczna liczba w ciągu doby wynosi 436 (wg tabeli). Stanowi to 19% wszystkich użytkowników drogi. Według prognozy w 2035 roku będą to już 523 pojazdy, a ich udział

w sumarycznym dobowym ruchu wzrosnie do 20%.

Zamawiający wyjaśnił, iż mając wiedzę o strukturze i natężeniu ruchu pojazdów, w szczególności pojazdów ciężarowych na odcinku drogi przewidzianym do rozbudowy, intencją Zamawiającego formułując zastrzeżenie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. „wykonania warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224” - czyli najważniejszych technologicznie elementów konstrukcyjnych nawierzchni jezdni ciągu głównego DW222 i 224 było, aby ten zakres robót był wykonany przez podmiot posiadający doświadczenie spełniające warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. tzn. podmiot posiadający doświadczenie w realizacji robót porównywalnych z przedmiotem zamówienia. Zamawiający dopuścił możliwość zlecenia wykonania ww. zakresu podwykonawcy, ale tylko w przypadku, gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia powołuje się na zasoby (doświadczenie) tego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp. Doświadczenie w wykonaniu robót w zakresie określonym przez Zaprawiającego w warunku udziału w postępowaniu w większym stopniu gwarantuje wykonanie zastrzeżonego zakresu robót (wykonanie głównych elementów nośnych obiektu budowlanego, jakim jest droga - w tym również warstwy podbudowy zasadniczej z betonu cementowego C20/25) z najwyższą starannością i jakością, dając gwarancję trwałości w okresie eksploatacji. Zamawiający podniósł, iż świadomie wyłączył z tego zakresu wykonanie warstwy ścieralnej dla konstrukcji sztywnej - ułożenie kostki kamiennej, ponieważ za jej parametry wytrzymałościowe i nośne odpowiada przede wszystkim materiał, z jakiego jest wykonana - rodzaj kamienia i parametry geometryczne (kształt) kostki, które przed wbudowaniem podlegają kontroli i zatwierdzeniu przez odpowiedniego Inspektora Nadzoru.

Następnie Zamawiający wyjaśnił, iż zarówno w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2020 roku oraz w piśmie z dnia 8 lipca 2020 roku obejmującym oświadczenie o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazał - w oparciu o dokumentację projektową stanowiącą OPZ - jaki zakres robót budowlanych objęty przedmiotowym zamówieniem jest wymagany do osobistego wykonania przez wykonawcę. Zgodnie z dokumentacją projektową opracowaną dla Zamawiającego przez Trakcja PRKiL S.A. w ramach odrębnej umowy - w szczególności: Tom 2.1 Projekt Wykonawczy - Ustalenie i wskazanie odcinków z rozróżnieniem projektowanego sposobu wzmocnień podłoża, konstrukcji nawierzchni,

rodzaju i konstrukcji poboczy; Tom 2.2 Projekt Wykonawczy - Projekt drogowy - a stanowiącej Opis Przedmiotu Zamówienia, na jezdni ciągu głównego DW nr 222 i 224 występują 3 rodzaje konstrukcji nawierzchni:

A. Konstrukcja nawierzchni DW222 (KR4) - Nawierzchnia podatna - str. 13 Tom 2.2 PW oraz str. 15 Tom 2.1 PW pkt 8.2 (według wyroku KIO 520/20 "konstrukcja bitumiczna"), składająca się z następujących warstw:

- Górne warstwy konstrukcji nawierzchni - warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm, warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 6 cm,
- Podbudowa zasadnicza - warstwa górna - warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 10 cm,
- Podbudowa zasadnicza - warstwa dolna - warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 o gr. 22 cm,
- wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem.

B. Konstrukcja nawierzchni DW224 (KR3) - Nawierzchnia podatna - str. 13 Tom 2.2 PW oraz str. 15 Tom 2.1 PW pkt 8.3 (według wyroku KIO 520/20 "konstrukcja bitumiczna") składająca się z następujących warstw:

- Górne warstwy konstrukcji nawierzchni - warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm, warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 5 cm,
- Podbudowa zasadnicza - warstwa górna - warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 7 cm,
- Podbudowa zasadnicza - warstwa dolna - warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 o gr. 22 cm,
- wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem.

C. Konstrukcja nawierzchni (DW 222 i DW224) Nawierzchnia sztywna - str 15 Tom 2.2 PW konstrukcja zabrukowań oraz rys. 7.1 - nawierzchnia bez warstw bitumicznych - nie jest to

„konstrukcja bitumiczna”, składająca się z następujących warstw:

- Górna warstwa konstrukcji nawierzchni - warstwa ścieralna: kostka kamienna 9/1 1: 10 cm, podsypka piaskowo-cementowa 1:4: 3 cm,
- Podbudowa zasadnicza - podbudowa zasadnicza z betonu cementowego C20/25: 20 cm,
- Podbudowa pomocnicza - podbudowa pomocnicza z mieszanki związanej cementem C3/4: 20 cm.
- wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem.

Zamawiający wskazał, iż zakres zaprojektowanych warstw konstrukcyjnych nawierzchni jezdni ciągu głównego DW nr 222 i 224 ma również odzwierciedlenie w STWiORB, a także w kosztorysie ofertowym, gdzie poszczególne rodzaje podbudowy zasadniczej uwzględnione

są w następujących pozycjach: 30, 35, 36, 37. W związku z powyższym w zakresie warstw

13

podbudowy zasadniczej wymogowi osobistego wykonania przez wykonawcę podlega poza dolną warstwą podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 w „konstrukcji bitumicznej” również podbudowa zasadnicza z betonu cementowego C20/25 dla konstrukcji nawierzchni ciągu głównego z warstwą ścieralną z kostki kamiennej (niebitumicznej) - innej niż „konstrukcja bitumiczna”. Zamawiający wskazał, iż w sformułowanym warunku (zastrzeżeniu) osobistego wykonania kluczowych części zamówienia nie ograniczył wymagań jedynie do konstrukcji podatnej - „konstrukcji bitumicznej”, jak błędnie twierdzi Odwołujący, a określił rodzaje warstw konstrukcyjnych nawierzchni na ciągu głównym DW222 i DW224, jakich wymaga by wykonawca wykonał osobiście, tj. warstwy podbudowy zasadniczej i bitumiczne warstwy konstrukcji nawierzchni. W związku z tym, że w zwrocie „warstwy podbudowy zasadniczej” Zamawiający nie wyszczególnił ich konkretnego rodzaju oczywiste jest, że wymaga osobistego wykonania wszystkich warstw podbudowy zasadniczej występujących w ciągu głównym drogi wojewódzkiej nr 222 i 224, które są opisane i wskazane w dokumentacji projektowej stanowiącej OPZ i z którą każdy Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu miał obowiązek się zapoznać. Zatem zakres osobistego wykonania kluczowych części zamówienia był określony przez Zamawiającego prawidłowo, a twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający po dokonaniu czynności otwarcia ofert dokonuje reinterpretacji treści dokumentów postępowania jest nieprawdziwe.

Dalej Zamawiający wskazał, iż przepis art. 87 ust. ustawy Pzp daje uprawnienie Zamawiającemu do żądania wyjaśnień połączone jednocześnie z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny oraz należyty. Zamawiający zatem, mając uzasadnione wątpliwości, co do treści oświadczenia Odwołującego zawartego w pkt 10 lit. a) formularza ofertowego, pismem z dnia 19 czerwca 2020 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, iż w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący na str. 2 oświadczył, że nie zamierza osobiście wykonać warstwy podbudowy zasadniczej z betonu cementowego C20/25 na jezdni ciągu głównego - podbudowa zasadnicza dla nawierzchni z warstwą ścieralną z kostki kamiennej (w tym pierścienia ronda w ciągu jezdni DW224). Zdaniem Zamawiającego zarówno w odpowiedzi na wezwanie, jak również w odwołaniu Odwołujący wykreował, wbrew jednoznacznym postanowieniom SIWZ, inny warunek na potrzeby obrony swojej oferty, której treść jest niezgodna z wymogami SIWZ. Nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego zawarte w pkt 8 Odwołania, jakoby Zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2020 roku wezwał go do złożenia wyjaśnień „w zakresie osobistego wykonania pierścienia przejezdnego ronda - konstrukcji sztywnej - z warstwą ścieralną z kostki kamiennej i podbudową zasadniczą (nawierzchnia bez warstw bitumicznych - nie jest to „konstrukcja bitumiczna”).

W rzeczywistości wezwanie dotyczyło wyjaśnień co do spełnienia przez Odwołującego wymagania osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, które Zamawiający zastrzegł w pkt. 4.5 IDW - w zakresie osobistego wykonania podbudowy zasadniczej z betonu cementowego C20/25 dla konstrukcji nawierzchni ciągu głównego DW222 i DW224 (m.in. w konstrukcji nawierzchni przejezdnego pierścienia ronda, która to nie jest „konstrukcją bitumiczną”). Z treści wezwania jasno wynika, które elementy nawierzchni jezdni ciągu głównego wymagają wyjaśnień w kontekście spełnienia warunku.

Zamawiający zaznaczył także, że zapisy IDW dotyczące zakresu kluczowych części zamówienia, które są przedmiotem odwołania wnoszonego przez Odwołującego, nie zostały przez Odwołującego zakwestionowane jako wadliwe, stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Zamawiający podkreśla, że zapisy dotyczące kluczowych części zamówienia nie zostały też przez Zamawiającego w żaden sposób zmodyfikowane przed terminem składania ofert. Zamawiający podkreślił, że na etapie postępowania przetargowego nie wpłynęło żadne zapytanie o wyjaśnienie przedmiotowego zapisu warunku osobistego wykonania, a ponadto w żadnej innej ofercie złożonej w niniejszym postępowaniu nie stwierdzono uchybień w tym zakresie. Powyższe świadczy o tym, że zapis warunku jest jednoznaczny, jasny i zrozumiały - niewymagający dodatkowej interpretacji, a wykonawca w swojej ofercie określił zakres osobistego wykonania nie w pełnym wymaganym zakresie, a jedynie w części dotyczącej „konstrukcji bitumicznej” z pominięciem podbudowy zasadniczej z betonu cementowego C20/25 występującej w innym typie konstrukcji nawierzchni jezdni ciągu głównego DW222 i DW224. Zamawiający, mając wiedzę o zaprojektowanych na ciągu głównym DW222 i DW224 różnych rodzajach konstrukcji nawierzchni (zgodnie z dokumentacją projektową stanowiącą OPZ), do osobistego wykonania wskazał te ich elementy, które z punktu widzenia konieczności zapewnienia wysokiej jakości wykonania stanowią najważniejsze części konstrukcyjne obiektu, jakim jest jezdnia drogi i które na etapie eksploatacji zapewniają utrzymanie wysokiego poziomu bezpieczeństwa ruchu drogowego i trwałości drogi, tj. warstw podbudowy zasadniczej i bitumiczne warstwy konstrukcji nawierzchni na jezdni ciągu głównego DW222 i DW224. Zamawiający zastrzegając konieczność osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, jaką jest również wykonanie podbudowy zasadniczej z betonu cementowego C20/25 dla konstrukcji sztywnej, m.in. pierścienia ronda w ciągu DW224, wymaga, aby roboty w tym zakresie były wykonane przez podmiot posiadający odpowiednie doświadczenie - zgodnie z pkt. 6 niniejszej Odpowiedzi.

Zamawiający podniósł, iż nieprawdziwe jest stwierdzenie Odwołującego zawarte w pkt. 27 Odwołania, że do realizacji tego zakresu robót „potrzebne są jedynie drobne narzędzia takie jak łopaty oraz łaty do niwelacji podbudowy”. W pkt. 3.2 STWiORB - Specyfikacja Techniczna D-04.06.01 Podbudowa z betonu cementowego wskazano: „Sprzęt stosowany do wykonania robót”: Wykonawca przystępujący do wykonania podbudowy z betonu cementowego powinien wykazać się możliwością korzystania z następującego sprzętu do wykonania robót: i) wytwórnie stacjonarne typu ciągłego do wytwarzania mieszanki betonowej. Wytwórnia powinna być wyposażona w urządzenie do wagowego dozowania wszystkich składników gwarantujące tolerancje dozowania, wyrażone w stosunku do masy poszczególnych składników: kruszywo i domieszki 2%, cement 1%, woda 1%; Inżynier może dopuścić objęściowe dozowanie wody; ii) samochody samowładowcze do transportu wyprodukowane/ mieszanki betonowej, iii) przewoźne zbiorniki na wodę, iv) układarki albo równiarki do rozkładania mieszanki betonowej; v) walce stalowe gładkie wibracyjne lub statyczne i walce ogumione do zagęszczania. W miejscach trudno dostępnych powinny być stosowane mechaniczne lub małe walce wibracyjne.” Zamawiający przedstawił zdjęcie obrazujące wykonanie podbudowy z betonu cementowego.

Zamawiający poprzez określenie minimalnych wymagań w zakresie osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, determinujących prawidłowe wykonanie zadania, przez Wykonawcę posiadającego wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, miał na celu minimalizowanie ewentualnych nieprawidłowości w jakości i trwałości produktu uzyskanego od przyszłego wykonawcy. Zamawiający świadomie sformułował zastrzeżenie ponieważ sposób wykonania określonych w nim kluczowych elementów zamówienia nie jest dla Zaprawiającego obojętny. Zakres ilościowy poszczególnych elementów wskazanych do osobistego wykonania nie ma istotnego znaczenia w odniesieniu do funkcji, jakie spełniają w nawierzchni jezdni i osobiste wykonanie przez Wykonawcę ma zagwarantować ich prawidłowe wykonanie i trwałość. Dla Zamawiającego kwestią fundamentalną jest wiedza i doświadczenie wykonawcy realizującego dany obiekt - drogę wojewódzką i jej kluczowe elementy - warstwy podbudowy zasadniczej i bitumiczne warstwy konstrukcji nawierzchni jezdni (tj. tej części korony drogi, po której odbywa się zasadniczy ruch pojazdów), dopuszczając jednocześnie udział podwykonawców w pozostałym zakresie prac, tj. m.in. wszystkich pozostałych prac w branży drogowej oraz branży mostowej, odwodnieniowej, sanitarnej, teletechnicznej, elektroenergetycznej czy zagospodarowania zieleni. Określenie kluczowych części zamówienia do osobistego wykonania przez Wykonawcę jest uprawnieniem Zamawiającego. Zastrzeżenie osobistego wykonania w niniejszym postępowaniu zostało określone w oparciu o standardy realizacji robót budowlanych na drogach wojewódzkich oraz dotychczasowe doświadczenia. Zamawiający podniósł, iż postawił wymóg osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, zaś Odwołujący wskazał w ofercie, że powierzy podwykonawcom zakres prac polegający na realizacji w branży drogowej wszystkich robót „z wyłączeniem konstrukcji bitumicznej. Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 8 marca 2019 roku sygn. akt KIO 282/19 potwierdzający, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP jest niezasadny, ponieważ oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, a Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, Zamawiający wskazuje na niezasadny. Warunek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia zawarty w pkt. 4.5 IDW został sformułowany przez Zamawiającego w oparciu o OPZ prawidłowo i jednoznacznie, a Zamawiający nie dokonywał jego reinterpretacji po otwarciu ofert. Zdaniem Zamawiającego także zarzut ograniczania uczciwej konkurencyjności i nierównego traktowania wykonawców jest niezasadny. Zauważył, że na rynku istnieje wiele podmiotów zdolnych do osobistego wykonania zamówienia w wymaganym zakresie. Ponadto ustawodawca przewidział możliwość łączenia podmiotów w konsorcja, jeżeli sam przedsiębiorca organizacyjnie, czy też technicznie, nie jest w stanie wykonać zamówienia. Zatem Odwołujący miał możliwości prawne do tego, aby ubiegać się o zamówienie w takiej formule, aby spełnić wszystkie wymagania SIWZ, również w oparciu o art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Sformułowanie przez Zamawiającego warunku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj. określenie rodzajów warstw konstrukcyjnych nawierzchni na ciągu głównym DW222 i DW224, które wykonawca ma wykonać osobiście, w żaden sposób nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zastrzeżenie osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia jest ściśle związane z przedmiotem zamówienia i ma na celu zapewnienie jego rzetelnej realizacji oraz odpowiedniego poziomu jakości wybudowanego obiektu. W przedmiotowym postępowaniu zastrzeżenie osobistej realizacji przez wykonawcę kluczowych elementów konstrukcyjnych jezdni ciągu głównego, ma na celu zapewnienie osiągnięcia właściwych parametrów geometrycznych i wytrzymałościowych tych elementów konstrukcyjnych, co w konsekwencji stanowi o trwałości i właściwej eksploatacji obiektu, jakim jest wybudowana droga. W zakresie budowy dróg ma to ogromne znaczenie również w kontekście zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa ruchu drogowego, do czego zobligowany jest zarządca drogi, którym jest Zamawiający.

Na posiedzeniu w dniu 26 sierpnia 2020 r. pismo procesowe złożył także wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S.A. (dalej jako „Przystępujący PBD”), wskazując na bezzasadność zarzutów odwołania.

Przystępujący PBD nie zgodził się, że wymóg z pkt 4.5 IDW powiązany był z realizacją inwestycji w części obejmującej jedynie nawierzchnię bitumiczną. Wskazał w szczególności, że poza Odwołującym żaden z wykonawców nie miał wątpliwości jak zinterpretować ww. wymóg. Zauważył, że sam Odwołujący w ramach uprzedniego postępowania interpretował podobny wymóg w ten sposób, że dotyczył on wszystkich rodzajów podbudowy zasadniczej. Jako dowód przedstawił formularze ofertowe złożone przez Odwołującego w dwóch innych postępowaniach. Zdaniem Przystępującego PBD nie zasługuje na akceptację argumentacja Odwołującego się, iż w toku postępowania przetargowego Zamawiający postanowił rozszerzyć i zredefiniować zakres elementów ujętych w omawianym postanowieniu pkt. 4.5 SIWZ stawiając Odwołującemu się nieznany dotychczas wymóg osobistego wykonania warstw podbudowy zasadniczej z betonu cementowego C20/25 dla konstrukcji nawierzchni ciągu głównego z warstwą ścieralną kostki kamiennej (niebitumiczną). Wymóg osobistego wykonania wszystkich warstw podbudowy zasadniczej wynikał wprost i literalnie z zapisu pkt 4.5 SIWZ.

W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego o tym, że rozumienie wymogu z pkt 4.5 prezentowane przez Zamawiającego prowadzi do wniosków sprzecznych ze zdrowym rozsądkiem, (że wykonawca ma osobiście wykonać podbudowę zasadniczą z betonu cementowego, ale już bez konieczności osobistego wykonania nawierzchni z kostki kamiennej), Przystępujący PBD podniósł, iż najistotniejsze z perspektywy Zamawiającego jest prawidłowe i rzetelne wykonanie warstw podbudowy zasadniczej, w szczególności, gdy kolejną warstwę stanowi kostka kamienna, ale także każdy inny rodzaj nawierzchni, albowiem ta ostatnia warstwa w każdym wypadku szybko i sprawnie może zostać poprawiona, w przeciwieństwie do elementu konstrukcji jezdni jaką jest warstwa podbudowy zasadniczej. Przystępujący wskazał, iż jak wynika wprost z zapisu pkt 4.5. SIWZ warunki te dotyczyć mają konstrukcji nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224 i w tym kontekście logiczny sens postanowienia pkt 4.5 SIWZ należy interpretować całościowo przy uwzględnieniu aspektu funkcjonalnego oraz celu tego zapisu. Skoro Zamawiający stawia warunek osobistego wykonania określonych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224, precyzując dokładnie umiejscowienie tych warstw poprzez ograniczenie do ciągu głównego jezdni tj. bez dróg pobocznych, zjazdów, zatok autobusowych, chodników, ciągów pieszych/rowerowych, to niewątpliwie istotne jest, aby te warstwy nawierzchni zawierające warstwę podbudowy zasadniczej umiejscowione w ciągu głównym jezdni, przeznaczonej do bezpośredniego ruchu pojazdów na drodze wojewódzkiej 222 i 224 były wykonane osobiście przez wykonawcę. Zdaniem Przystępującego całkowicie logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia zawodowego jest, aby wymagać od wykonawcy osobistego wykonania każdej przewidzianej w projekcie warstwy podbudowy zasadniczej w ciągu głównym jezdni, gdyż są one kluczowe, albowiem na nich odbywać się będzie ruch pojazdów i muszą być najtrwalsze i wykonane z najwyższą starannością, której Zamawiający oczekuje od Generalnego Wykonawcy, co jednocześnie wypełnia przesłankę z art. 36a ust. 2

pkt 1 ustawy Pzp dopuszczającego możliwość ograniczenia podwykonawstwa w odniesieniu do kluczowych części zamówienia. Do takich warstw zaliczyć należy przede wszystkim podbudowę zasadniczą, stąd też słusznie Zamawiający w pkt. 4.5 SIWZ zawarł wymóg osobistego wykonania tej warstwy niezależnie od tego czy kolejną warstwą jest warstwa bitumiczna czy inna.

Dalej Przystępujący wskazał, iż połączenie słów „wykonanie warstw podbudowy zasadniczej” i „bitumicznych warstw nawierzchni” spójnikiem „i” nie oznacza, że warunek osobistego wykonania dotyczy wyłącznie tego rodzaju nawierzchni która składa się z podbudowy zasadniczej wraz z warstwą bitumiczną. To warstwa podbudowy zasadniczej stanowi najistotniejszy element konstrukcji nawierzchni. Błędnie, wadliwie wykonana warstwa podbudowy zasadniczej wymaga zdjęcia również wierzchniej warstwy (niezależnie czy jest to warstwa bitumiczna czy z kostki kamiennej). Naprawienie zaś warstw wierzchnich w konstrukcji jezdni nie wymaga rozbioru podbudowy zasadniczej, jeżeli ta została prawidłowo wykonana. Zdaniem Przystępującego bez znaczenia przy tym jest podnoszony przez Odwołującego się argument, iż element konstrukcji nawierzchni jezdni, co do którego nie spełnia wymogu osobistego wykonawstwa czyli ten który dotyczy wykonania podbudowy zasadniczej z betonu cementowego wynosi jedynie 130 m². Podkreślił, iż to czy dana część zamówienia jest kluczowa w niniejszym wypadku nie należy oceniać przez pryzmat ilości, obszerności zadania, ale tego czego to zadanie dotyczy, a w tym wypadku istotne jest, iż wykonanie warstwy podbudowy zasadniczej z betonu cementowego stanowi konstrukcję nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224 i stąd wymóg osobistego wykonawstwa oferenta ma kluczowe znaczenie dla Zamawiającego, a Odwołujący tego warunku nie spełnia.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawców Firma Budowlano - Drogowa MTM Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni (dalej jako „Przystępujący MTM”) oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Spółka Akcyjna z siedzibą w Starogardzie Gdańskim (dalej jako „Przystępujący PBD”) wobec spełnienia przesłanek z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców do

udziału w postępowaniu w charakterze Uczestników postępowania.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta została odrzucona, a która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu, wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 2 marca 2020 r., wezwania do wyjaśnień z dnia 19 czerwca 2020 r., zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 lipca 2020 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego PBD złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Przystępującego PBD) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 sierpnia 2020 roku. Izba dopuściła także dowód z dokumentów, które nie znajdowały się w dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, tj. załączonych do pisma procesowego Przystępującego formularzy ofertowych Odwołującego złożonych w innych postępowaniach wraz z wyciągami z SIWZ (załączniki nr 1 i 2 do pisma) oraz wydruku mapy załączonego przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Natomiast grafikę złożoną przez Odwołującego na rozprawie, która stanowiła oświadczenie własne Odwołującego, Izba potraktowała jako uzupełnienie jego stanowiska procesowego.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba

ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł Autostrady A1 Stanisławie, etap I Godziszewo. Zgodnie z pkt 4.1. SMWZ - Instrukcja dla Wykonawców („IDW”) przedmiot zamówienia obejmuje m.in. rozbudowę drogi wojewódzkiej: poszerzenie jezdnii, przebudowa poboczy, rozbudowa i przebudowa skrzyżowań, przebudowa oraz budowa urządzeń i elementów związanych z bezpieczeństwem ruchu (zatrzaśki autobusowe, wyspy kanalizujące ruch, przejścia dla pieszych, azyle, chodniki oraz ciągi rowerowe i pieszko-rowerowe, sygnalizacja świetlna na skrzyżowaniu DW222 i DW224), przebudowa przepustów pod zjazdami, przebudowa mostu nad rz. Styną w ciągu drogi wojewódzkiej nr 222, budowa i przebudowa systemu odwadniającego (kanalizacja deszczowa, rowy drogowe, w tym retencyjno-infiltracyjne, urządzenia podczyszczające, ścieki itp.), budowa oraz przebudowa oświetlenia drogowego, budowa i przebudowa zjazdów, przebudowa uzbrojenia podziemnego i naziemnego, rozbiórka budynków i innych obiektów

kolidujących z inwestycją, wycinka drzew i krzewów oraz zagospodarowanie zieleni (nasadzenia).

Zamawiający w pkt 4.5 IDW wskazał, że „Wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania następujących części zamówienia: wykonania warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224.” Zgodnie zaś z pkt 4.6. IDW Zamawiający wymagał, aby wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców, o ile są znani.

W Opisie Technicznym przedstawionym w dokumentacji projektowej - Projekt wykonawczy: Projekt drogowy Etap 1 (tom 2.2), w punkcie 3.3 Projekt konstrukcji nawierzchni, wskazano m.in. następujące dane:

Nowa konstrukcja nawierzchni - droga wojewódzka nr 222 - ruch KR-4

- Warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm.
- Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 6 cm.
- Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 10 cm.
 - Warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 gr. 22 cm
- Wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem konstrukcji nawierzchni

Nowa konstrukcja nawierzchni (w tym poszerzenia) - droga wojewódzka nr 224 - ruch KR 3

- Warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm.
 - Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 5 cm.
 - Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 7 cm.
 - Warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 gr. 22 cm
 - Wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem konstrukcji nawierzchni
- Konstrukcja zabrukowań:

- warstwa ścieralna: kostka kamienna 9/11: 10 cm
- podsypka piaskowo-cementowa 1:4: 3 cm
- podbudowa zasadnicza z betonu cementowego C20/25: 20cm
- podbudowa pomocnicza z mieszanki związanej cementem C3/4: 20cm

W pkt 1.4 Wymagania ogólne STWiORB wskazano, iż jezdnia to część korony drogi przeznaczona do ruchu pojazdów. Zdefiniowano także, że nawierzchnia stanowi warstwę lub zespół warstw służących do przejmowania i rozkładania obciążeń od ruchu na podłoża gruntowe i zapewniających dogodne warunki dla ruchu. Warstwa ścieralna to górna warstwa nawierzchni poddana bezpośrednio oddziaływaniu ruchu i czynników atmosferycznych, warstwa wiążąca to warstwa znajdująca się między warstwą ścieralną a podbudową,

zapewniająca lepsze rozłożenie naprężeń w nawierzchni i przekazywanie ich na podbudowę, a warstwa wyrównawcza, to warstwa służąca do wyrównania nierówności podbudowy lub profilu istniejącej nawierzchni. Z kolei podbudowa to dolna część nawierzchni służąca do przenoszenia obciążeń od ruchu na podłoże. Podbudowa może składać się z podbudowy zasadniczej i podbudowy pomocniczej. Podbudowa zasadnicza to górna część podbudowy spełniająca funkcje nośne w konstrukcji nawierzchni, a podbudowa pomocnicza to dolna część podbudowy spełniająca, obok funkcji nośnych, funkcje zabezpieczenia nawierzchni przed działaniem wody, mrozu i przenikaniem cząstek podłoża. Może zawierać warstwę mrozoochronną, odsączającą lub odcinającą.

W kosztorysie ofertowym w dziale D.04.00.00 „Podbudowy”, wskazano m.in.:

- D.04.04.02 Podbudowy z mieszanki niezwiązanej: poz. 30 mieszanka niezwiązana C90/3 0/31,5 o gr 22 cm - ilość 14 986,89m²;
- D.04.05.01 Podbudowa z mieszanki związanej spoiwem hydraulicznym: poz. 31 mieszanka związana cementem C1,5/2 gr. 20 cm - ilość 6 598,83m²; poz. 32 mieszanka związana cementem C3/4 gr. 15 cm - ilość 4 613,06m²; poz. 33 mieszanka związana cementem C3/4 gr. 18 cm - ilość 12 659,28 m²; poz. 34 mieszanka związana cementem C3/4 gr. 20 cm - ilość 955,90 m²;
- D.04.06.01b Podbudowa z betonu cementowego: poz. 35 warstwa podbudowy z C20/25 gr 20 cm - ilość 955,90 m²;
- D.04.07.1 Podbudowa z betonu asfaltowego: poz. 36 warstwa podbudowy z AC22P o gr. 7 cm (KR3 - DW 224) - ilość 7 216,14 m²; poz. 37 warstwa podbudowy z AC22P o gr. 10 cm (KR4 - DW 222) - ilość 3 943,14 m².

W postępowaniu ofertę złożył m.in. Odwołujący oraz obaj Przystępujący. Odwołujący w pkt 10a formularza ofertowego wskazał, iż zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców w zakresie: „branża drogowa - z wyłączeniem konstrukcji bitumicznej - podwykonawca nie jest jeszcze znany.”

Zamawiający pismem z dnia 2 marca 2020 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał na pkt. 4.5.IDW, oraz oświadczenie Odwołującego zawarte w pkt 10a formularza ofertowego, które jest zdaniem Zamawiającego niezgodne z SIWZ. Zamawiający wskazał, że w zakresie warstw konstrukcyjnych nawierzchni ciągu głównego poza warstwami bitumicznymi wstępuje jeszcze warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 o gr. 22 cm, której również nie można powierzyć do wykonania podwykonawcom. Podniósł, iż w Projekcie

Wykonawczym zadania, tom 2.1 określono m.in. grupy nośności istniejącego podłoża, wskazane zostały rodzaje wzmocnień podłoża dla poszczególnych grup nośności (G1-G4) oraz konstrukcje nawierzchni jezdni. W pkt. 8.2 i 8.3 (str. 15-16) ww. opracowania opisane zostały konstrukcje nawierzchni jezdni ciągu głównego (DW222 i DW224), tj.:

8.2. Nowa konstrukcja nawierzchni - droga wojewódzka nr 222 ruch KR-4

- Warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm.
- Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 6 cm.
- Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 10 cm.
 - Warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 gr. 22 cm.
- Wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem konstrukcji nawierzchni.

8.3. Nowa konstrukcja nawierzchni (w tym poszerzenia) - droga wojewódzka nr 224 — ruch KR 3

- Warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm.
- Warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 5 cm.
- Warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 7 cm.
- Warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 gr. 22

cm.

- Wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem konstrukcji nawierzchni. Zamawiający wskazał, iż powyższe konstrukcje zostały zaprojektowane na podstawie „Katalogu typowych konstrukcji podatnych i półsztywnych” (GDDKiA Warszawa, 2014^{1*}.) wg tablicy 9. I. TYP AI - Typowe konstrukcje górnych warstw nawierzchni podatnych. Podbudowa zasadnicza: beton asfaltowy AC, mieszanka niezwiązana z kruszywem C 90/3. „Katalog...” jest podstawowym dokumentem określającym konstrukcje nawierzchni drogowych oraz podstawowe wymagania technologiczne w drogownictwie w Polsce. W oparciu o Rozdział 4 „Katalogu typowych konstrukcji podatnych i półsztywnych” pn. „Schemat i terminologia warstw konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych oraz warstwy ulepszonego podłoża” Zamawiający stwierdził, że konstrukcje nawierzchni jezdni dróg wojewódzkich nr 222 i nr 224 zostały zaprojektowane prawidłowo - z jednoznacznie określonym układem warstw konstrukcyjnych, w tym przy zastosowaniu podbudowy zasadniczej dwuwarstwowej (warstwa górna z betonu asfaltowego, warstwa dolna z mieszanki niezwiązanej). Zamawiający przedstawił tabelę zawierającą schemat i nazwy warstw konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych. Wskazał, iż zgodnie z „Katalogiem...” w skład konstrukcji nawierzchni, spoczywającej na podłożu gruntowym, wchodzi następujące warstwy: 1) Górne warstwy konstrukcji nawierzchni, tj. a) warstwa ścieralna, b) warstwa wiążąca, c) podbudowa zasadnicza (jedno lub dwuwarstwowa) — spełniająca podstawową funkcję w rozłożeniu naprężeń z kół pojazdów. Materiałami do podbudowy zasadniczej mogą być: beton asfaltowy, mieszanki niezwiązane, mieszanki związane spoiwem hydraulicznym, grunty stabilizowane spoiwem hydraulicznym, mieszanki wykonane w technologii recyklingu na zimno (np. MCE), mieszanki mineralne z asfaltem spienionym), o właściwościach odpowiednich do podbudowy zasadniczej. 2. Dolne warstwy konstrukcji nawierzchni, tj.: a) podbudowa pomocnicza, b) warstwa mrozochronna. W związku z powyższym w ustanowionym w SIWZ warunku „wykonania warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej nr 222 i 224” - jako kluczowych elementów konstrukcji drogi, Zamawiający wskazał konieczność osobistego wykonania na ciągu głównym DW222 i DW224 konstrukcji nawierzchni w całym układzie warstw od warstwy ścieralnej do dolnej warstwy podbudowy zasadniczej, którą stanowi mieszanka niezwiązana z kruszywem C90/3 0 gr. 22 cm - niebitumiczna warstwa podbudowy zasadniczej. Tym samym treść przedłożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na czynność odrzucenia oferty Odwołującego wniósł on odwołanie, które wyrokiem z dnia 1 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 520/20 zostało uwzględnione, a Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty. W ramach ww. sprawy Izba rozstrzygała czy wskazana przez Odwołującego informacja o powierzeniu podwykonawcom wykonania zakresu z branży drogowej z wyłączeniem konstrukcji bitumicznej kwalifikuje się do uznania, że Odwołujący wykona osobiście część zastrzeżoną w pkt 4.IDW - tj. warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224.

Pismem z dnia 19 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w następującym zakresie: Zgodnie z dokumentacją projektową opracowaną na zlecenie firmy Trakcja PRKil S.A. - w szczególności: Tom 2.1 Projekt Wykonawczy - Ustalenie i wskazanie odcinków z rozróżnieniem projektowanego sposobu wzmocnień podłoża, konstrukcji nawierzchni, rodzaju i konstrukcji poboczy; Tom 22 Projekt Wykonawczy - Projekt drogowy - a stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, na przedmiotowej inwestycji na ciągu głównym DW nr 222 i 224 występują 3 rodzaje konstrukcji nawierzchni:

A. nawierzchnia podatna DW222 (KR4): (według wyroku KIO 520/20 "konstrukcja bitumiczna"):

- warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm, o warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 6 cm,
- warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 10 cm, e warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/30 gr. 22 cm,
- wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem.

B. Nawierzchnia podatna DW224 (KR3): (według wyroku KIO 520/20 "konstrukcja bitumiczna"):

- warstwa ścieralna z mieszanki mineralno-asfaltowej grubości 4 cm, o warstwa wiążąca z betonu asfaltowego grubości 5 cm,

- warstwa podbudowy zasadniczej z betonu asfaltowego grubości 7 cm, o warstwa podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/30 gr. 22 cm,
- wzmocnienie podłoża gruntowego zgodnie z projektem.

C. Nawierzchnia sztywna (DW222 i DW224) (zabrukowania - pierścień ronda w ciągu DW224 zabruki pachwinowe w obszarze ronda, przejezdne fragmenty jezdni DW222 w rejonie skrzyżowania DW222 i DW224) - nawierzchnia bez warstw bitumicznych - nie jest to „konstrukcja bitumiczna”:

- warstwa ścieralna: kostka kamienna 9/11: 10 cm,
- podsypka piaskowo-cementowa 1:4:3 cm,
- podbudowa zasadnicza z betonu cementowego C20/25: 20 cm,
- podbudowa pomocnicza z mieszanki związanej cementem C3/4: 20 cm.

Zamawiający dalej wskazał, iż zakres zaprojektowanych warstw konstrukcyjnych nawierzchni jezdni ciągu głównego DW nr 222 i 224 ma również odzwierciedlenie w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB), a także w kosztorysie ofertowym, gdzie poszczególne rodzaje podbudowy zasadniczej uwzględnione są w następujących pozycjach (Zamawiający wskazał pozycje 30, 35, 36, 37). Ponadto wskazał, iż definicja jezdni jest zawarta w opisie przedmiotu zamówienia, tj.: STWiORB - pkt I.4 ST D-M-00.00.00. Wymagania ogólne: „Jezdnia - część korony drogi przeznaczona do ruchu pojazdów.” Zatem jezdnia ciągu głównego drogi wojewódzkiej nr 222 i 224 to część korony drogi wojewódzkiej nr 222 i 224, przeznaczona do ruchu pojazdów. W zakresie skrzyżowań na ciągu głównym są to wszystkie elementy korony drogi wojewódzkiej nr 222 i 224, które przeznaczone są do ruchu pojazdów, a więc pasy ruchu jak również strefy przejezdnych zabruków - przeznaczone m.in. dla ruchu pojazdów ciężarowych i autobusów. W ciągu DW nr 224 (w km 59+295,05) zaprojektowane jest małe rondo jednopasowe o średnicy zewnętrznej 26 m i średnicy wewnętrznej 10 m - wyspa środkowa nieprzejezdna - co odpowiada wymaganiom §75 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U.2016.124 t.j.). Pas ruchu na rondzie ma szerokość 6 m i ma nawierzchnię podatną a wyspa środkowa otoczona jest przejezdnym pierścieniem szerokości 2 m, który posiada odmienną konstrukcję nawierzchni - konstrukcję sztywną (nawierzchnia z warstwą ścieralną z kostki kamiennej i podbudową z betonu cementowego C20/25). W celu poprawy przejezdności w rejonie ronda zaprojektowane są tzw. „zabruki pachwinowe” także o nawierzchni sztywnej. Również na skrzyżowaniu DW 222 i 224 występuje przejezdna część wyspy dzielącej pasy ruchu na DW222 na odcinku ok. 10 m o konstrukcji sztywnej. Na jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej nr 222 i 224 występują zatem dwa rodzaje konstrukcji nawierzchni: I. Konstrukcja podatna (pasy ruchu) - z warstwą ścieralną z betonu asfaltowego i podbudową zasadniczą dwuwarstwową: górna warstwa z betonu asfaltowego i dolna warstwa z mieszanki niezwiązanej z kruszywem. (według wyroku KIO z dnia 01.06.2020 r., sygn. akt: KIO 520/20 „konstrukcja bitumiczna”); II. Konstrukcja sztywna (pierścień przejezdny ronda, zabruki pachwinowe, przejezdna część wyspy dzielącej) - z warstwą ścieralną z kostki kamiennej i podbudową zasadniczą z betonu cementowego. (nawierzchnia bez warstw bitumicznych - nie jest to „konstrukcja bitumiczna”). Zamawiający wskazał, iż wykonawca w pkt 10a oświadczył, że wykona osobiście „konstrukcję bitumiczną”. Mając na względzie wyjaśnienia wykonawcy przedstawione w postępowaniu odwoławczym oraz zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 01.06.2020 r. Zamawiający wyjaśnił, iż przyjmuje rozumienie użytego przez Wykonawcę sformułowania, że oznacza ono całą konstrukcję nawierzchni z górnymi warstwami wykonanymi z mieszanek mineralno-bitumicznych, czyli jako tożsamego z używanym w katalogu pojęciem „nawierzchnia podatna”. Zamawiający przypomniał, iż w toku postępowania przed Izbą, wykonawca posiłkując się między innymi Opinią (pismem) przygotowanym przez autorów Katalogu typowych konstrukcji podatnych i półsztywnych (wykazał, iż posługując się użytym w ofercie pojęciem „konstrukcja bitumiczna” miał na myśli tożsamość z używanymi w katalogu pojęciami „nawierzchnia podatna” i „nawierzchnia półsztywna”. Argumentację wykonawcy uznała Izba pisząc w uzasadnieniu wyroku str. 20 cyt.: „Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Odwołujący wykazał w postępowaniu odwoławczym, że czynność Zamawiającego z dnia 2 marca 2020 roku jest nieprawidłowa. Izba stwierdziła, że pojęcie „konstrukcja bitumiczna” użyte przez Odwołującego w ofercie w pkt. 10a odnosi się do konstrukcji nawierzchni, w której warstwa ścieralna i warstwa wiążąca wykonana jest z mieszanek mineralno-asfaltowych, a żadna z warstw podbudowy zasadniczej nie jest wykonana z materiałów związanych spoiwem hydraulicznym (konstrukcja nawierzchni podatnej). Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy stwierdziła, że nie można pojęcia „konstrukcja bitumiczna” utożsamiać z pojęciem „bitumiczne warstwy konstrukcji nawierzchni” lub „bitumiczne warstwy konstrukcyjne nawierzchni” jak chciał tego dokonać Zamawiający Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie oświadczenia Wykonawcy zawartego w pkt. 10 a) złożonej oferty w kontekście zastrzeżenia

Zamawiającego zawartego w pkt. 4.5. IDW.

W dniu 26 czerwca 2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wskazując, iż nie kwestionuje prawa Zamawiającego do weryfikacji rzetelności i prawidłowości przedłożonej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględniając uprawnienia i obowiązki Zamawiającego, Wykonawca wskazał, iż w możliwie szeroki sposób wykaże zgodność złożonej oferty z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w dokumentacji SIWZ. Biorąc jednak pod uwagę dotychczasowy przebieg Postępowania, wraz z szerokimi wyjaśnieniami Wykonawcy dotyczącymi pkt 10a) oferty oraz jego interpretacjami złożonymi w trakcie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, Wykonawca zauważył istotną zbieżność treści niniejszego wezwania do złożenia wyjaśnień z przedmiotem sporu zakończonym już prawomocnym wyrokiem (sygn. KIO 520/20). W toku postępowania odwoławczego Wykonawca obszernie przedstawił i wyjaśnił zarówno rozumienie pojęcia „konstrukcji bitumicznej” jak i związany z nią pkt 10a) oferty Wykonawcy. W wyroku prawidłowość koncepcji wykonawcy potwierdziła Izba. Odwołujący zwrócił także uwagę na dotychczasowy przebieg oceny złożonej przez niego oferty. Oświadczenie Wykonawcy, które znalazło się w treści oferty (zgodnie, z którym Wykonawca realizuje samodzielnie konstrukcję bitumiczną) stało się podstawą decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Wykonawcy (pismem z dnia 2 marca 2020 roku). Zamawiający uznał, że Wykonawca naruszył w ten sposób wymóg IDW odnośnie obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia (warstwy podbudowy zasadniczej, bitumiczne warstwy nawierzchni). W postępowaniu odwoławczym zakończonym Wyrokiem Izba podzieliła argumentację Wykonawcy odnośnie zgodności oferty z treścią IDW. Odwołujący wskazał, iż w trakcie rozprawy Zamawiający podniósł nowy, nieartykułowany wcześniej, argument, zgodnie z którym abstrahując od znaczenia, które pojęciu „konstrukcja bitumiczna” przypisuje Wykonawca, bezsporne jest, że przedmiotem Postępowania jest również wykonanie nawierzchni o charakterze niebitumicznym (m. in. w obszarze ronda). Z prezentowanego przez Wykonawcę rozumienia pojęcia „konstrukcja bitumiczna” wywnioskować należy, że tego typu nawierzchnie nie będą wykonane samodzielnie. W treści Wyroku do okoliczności tej odniosła się Izba, wskazując, że nie była ona wskazana przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty Wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że dotychczas oś sporu pomiędzy nim a Zamawiającym przebiegała wokół tego czy warstwy podbudowy zasadniczej mogą mieścić się w pojęciu „konstrukcja bitumiczna”. Okoliczność ta została rozstrzygnięta zgodnie z interpretacją prezentowaną przez Wykonawcę. Poza sporem natomiast pozostawało, czy owe „warstwy podbudowy zasadniczej” dotyczą jedynie nawierzchni bitumicznych czy może również nawierzchni sztywnej. W trakcie rozprawy oraz w treści wezwania Zamawiający sformułował niepodnoszony wcześniej i nieznanym Wykonawcy wymóg, zgodnie z którym również podbudowa zasadnicza w zakresie nawierzchni sztywnej musi być wykonana bez udziału podwykonawców. Taka interpretacja jest niesłuszna.

Odwołujący wskazał, iż kluczową kwestią dla przeprowadzenia analizy interpretacji wymagań SIWZ przez Zamawiającego jest rozłożenie na części składowe postanowienia zawartego w pkt. 4.5 SIWZ (IDW). Wykonanie konstrukcji nawierzchni z warstwą ścieralną z kostki kamiennej wraz z podbudową zasadniczą z betonu cementowego (dotyczy pierścienia ronda oraz wyspy środkowej) nie było objęte przez Zamawiającego obowiązkiem osobistego wykonania przez Wykonawcę. Jest to inny rodzaj konstrukcji nawierzchni. Sam Zamawiający w swoim wezwaniu wskazał, że nawierzchnia konstrukcji z kostki kamiennej jest konstrukcją sztywną. Są to zatem dwie różne konstrukcje nawierzchni. Treść analizowanego pkt. 4.5 IDW pozwala na jednoznaczne ustalenie, że intencją Zamawiającego było, aby Wykonawca zrealizował osobiście zakres prac związany z konstrukcją bitumiczną. Zatem rozciąganie tego wymogu na podbudowę zasadniczą w ramach innego rodzaju nawierzchni jest nieuzasadnione. Zamawiający nie może oczekiwać osobistego wykonania robót, jeżeli nie były one objęte wymaganiami zawartymi w postępowaniu przetargowym. Postawione przez Zamawiającego wymagania w niniejszym Postępowaniu odnoszą się jednoznacznie do konstrukcji nawierzchni podatnej, co zostało potwierdzone przez Izbę w Wyroku. Zgodnie z definicją konstrukcji nawierzchni podatnej jest to konstrukcja, której warstwa ścieralna i wiążąca wykonane są z mieszanek mineralno-asfaltowych, a żadna z warstw podbudowy zasadniczej nie jest wykonana z materiałów związanych spoiwami hydraulicznymi. Wobec tego, próba postawienia (nieuzasadnionego) argumentu jakoby Wykonawca nie wywiązał się z postawionych wymogów poprzez twierdzenie Zamawiającego, że na pierścieniu ronda i wyspie dzielącej jest inny rodzaj podbudowy zasadniczej wykonany z betonu cementowego jest twierdzeniem niezasadnym. Podbudowa zasadnicza z betonu cementowego jest elementem konstrukcji nawierzchni sztywnej, co Zamawiający sam wskazał w swoim piśmie. Poza tym taka interpretacja wymogów postawionych przez Zamawiającego w odniesieniu do konieczności osobistego wykonania „warstw podbudowy zasadniczej”, odnosząc ten zapis do konstrukcji sztywnej z nawierzchnią z kostki kamiennej, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Wykonawca ma osobiście wykonać podbudowę zasadniczą z betonu cementowego bez konieczności osobistego wykonania nawierzchni z kostki kamiennej. Interpretacja taka jest nielogiczna i nieuzasadniona w świetle wiedzy technicznej i zasady racjonalności. Zatem wymagania Zamawiającego należy odnieść tylko do konstrukcji

nawierzchni podatnej.

Odwołujący podniósł także w wyjaśnieniach, że Zamawiający ma prawo żądać osobistego wykonania kluczowych części zamówienia (art. 36a ust. 2 Pzp), a za taką niewątpliwie należy uznać konstrukcję bitumiczną. Trudno jednak zgodzić się z twierdzeniem, że przywoływane pierścienie wokół ronda mają kluczowy charakter w kontekście całej inwestycji. Stanowi to dodatkowy argument przemawiający za tym, że Zamawiający nie żądał w tym zakresie osobistego wykonawstwa. W ocenie Wykonawcy interpretacja wymogu postanowionego w pkt 4.5 IDW przez Zamawiającego została dostatecznie objaśniona w toku postępowania. Wykonawca odnosi jednak wrażenie, że Zamawiający stara się aktualnie doprowadzić do jej nadinterpretacji, która niekorzystnie przekłada się na przedłożone oświadczenie z pkt 10a) oferty Wykonawcy. Należy zwrócić uwagę, że nawet Izba badając powstały spór wielokrotnie zwróciła w Wyroku uwagę, że Zamawiający w swojej dokumentacji posłużył się pojęciami niezdefiniowanymi. W ocenie Wykonawcy Zamawiający próbuje redefiniować zakres elementów wchodzący w skład konstrukcji bitumicznej, próbując rozdzielić poszczególne jej elementy, które w ocenie Zamawiającego mogą samodzielnie funkcjonować pod nomenklaturą omawianej konstrukcji, a tym samym powinny wchodzić w zakres samodzielnej realizacji przez Wykonawcę. Odwołujący zauważył, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień sam wskazuje, że przejezdny pierścień ronda posiada odmienną konstrukcję nawierzchni - konstrukcję sztywną, która jest nawierzchnią bez warstw bitumicznych, a zatem nie jest konstrukcją bitumiczną. Niekonsekwentnym w tym przypadku jest również powoływanie się przez Zamawiającego, że przyjmuje rozumienie użytego przez Wykonawcę sformułowania konstrukcji bitumicznej, a następnie rozdziela jej elementy powołując się na ich tożsamość. Usiłowanie nadinterpretowania rozstrzygniętych i ustalonych już definicji na obecnym etapie postępowania generuje wyłącznie kolejne wątpliwości interpretacyjne, które de facto nie istniały po stronie Zamawiającego na wcześniejszym etapie Postępowania, a także prowadzi do obciążenia Wykonawcy nieuzasadnionym ryzykiem.

Odwołujący zauważył także, że w sytuacjach wystąpienia niejasności interpretacyjnych w dokumentacji postępowania, Zamawiający nie może obciążać ryzykiem wykonawców stosujących się do literalnego brzmienia postanowień SIWZ. Problematyka niejasności, nieprecyzyjności i dwuznaczności interpretacyjnych była wielokrotnie przedmiotem rozważań Izby, na bazie których ugruntowało się jednolite stanowisko, zgodnie z którym wszelkie niejasności czy dwuznaczności wynikające z postanowień SIWZ Zamawiający winien interpretować na korzyść Wykonawcy. Odwołujący wskazał na wyroki Izby z dnia 23 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1945/13, z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 605/14, z dnia 28 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 67/09. Abstrahując od zasadności przedmiotowego wezwania, Odwołujący zauważył także, że Izba w wyroku z dnia 1 czerwca 2020 r. wskazała, iż uwzględniając zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 st. 1 pkt 2 Pzp nie nakazuje wezwania do przedstawienia wyjaśnień w zakresie złożonego oświadczenia w ofercie w punkcie 10a (strona 21, drugi akapit Wyroku). W ocenie Wykonawcy, powyższe jedynie potwierdza, że kwestia wyjaśnienia pkt 10a) oferty Wykonawcy została wystarczająco i merytorycznie kompletnie wyjaśniona w trakcie postępowania odwoławczego. Mając na uwadze całokształt powyższego stanowiska wraz z dotychczasowym przebiegiem postępowania, Odwołujący potwierdził, że złożone przez Wykonawcę oświadczenie w pkt 10a) oferty jest zgodne z wymogami Zamawiającego uregulowanymi w pkt 4.5 IDW.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2020 r. powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż warunek osobistego wykonania wskazany w pkt 4.5 IDW sformułowany został przez Zamawiającego w odniesieniu do faktycznego zakresu robót budowlanych dla przedmiotowej inwestycji, przewidzianych do wykonania w dokumentacji projektowej stanowiącej Opis Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający, mając uzasadnione wątpliwości, co do treści oświadczenia Wykonawcy w zakresie spełniania wymaganego warunku osobistego wykonania wymaganych przez Zamawiającego części zamówienia, tj. „wykonanie warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224” oraz mając na względzie rozstrzygnięcie zawarte w wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2020 r. (sygn. akt: KIO 520/20) zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w zakresie oświadczenia zawartego w pkt 10a. W warunku Zamawiający wskazał jednoznacznie części konstrukcji nawierzchni, które wymaga, aby Wykonawca wykonał osobiście, tj. warstwy podbudowy zasadniczej na jezdni ciągu głównego i bitumiczne warstwy nawierzchni na jezdni ciągu głównego. W związku z tym, że w zwrocie „warstwy podbudowy zasadniczej” Zamawiający nie wyszczególnił ich konkretnego rodzaju oznacza, że wymaga osobistego wykonania wszystkich warstw podbudowy zasadniczej występujących w ciągu głównym drogi wojewódzkiej nr 222 i 224.

W dalszej części Zamawiający powołał się na informacje wskazane już w treści wezwania, w tym definicję jezdni zawartą w STWiORB oraz okoliczność, że w dokumentacji projektowej Tom 2.1 na jezdni ciągu głównego DW nr 222 i 224 występują 3 rodzaje konstrukcji nawierzchni (A. konstrukcja nawierzchni DW 222 (KR4) - nawierzchnia podatna,

B. konstrukcja nawierzchni DW 224 (KR3) - nawierzchnia podatna; C. konstrukcja nawierzchni DW222 i DW224 - nawierzchnia sztywna) Zamawiający dalej wskazał, iż zakres zaprojektowanych warstw konstrukcyjnych nawierzchni jezdni ciągu głównego DW nr 222 i 224 ma również odzwierciedlenie w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB), a także w kosztorysie ofertowym, gdzie poszczególne rodzaje podbudowy zasadniczej uwzględnione są w następujących pozycjach: 30, 35, 36, 37. W związku z powyższym w zakresie warstw podbudowy zasadniczej wymogowi osobistego wykonanie przez Wykonawcę podlega poza dolną warstwą podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej z kruszywem C90/3 w „konstrukcji bitumicznej” również podbudowa zasadnicza z betonu cementowego C20/25 dla konstrukcji nawierzchni ciągu głównego z warstwą ścierną z kostki kamiennej (niebitumiczną) - innej niż „konstrukcja bitumiczna”. Zamawiający podniósł, iż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawił swoje stanowisko, w którym nie wyjaśnił, że oświadczenie zawarte w pkt. 10a złożonej przez niego oferty spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w pkt. 4.5. IDW. Ponadto na stronie 2 pisma oświadczył cyt.: „przedmiotem Postępowania jest również wykonanie nawierzchni o charakterze niebitumicznym (m.in. w obszarze ronda). Z prezentowanego przez Wykonawcę rozumienia pojęcia „konstrukcja bitumiczna” wynioskować należy, że tego typu nawierzchnie nie będą wykonywane samodzielnie.” Wobec złożenia oferty przez Wykonawcę niespełniającej wymagań SIWZ Zamawiający dokonał = jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Na wstępie należy wskazać, iż Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego po pierwsze przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego przedstawionego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, a po drugie przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego przedstawionego w odwołaniu celem poparcia stawianych zarzutów. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodność tej oferty z treścią SIWZ, której Zamawiający upatrywał w złożonym w pkt 10a formularza ofertowego oświadczeniu o deklarowanym zakresie podwykonawstwa w branży drogowej, które daniem Zamawiającego nie odpowiadało wymaganiu postawionemu w pkt 4.5. IDW dotyczącemu zastrzeżenia do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej Izba stwierdziła, iż Zamawiający prawidłowo uznał, że oferta Odwołującego w deklarowanym zakresie podwykonawstwa była niezgodna z postawionym w pkt 4.5 IDW wymogiem osobistej realizacji kluczowych części zamówienia,

a w konsekwencji czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie naruszała art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W orzecznictwie Izby nie budzi wątpliwości okoliczność, iż porównanie określonego zakresu prac do wykonania przez podwykonawcę, gdy zakres ten został zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę, stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegającą na nieprawidłowym określeniu sposobu wykonania zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 marca 2019 r., sygn. akt KIO 282/19). Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wymóg określony w pkt 4.5 IDW nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Zgodnie z tym postanowieniem wykonawca ma obowiązek osobistego wykonania następujących części zamówienia: wykonania warstw podbudowy zasadniczej i bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego drogi wojewódzkiej 222 i 224. Literalna treść tego postanowienia wskazuje, że Zamawiający jako kluczowe części zamówienia wymagające osobistego wykonania określił konkretne prace

dotyczące konstrukcji nawierzchni jezdni ciągu głównego DW 222 i 224, tj.:

- wykonanie warstw podbudowy zasadniczej nawierzchni jezdni ciągu głównego;
- wykonanie bitumicznych warstw nawierzchni jezdni ciągu głównego.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający wymagał osobistego wykonania konkretnego rodzaju warstw nawierzchni, tj. bitumicznych warstw nawierzchni, natomiast zakresem osobistego wykonania nie objął niebitumicznych warstw nawierzchni (tj. warstwy ścieralnej z kostki kamiennej dla konstrukcji sztywnej). Analogicznego ograniczenia Zamawiający nie wprowadził w przypadku warstw podbudowy zasadniczej, a zatem obowiązek osobistego wykonania odnosił się w tym zakresie do podbudowy zasadniczej wszystkich konstrukcji nawierzchni jezdni ciągu głównego DW 222 i 224. Okoliczność, że podbudowa zasadnicza występuje zarówno w przypadku konstrukcji bitumicznych, jak i niebitumicznych, nie była w postępowaniu odwoławczym sporna. Podobnie nie był kwestionowany fakt, że część pierścienia przejezdnego ronda, którego konstrukcja nawierzchni obejmuje niebitumiczne warstwy, stanowi jezdnię ciągu głównego. W tym miejscu celem uzupełnienia należy dodać, że sygnalizowana na rozprawie przez jednego z pełnomocników Odwołującego okoliczność, że jest to nawierzchnia pomocnicza, nie została podniesiona w odwołaniu, wobec czego stanowi argumentację spóźnioną. Zresztą została ona skutecznie przez Zamawiającego zakwestionowana - Zamawiający wskazywał, że nie jest ona nawierzchnią pomocniczą i ma ona za zadanie optyczne zawężenie toru ruchu tak, aby kierowca zwalniał wjeżdżając na rondo.

Zdaniem składu orzekającego omawiany wymóg odnosił się do wykonania warstw podbudowy zasadniczej, nie różnicując ani nie ograniczając ich zakresu, co oznacza, że odnosił się on do wszystkich warstw podbudowy zasadniczej nawierzchni jezdni ciągu

32

głównego DW 222 i 224. Gdyby zamiarem Zamawiającego było egzekwowanie od wykonawców obowiązku osobistego wykonania zamówienia w sposób wskazywany przez Odwołującego, to Zamawiający doprecyzowałby, że wymaga osobistego wykonania wyłącznie tych warstw podbudowy zasadniczej, które znajdują się pod nawierzchnią bitumiczną. Stanowisko Odwołującego, iż pkt 4.5 IDW należy czytać w ten sposób, że wymóg osobistego wykonania dotyczy warstw bitumicznych i podbudowy zasadniczej jedynie pod tymi właśnie warstwami nie znajduje uzasadnienia na gruncie wykładni językowej tego postanowienia. Odwołujący zresztą nie prezentuje argumentacji, która pozwalałaby przyjąć jego stanowisko za zasadne w oparciu o literalne brzmienie pkt 4.5 IDW. Odwołujący powołując się na to, że Zamawiający dokonuje nieuprawnionej interpretacji wymogu z pkt 4.5 IDW, sam interpretuje ten warunek w sposób oderwany od jego literalnej treści.

W konsekwencji nie sposób przyznać racji Odwołującemu, który twierdził, że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia rozszerzył zakres wymogu z pkt 4.5 IDW. Okoliczność, że odrzucając ofertę Odwołującego w dniu 2 marca 2020 r. Zamawiający nie objął zakresem podstaw faktycznych kwestii wykonania podbudowy zasadniczej nawierzchni sztywnej, nie oznacza, że wymóg z pkt 4.5 zredefiniował ani, że konieczność osobistego wykonania tego rodzaju prac była wymogiem nieznanym dotychczas. Sam Odwołujący w treści odwołania wskazał, że dokumentacja projektowa odnosi się do trzech rodzajów konstrukcji nawierzchni, w tym nawierzchni sztywnej. Odwołujący przyznał również w odwołaniu, że niezależnie od rodzaju nawierzchni, konstrukcja nawierzchni zawiera w sobie podbudowę zasadniczą. Zatem Odwołujący był świadomy, że warstwy podbudowy zasadniczej występują nie tylko w przypadku nawierzchni bitumicznej. Z kolei podnoszona w odwołaniu okoliczność, że konstrukcja, na której opiera się realizacja pierścienia ronda znacząco różni się od konstrukcji realizacji części bitumicznych w żaden sposób nie wpływa na ocenę spornego postanowienia IDW.

Jedynie uzupełniając Izbę wskazuje, że na powyższą ocenę, nie miała wpływu podnoszona przez Przystępującego PBD okoliczność, jakoby żaden z wykonawców nie miał wątpliwości co do interpretacji warunku czy też to, że Odwołujący w innych postępowaniach odmiennie konstruował oświadczenie co do zakresu podwykonawstwa. Treść ofert złożonych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nie pozwala na wyciągnięcie tak jednoznacznych wniosków, jak czyni to Przystępujący, bowiem sam fakt, że dany wykonawca wskazał inny zakres podwykonawstwa czy fakt, że opisując zakres podwykonawstwa przytoczył treść pkt 4.5 IDW, w żaden sposób nie wskazuje, jak wykonawcy interpretowali ten wymóg. Analogicznie rzecz się ma jeśli chodzi o oferty składane przez Odwołującego w innych postępowaniach. Ponadto ocenie Izby w przedmiotowej sprawie podlega konkretne postanowienie IDW i konkretna deklaracja Odwołującego z formularza ofertowego, a dla tej

oceny wcześniejsze działania Odwołującego oraz wymogi stawiane w innych postępowaniach nie mogą mieć decydującego znaczenia. Z powyższych względów również przedstawione na

tę okoliczność przez Przystępującego PBD dowody nie miały wpływu na rozstrzygnięcie.

Nie sposób także podzielić stanowiska Odwołującego, że interpretacja pkt 4.5 IDW przyjęta przez Zamawiającego miałaby wypaczać sens regulacji z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Izba zgadza się z Odwołującym, że ww. przepis stanowi wyjątek od zasady przyznającej wykonawcy swobodę w powierzeniu części zamówienia podwykonawcy czy też podwykonawcom. W ocenie Izby w przypadku zastrzeżenia przez Zamawiającego określonych części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę, zakres ten nie może być interpretowany rozszerzająco. Obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczne i precyzyjne dookreślenie, jaka część zamówienia objęta jest zastrzeżeniem osobistego wykonania jako kluczowa, a w przypadku powstania sporów interpretacyjnych co do rozumienia tego zakresu, niedopuszczalna jest jego wykładnia rozszerzająca, tj. taka, w wyniku której ograniczenie podwykonawstwa miałoby miejsce w zakresie szerszym niż literalnie wynika z treści zastrzeżenia. Natomiast w przedmiotowym przypadku z taką sytuacją nie mamy do czynienia - w ocenie Izby Zamawiający nie wyklądał zakresu zamówienia wskazanego do osobistej realizacji w sposób rozszerzający, lecz zgodnie z jego literalnym brzmieniem, a treść pkt 4.5 nie budziła wątpliwości interpretacyjnych.

Niezależnie od powyższego, Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że wykonanie podbudowy zasadniczej nawierzchni sztywnej nie może być uznane za kluczową część zamówienia. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się w tym zakresie wyłącznie do relatywnie małej ilości przedmiarowej dla podbudowy cementowej (sztywnej) w stosunku do łącznej ilości przedmiarowej dla podbudów zasadniczych oraz kwestii różnego zaangażowania zasobów sprzętowych i kadrowych przy różnych rodzajach nawierzchni. Tymczasem w ocenie Izby o tym, czy dana część zamówienia jest kluczową jego częścią, nie przesądza ani udział wartościowy czy ilościowy danego rodzaju prac w realizacji zamówienia, ani związane z tym zaangażowanie sprzętowe czy kadrowe. Kwestią mającą zasadnicze znaczenie jest istotność określonych prac z perspektywy realizacji zamówienia oraz celów, jakim realizacja tego zamówienia służy. Przy czym ocena czy dana część zamówienia jest częścią kluczową zależeć będzie od stanu faktycznego konkretnego przypadku.

W tym aspekcie Izba za wiarygodną uznała argumentację Zamawiającego, że to właśnie podbudowa zasadnicza (jako „fundament”) ma kluczowe znaczenie dla trwałości jezdni. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, takie ukształtowanie wymagania z pkt 4.5 IDW ma na celu zapewnienie osiągnięcia właściwych parametrów geometrycznych

34

i wytrzymałościowych elementów konstrukcyjnych, co stanowi o trwałości i właściwej eksploatacji obiektu, jak i ma znaczenie w kontekście zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa ruchu drogowego. Powyższe znajduje odniesienie także w kontekście podbudowy zasadniczej z betonu cementowego, która ma być zastosowana w pierścieniu ronda - planowana w tym miejscu nawierzchnia sztywna z uwagi na występujący w tym miejscu duży ruch pojazdów ciężarowych oraz trajektorii ruchu tych pojazdów podczas skrętu, będzie poddawana istotnym obciążeniom. Przywołane w tym zakresie przez Zamawiającego szczegółowe dane, w tym dotyczące lokalizacji przedmiotowego odcinka drogi czy liczby pojazdów ciężarowych poruszających się po nim i związanego z tym obciążenia nawierzchni, nie były przez Odwołującego kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw aby odmówić im wiarygodności. Izba za przekonujące i logiczne uznała także stanowisko Przystępującego PBD, który wskazywał, iż rzetelne wykonanie warstw podbudowy zasadniczej, w szczególności gdy kolejną warstwę stanowi kostka kamienna, ale także każdy inny rodzaj nawierzchni, jest najistotniejsze z perspektywy Zamawiającego, ponieważ ta ostatnia warstwa w każdym wypadku szybko i sprawnie może zostać poprawiona, w przeciwieństwie do elementu konstrukcji jezdni, jaką jest warstwa podbudowy zasadniczej. Słusznie także podnosił Przystępujący PBD, że wymaganie osobistego wykonania każdej przewidzianej w projekcie warstwy podbudowy zasadniczej w ciągu głównym jezdni jest zgodne z zasadami doświadczenia zawodowego, gdyż na nich odbywać się będzie ruch pojazdów, a więc muszą być najtrwalsze i wykonane z najwyższą starannością. W ocenie Izby powyższe potwierdza, że oczekiwanie Zamawiającego, aby podbudowy zasadnicze dla wszystkich rodzajów nawierzchni, także sztywnej, wykonał osobiście wykonawca legitymujący się stosownym doświadczeniem, znajduje uzasadnienie. Odwołujący zaś okoliczności przeciwnie nie wykazał, a na rozprawie wskazał, że nie kwestionuje tego, że nawierzchnia, po której poruszać się będą pojazdy ciężarowe, jest rzeczą istotną.

Ponadto Izba stwierdziła, że podnoszona przez Odwołującego argumentacja, iż Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania warstwy podbudowy zasadniczej nawierzchni sztywnej, a nie objął tym zakresem wykonania warstwy górnej nawierzchni (układania kostki brukowej), stanowiąca próbę podważenia logiki działania Zamawiającego, nie

została niczym poparta. Odwołujący wskazywał jedynie, że „żądanie Zamawiającego jest niezrozumiałe i miałoby techniczne uzasadnienie jedynie w przypadku powiązania go z obowiązkiem osobistego wykonania również warstwy nawierzchni (nawierzchni sztywnej)” oraz że „nie znajduje technicznego uzasadnienia dla tak postawionego wymogu”, przy czym powyższego stanowiska szerzej ani nie uargumentował, ani nie poparł dowodami. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego, że zastrzeżenie wykonania samej warstwy ścieralnej dla konstrukcji sztywnej (układanie kostki brukowej) do osobistego wykonania nie było konieczne, ponieważ za jej parametry wytrzymałościowe i nośne odpowiada przede wszystkim materiał (rodzaj kamienia, parametry geometryczne). Odwołujący podnosząc na rozprawie, że również ułożenie kostki, wykonanie spoeń, jest istotne, w żaden sposób okoliczności tej nie wykazał.

Dodać trzeba, że jeżeli w świetle wiedzy technologicznej przedmiotowy wymóg należało zdaniem Odwołującego interpretować odmiennie niż wskazuje jego literalna treść, to obowiązkiem Odwołującego, jako profesjonalisty, było zasygnalizowanie tego problemu w odpowiednim czasie - albo w drodze pytań do treści SIWZ, albo poprzez zaskarżenie w drodze odwołania treści pkt 4.5 jako wykraczającego poza uprawnienie przyznane Zamawiającemu na gruncie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamiast tego Odwołujący przyjął (według jego twierdzeń zawartych na str. 8 odwołania), że intencją Zamawiającego było nałożenie na wykonawców obowiązku osobistego wykonania w odniesieniu jedynie do elementów konstrukcji bitumicznej i w świetle takiej interpretacji złożył deklarację w ofercie co do zakresu podwykonawstwa. Izba wskazuje, że przedmiotowy spór, wbrew stanowisku Odwołującego, nie jest wynikiem niewłaściwej interpretacji postanowień SIWZ przez Zamawiającego, lecz efektem niedochowania należytej staranności przez Odwołującego podczas sporządzania oferty - Odwołujący określił bowiem zakres podwykonawstwa w sposób szerszy niż dopuszcza to pkt 4.5 IDW. Odwołujący jest profesjonalistą i tym profesjonalizmem winien się wykazać składając stosowne deklaracje w formularzu ofertowym, a w przypadku odmiennego interpretowania wymogów IDW w relacji do ich literalnego brzmienia profesjonalny charakter działalności Odwołującego wymaga od niego skorzystania z instrumentów, jakie daje mu ustawa Pzp, aby uniknąć negatywnych konsekwencji błędnego odczytania postanowień SIWZ, czyli w przedmiotowym przypadku konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty z powodu niezgodności z pkt 4.5 IDW. Oczywiście nie sposób odmówić Odwołującemu prawa do podejmowania obecnie wszelkiego rodzaju prób „ratowania” własnej oferty, niemniej argumentacja prezentowana przez Odwołującego co do wykładni postanowienia 4.5 IDW - jakkolwiek korzystna z jego perspektywy - nie znajduje uzasadnienia na gruncie dokumentów zamówienia.

Mając na uwadze wszystko powyższe, za niezasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego, jakoby adekwatnym w przedmiotowej sprawie miało być orzecznictwo odnoszące się do rozstrzygnięcia wykładni niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawców oraz na niekorzyść autora tekstu (Zamawiającego). Izba uznała treść pkt 4.5 IDW za jednoznaczną i nie dostrzegła na jej gruncie podnoszonych przez Odwołującego wątpliwości. Nadto w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby prezentowana przez niego wykładnia pkt 4.5 IDW mogła być również uzasadniona logicznie na gruncie dokumentów zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: