

WYROK

z dnia 29 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku oraz PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie

przy udziale wykonawcy Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3274/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3274/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę/przebudowę drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin - Przeworsk - Grabownica Starzeńska na odcinku DK 4 do miasta Kańczuga - etap II (znak postępowania: PZDW/WZP/3052/243/WFU/5/2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 102 - 265932.

W dniu 8 listopada 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PBI Infrastruktura S.A. z siedzibą w Kraśniku oraz PBI WMB Sp. z o.o. z siedzibą w Sandomierzu [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 103 i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a przez to wadliwe uznanie, że dokumentacja projektowa w sposób jednoznaczny wskazywała na konieczność ujęcia w składanej ofercie nawierzchni drogowej w postaci BBTM8 oraz że Odwołujący zaproponował wykonanie warstwy ścieralnej nawierzchni w innej technologii niż została określona w dokumentacji projektowej;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, a przez to wadliwe uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;
2. uznanie, że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
3. uznanie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny. Odwołujący przedstawił argumentację prawną, popartą orzecznictwem KIO i sądów powszechnych, dotyczącą zasad sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, w tym w przypadku zamówień na roboty budowlane, naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych oraz dotyczącą reguły interpretacyjnej „na korzyść wykonawcy”.

Odwołujący uzasadniał, że w niniejszej sprawie należy uznać, że dokumentacja przetargowa, wbrew licznym zapewnieniom Zamawiającego złożonym przez niego w piśmie z dnia 29 października 2021 r., nie wskazuje jednoznacznie, że wykonawcy winni ująć w składanych przez nich ofertach wyłącznie nawierzchnie drogowe w postaci BBTM. Na uwagę zasługuje w tym względzie przede wszystkim treść Decyzji środowiskowej. W dokumencie tym czytamy, że: „Wprowadzenie nawierzchni „cichej” obejmującej cały analizowany odcinek drogi; zalecana nawierzchnia to np. BBTM 8 na bazie asfaltu modyfikowanego z dodatkiem gumy o właściwościach pozwalających na redukcję emisji rzędu ok. 6 dB (...)”. Wynika z tego zatem, że Decyzja środowiskowa nie określa w sposób jednoznaczny, że nawierzchnia jaka może być zastosowana do realizacji Inwestycji, to wyłącznie BBTM 8. Z dokumentu tego płynie wręcz odmienny wniosek, bowiem organ administracji wskazując w Decyzji środowiskowej nawierzchnię BBTM 8 traktuje ją jako przykładową nawierzchnię, jaka może (aczkolwiek nie musi) być w tej sytuacji zastosowana. Kluczowym w tym przypadku jest jedynie to, aby nawierzchnia ta pozwoliła na redukcję emisji hałasu rzędu ok 6 dB. Innymi słowy decyzja ta dopuszcza stosowanie różnych nawierzchni, nie tylko BBTM 8 (pod warunkiem spełnienia wymogu odpowiedniej redukcji hałasu), zaś wybór w tym zakresie leży w gestii wykonawcy robót (w tym przypadku Odwołującego).

Odwołujący wskazał, że brak jednoznaczności w dokumentacji przetargowej wynika także z treści Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia. W dokumencie tym (na str. 6), Zamawiający opisując obowiązki spoczywające na wykonawcy wskazał, że wykonawca zobowiązany będzie m.in. do: „Realizacji inwestycji zgodnie z ustaleniami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji znak: RPPII.6220.2.2018 z dnia 14.01.2019 r., w tym wykonanie na całym odcinku nawierzchni cichej np. BBTM 8 na bazie

asfaltu modyfikowanego z dodatkiem gumy o właściwościach pozwalających na redukcję emisji hałasu rzędu ok. 6dB”. Oznacza to zatem, że Zamawiający wcale nie wymagał, aby

wykonawcy przygotowując ofertę w Postępowaniu, uwzględniali wyłącznie mieszankę BBTM. Użycie w tym przypadku zwrotu „np.” jednoznacznie wskazuje, iż mieszanka ta jest jedynie mieszanką przykładową, którą wykonawca może aczkolwiek nie musi uwzględnić w treści swojej oferty.

Zdaniem Odwołującego taki sposób wykładni dokumentacji przetargowej wynika również z informacji uzyskanych od Zamawiającego podczas postępowania przetargowego prowadzonego w ramach pierwszego etapu Inwestycji, co jest o tyle istotne, i co zostało już wyżej podkreślone, że dokumentacja techniczna dla obu etapów tej Inwestycji jest w zasadzie taka sama. Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługują pytania i odpowiedzi opublikowane przez Zamawiającego w dniu 9 listopada 2020 r. W odpowiedzi na pytanie nr 17, Zamawiający wskazał, że: „Informujemy, iż zadaniem Projektanta było opracowanie projektu budowlanego. Szczegółowe opracowania systemu odwodnienia nawierzchni ścieralnej są elementem projektu wykonawczego oraz są zależne od przyjętej warstwy ścieralnej (decyzja środowiskowa dopuszcza różne nawierzchnie redukujące emisję hałasu, nie tylko BBTM 8) i leżą w kwestii Wykonawcy”. Oznacza to zatem, iż gdyby Zamawiający uważał, że wykonawcy winni zastosować wyłącznie mieszankę BBTM 8, to w odpowiedzi na powyższe pytanie, Zamawiający nie wskazałby na możliwość wyboru nawierzchni redukującej emisję hałasu, lecz odpowiedź na to pytanie ograniczałaby się wyłącznie do mieszanki BBTM 8, na której opiera się Projekt Architektoniczno - Budowlany.

Odwołujący wskazał, że podczas postępowania przetargowego prowadzonego w ramach pierwszego etapu Inwestycji, Zamawiający również wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z dnia 1 lutego 2021 r. szczegółowo przedstawił wyliczenia dotyczące ceny. Wśród dokumentów załączonych do tego pisma była także Kalkulacja Ofertowa, w której pod poz. 2.5. „Nawierzchnie” pkt 80 Odwołujący wskazał, że do kalkulacji oferty przyjął mieszankę AC SMA 8. W postępowaniu przetargowym dotyczącym pierwszego etapu Inwestycji, Zamawiający mając wiedzę, iż Odwołujący do wyceny oferty przyjął mieszankę AC SMA 8, dopuścił taki stan rzeczy, uznając tym samym, iż jest on zgodny z dokumentacją techniczną dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia. Niezrozumiały jest zatem sposób postępowania Zamawiającego podczas Postępowania, w którym Zamawiający kwestionuje możliwość wykorzystania przez Odwołującego w ofercie mieszanki AC SMA 8, zamiast BBTM 8.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zwracając się do Odwołującego pismem z dnia 7 września 2021 r. o udzielenie wyjaśnień dotyczących rodzaju nawierzchni przyjętej przez Odwołującego w ofercie, mając świadomość zastosowania przez Odwołującego mieszanki AC SMA 8, nie odrzucił wówczas jego oferty, lecz jedynie wnosił o zapewnienie, iż mieszanka ta spełni wymagania określone w Decyzji środowiskowej, jak również zapewnienie, iż Odwołujący weźmie odpowiedzialność jeżeli w wyniku analizy porównawczej okaże się, że zastosowana nawierzchnia nie spełnia wymagań narzuconych w Decyzji Środowiskowej. Wynika z tego zatem, iż Zamawiający na tamtym etapie przyjął taką wykładnię dokumentacji projektowej, jaka obowiązywała podczas postępowania przetargowego dotyczącego pierwszego etapu Inwestycji, tj. wykładnię dopuszczającą zastosowanie przez wykonawcę nawierzchni AC SMA 8.

Podkreślał, że rolą projektanta jest opracowanie projektu architektoniczno - budowlanego, w którym zawarte zostaną przykładowe rozwiązania projektowe i materiałowe. Uszczegółowienie rozwiązań technicznych następuje dopiero na etapie przygotowania projektu wykonawczego, którego opracowanie leży w gestii wykonawcy. Potwierdził to również sam Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 17 podczas postępowania przetargowego prowadzonego w ramach pierwszego etapu Inwestycji. Projektant tworząc Projekt Architektoniczno - Budowlany dedykowany przedmiotowej Inwestycji, opisując rodzaj nawierzchni ograniczył się jedynie do wyboru tej, która wskazana została, jako przykładowa, w Decyzji środowiskowej. Nie jest przy tym wykluczone, iż w sytuacji, gdyby organ administracji w Decyzji środowiskowej, jako przykładową nawierzchnię wskazał AC SMA 8, to projektant dokonałby wyboru właśnie tej nawierzchni. Kluczową kwestią w zakresie doboru odpowiedniej nawierzchni jest zapewnienie odpowiedniego poziomu redukcji hałasu, co wprost wynika z Decyzji środowiskowej, w której organ ją wydający, nie skupiał się na konkretnym rodzaju nawierzchni, jaka winna być zastosowana, lecz na tym, aby nawierzchnia ta doprowadziła do redukcji poziomu hałasu rzędu ok. 6 dB. Co więcej, z treści Projektu Architektoniczno — Budowlanego (branża drogowa, s. 31, pkt 3 sprawdzenie skuteczności rozwiązań) nie wynika jednoznacznie, aby projektant narzucił wyłącznie zastosowanie mieszanki BBTM 8. Użyte w treści tego dokumentu sformułowanie: „w celu

sprawdzenia skuteczności zaproponowanych rozwiązań minimalizujących oddziaływanie akustyczne analizowanej drogi (tj. planowane zastosowania cichej nawierzchni)” sugeruje, iż

projektant jedynie proponuje użycie tej mieszanki, nie wkluczając kategorycznie zastosowanie innej, która spełni oczekiwania w zakresie minimalizacji emisji hałasu. Za taką

konstatacją przemawia tym bardziej fakt, iż projektant w treści Projektu Architektoniczno - Budowlanego wskazuje na konieczność zweryfikowania skuteczności zaproponowanego rozwiązania w postaci cichej nawierzchni. Oznacza to zatem, iż projektant dokonując wyboru mieszanki BBTM 8 sam nie był pewien, czy mieszanka ta rzeczywiście spełni wymagania określone w Decyzji środowiskowej. Okoliczność ta tym samym stanowi o nieprecyzyjności i niejasności w opisie rozwiązań technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia.

Również Projekt Budowlany nie stanowi jednoznacznie o tym, że wykonawcy przygotowując ofertę winni w niej uwzględnić włącznie mieszankę BBTM. Znajduje to odzwierciedlenie w treści tego dokumentu TOM 1: PROJEKT ZAGOSPODAROWANIA TERENU, 8. ZALECENIA WYNIKAJĄCE Z DECYZJI O ŚRODOWISKOWYCH UWARUNKOWANIACH ORAZ DECYZJI POZWOLENIE WODNOPRAWNE, pkt 43), strona nr 108. W tym przypadku również posłużono się określeniem „zalecana nawierzchnia to np. BBTM”, podkreślając tym samym, że nawierzchnia BBTM jest jedynie przykładowa, zaś wykonawcy przygotowując ofertę mogą wykorzystać także inne nawierzchnie, byle spełniały one wymagania Decyzji środowiskowej.

Odwołujący wskazał, że nie polegają na prawdzie twierdzenia Zamawiającego, jakoby Odwołujący zaproponował wykonanie warstwy ścieralnej nawierzchni w innej technologii niż ta, która określona została w dokumentacji technicznej. Podkreślał, że zarówno warstwa ścieralna nawierzchni AC SMA 8, jak i warstwa ścieralna nawierzchni BBTM 8 - wykonywane są w tej samej technologii. Przy budowie nawierzchni dróg, w tym autostrad i dróg ekspresowych, w Polsce wykorzystywane są dwie zasadnicze technologie: nawierzchnie

podatne z mieszanek mineralno - asfaltowych (MMA) oraz nawierzchnie sztywne z betonu

cementowego. Zgodnie z dostępnymi publikacjami: Katalog Przebudów i Remontów Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych KPRN PiP-2013 oraz Wymagania Techniczne WT-2 2014 - część I. Mieszanki mineralno-asfaltowe. (Załącznik do zarządzenia Nr 54 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 18.11.2014), AC SMA 8 oraz BBTM 8 kwalifikowane są do tej samej grupy, a zatem można uznać, że są tym samym wyrobem będącym mieszanką mineralno - asfaltową (MMA) oraz zalecane są do tego samego zastosowania, tj. do redukcji hałasu drogowego. Zdaniem Odwołującego nie można zatem uznać, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jak już zostało wskazane warstwa ścieralna nawierzchni AC SMA 8 jest tym samym wyrobem, co nawierzchnia BBTM 8 i jest przygotowywana według tej samej technologii. Zastosowanie mieszanki AC SMA 8 pozwoli zachować wszystkie wymagania techniczne dla warstwy ścieralnej, jak również wypełnione zostaną wytyczne wynikające z Decyzji Środowiskowej.

Okoliczność potwierdzająca, iż oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia wynika także z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie nr 24 do SWZ, opublikowanej w dniu 29 czerwca 2021 r. Odwołujący podniósł, że zastosowanie przez Odwołującego innego rodzaju mieszanki (w tym przypadku AC SMA 8), nie stanowi zmiany konstrukcji nawierzchni, dlatego też należy uznać, że ograniczenia, o których pisze Zamawiający w odpowiedzi na to pytanie, nie dotyczą przedmiotowej sytuacji. Wniosek ten prowadzi zatem do konstatacji, że oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i brak jest jakichkolwiek podstaw do jej odrzucenia.

Konkludując Odwołujący wskazał, że dokumentacja przetargowa nie określa w sposób precyzyjny i jednoznaczny rodzaju mieszanki warstwy ścieralnej, jaka winna być zastosowana do realizacji przedmiotu zamówienia. Decyzja środowiskowa wskazuje jedynie BBTM 8, jako mieszankę przykładową, która może zostać zastosowana przez wykonawcę. Z kolei, Projekt Architektoniczno — Budowlany oraz STWiORB branży drogowej wymieniają już jedynie mieszankę BBTM 8, przy czym nie wykluczają kategorycznie innych mieszanek spełniających wymagania określone w Decyzji środowiskowej. Oznacza to zatem, iż pomiędzy poszczególnymi dokumentami stanowiącymi dokumentację techniczną zachodzą nieścisłości. Nieścisłości oraz nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia dla wykonawców z branży drogowej, o którym mowa powyżej - nie może stanowić podstawy do obarczenia Odwołującego negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia jego oferty.

Wykładnia przyjęta przez Odwołującego w toku niniejszego postępowania jest konsekwencją stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego dotyczącego pierwszego etapu Inwestycji, które znalazło odzwierciedlenie nie tylko w odpowiedziach na pytania Wykonawców, ale także w wyborze oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i zawarciu z nim umowy na realizację tego etapu Inwestycji.

Zamawiający podczas postępowania przetargowego dotyczącego pierwszego etapu Inwestycji, jak również w początkowym etapie tego Postępowania, prezentował wykładnię polegającą na dopuszczeniu przez wykonawców do wyceny oferty innych mieszanek niż BBTM 8. Zarówno mieszanka BBTM 8, jak i mieszanka AC SMA 8 są mieszankami

należącymi do tej samej technologii i gwarantując takie same parametry techniczne.

Odwołujący wskazał, że Projektant w Projekcie Architektoniczno - Budowlanym oparł się na mieszance, która jako przykładowa została wskazana w Decyzji środowiskowej, jednakże uszczegółowienie warunków realizacji Inwestycji, w tym odpowiedni dobór mieszanki, leży w gestii wykonawcy, w tym przypadku Odwołującego. Oferta Odwołującego spełnia wszystkie warunki zamówienia, stąd też brak jest jakichkolwiek podstaw do jej odrzucenia, a tym samym brak jest podstaw do wyboru oferty Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 listopada 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionych zarzutów. Zamawiający przedstawił obszerne stanowisko w ww. piśmie.

Konkludując Zamawiający wskazał, że Projekt Budowlany oraz STWIORB branży drogowej stanowią opis przedmiotu zamówienia. Dokumenty te jednoznacznie wskazują materiał do wykonania warstwy ścieralnej - mieszankę BBTM 8. Wykonawcy sporządzając ofertę - winni wycenić przygotowanie i wykonanie właśnie tej mieszanki bitumicznej. Decyzje (w tym m.in. Decyzja o Środowiskowych Uwarunkowaniach Realizacji Przedsięwzięcia) stanowią jedynie materiał wyjściowy do opracowania Projektu Budowlanego.

Zamawiający podniósł, iż odpowiedzi udzielone na etapie składanych przez Wykonawców zapytań do przetargu jedynie doprecyzowały przyjęte przez Zamawiającego założenia w zakresie tego co winny zawierać oferty aby zachować ich porównywalność. Jak przytoczono w treści odpowiedzi na odwołanie w przypadku np. zapytań dot. rur kanalizacyjnych - Zamawiający dopuścił już na etapie składania ofert możliwość wyceny przez Oferentów rur innych niż wskazane w dokumentacji - natomiast w zakresie nawierzchni do wykonania warstwy ścieralnej - potwierdził, iż oferta winna zawierać mieszankę bitumiczną zgodną z Projektem Budowlanym, tj. BBTM 8. Wszelkie założenia zmierzające do dokonania zmiany w tym zakresie zgodnie z udzieloną odpowiedzią mogłyby być dokonane dopiero po podpisaniu Umowy i uzyskaniu zgody Projektanta, zgody Zamawiającego oraz wprowadzeniu zmiany do umowy na podstawach

określonych w Umowie m.in. Klauzuli dot. dokonywania zmian (Subklauzula 13 Warunków Kontraktu).

Dla zobrazowania zasadności i poprawności przyjętej ścieżki wykonania innej mieszanki dla warstwy ścieralnej niż wskazana w opisie przedmiotu zamówienia mieszanka BBTM zaznacza się, iż po podpisaniu umowy Oferent dostaje od Zamawiającego dokumentację w wersji papierowej m. in. egzemplarz Projektu Budowlanego i winien zgodnie z zapisami w nim zawartymi realizować prace budowlane. Aby zastosować mieszankę inną niż wskazaną w Projekcie Budowlanym - niezbędna jest kwalifikacja zmiany w myśl art. 36a Prawa Budowlanego, co do istotności odstępstwa od zatwierdzonego Projektu Budowlanego - co w konsekwencji sprowadza się do wprowadzenia przez Projektanta sprawującego nadzór autorski zapisu na wersji papierowej Projektu Budowlanego koloru czerwonego w zakresie istotności przedmiotowej zmiany. To potwierdza tylko brak formalnej możliwości realizacji prac nawierzchniowych innych niż wskazanych w Projekcie Budowlanym przez Wykonawcę na podstawie dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia - bez ingerencji w nie w odpowiednim trybie.

Zamawiający stał na stanowisku, że opis przedmiotu zamówienia jest ścisły i precyzyjny, co wyjaśnił w treści odpowiedzi na odwołanie, a negatywne konsekwencje w postaci odrzucenia oferty wynikają tylko i wyłącznie z nieuprawnionego działania Odwołującego, który wycenił nawierzchnię warstwę ścieralną z mieszanki niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że dwa etapy przebudowy tej samej drogi wojewódzkiej realizowane są na podstawie tej samej dokumentacji technicznej. Podział na dwa odrębne etapy i wyłonienie dwóch wykonawców w dwóch odrębnych postępowaniach przetargowych spowodował, że Zamawiający odrębnie podchodził do każdego z nich udzielając odpowiedzi na pytania indywidualnie dla każdego postępowania. Zatem bezzasadne jest powoływanie się przez Odwołującego na czynności Zamawiającego podjęte w innym postępowaniu przetargowym. Dokonywanie wykładni czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w oparciu o czynności dokonane w innym przetargu jest nieuprawnione i nie ma znaczenia dla przedmiotu sporu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako spóźnionego. Przedmiotowy wniosek Zamawiający uzasadniał tym, że faktyczna argumentacja Odwołującego odnosi się w głównej mierze do treści SWZ - opisu przedmiotu zamówienia w zakresie rodzaju mieszanki do zastosowania w ramach konstrukcji nawierzchni, który był znany Odwołującemu od momentu opublikowania SWZ na stronie internetowej Zamawiającego (28 maja 2021 r.). Tym samym termin na zakwestionowanie w drodze środków ochrony prawnej postanowień SWZ już upłynął.

Odnosząc się do ww. kwestii Izba wskazuje, że zarzut dotyczący naruszenia art. 99 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 103 i w zw. z art. 16 ustawy Pzp mieści się w okolicznościach faktycznych zarzutu głównego dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskazać należy, że dla rozstrzygnięcia zarzutu głównego dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia konieczne było ustalenie, czy na gruncie postanowień specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający postawił jednoznaczne i precyzyjne wymagania w zakresie rodzaju mieszanki do wykonania warstwy ścieralnej stanowiącej tzw. nawierzchnię cichą, którą winni uwzględnić wykonawcy w ofertach. Tym samym rozstrzygnięcie ww. kwestii było ściśle związane z zarzutem głównym.

Z uwagi na powyższe wniosek o odrzucenie odwołania jako spóźnionego nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 8 listopada 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich [dalej „Przystępujący” lub „Eurovia”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 12 listopada 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego, jak również zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 listopada 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowód złożony przez Odwołującego, tj.: akt umowy z dnia 26 kwietnia 2018 r.

Izba włączyła również w poczet materiału sprawy dowody złożone przy piśmie procesowym Przystępującego z dnia 23 listopada 2021 r. oraz opinię technologiczną z dnia 19 listopada 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę/przebudowę drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin - Przeworsk - Grabownica Starzeńska na odcinku DK 4 do miasta Kańczuga - etap II. Przedmiotowa inwestycja została podzielona na dwa etapy i jest przeprowadzana na

podstawie dwóch postępowań przetargowych. Pierwszy jej etap jest już w trakcie realizacji. Wykonawcą, który realizuje umowę w sprawie zamówienia publicznego dotyczącą etapu I jest Odwołujący.

Dla obu etapów inwestycji obowiązywała ta sama decyzja Wójta Gminy Przeworsk o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia znak: RPPII.6220.2.2018 z dnia 14 stycznia 2019 r. W decyzji na str. 12 w pkt 50, zapisano, że dla inwestycji budowlanej, której ww. akt administracyjny dotyczy, nie trzeba będzie przeprowadzać oceny oddziaływania na środowisko, o ile, na etapie realizacji spełnione zostaną poszczególne warunki, w tym: „Wprowadzenie nawierzchni „cichej” obejmującej cały analizowany odcinek drogi; zalecana nawierzchnia to np. BBTM 8 na bazie asfaltu modyfikowanego z dodatkiem gumy o właściwościach pozwalających na redukcję emisji rzędu ok. 6 dB, stan nawierzchni będzie na bieżąco kontrolowany pod kątem wystąpienia ewentualnych uszkodzeń mechanicznych, a w przypadku ich wystąpienia, wady te będą niezwłocznie usuwane”.

Ww. decyzja o uwarunkowaniach środowiskowych stanowiła załącznik do dokumentacji niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dla każdego etapu inwestycji sporządzono odrębne Projekty Architektoniczno - Budowlane oraz STWiORB stanowiące załączniki do specyfikacji.

Zgodnie z TOMEM 1: PROJEKT ZAGOSPODAROWANIA TERENU, 8. ZALECENIA WYNIKAJĄCE Z DECYZJI O ŚRODOWISKOWYCH UWARUNKOWANIACH ORAZ DECYZJI POZWOLENIE WODNOPRAWNE, pkt 43), strona nr 108: W decyzji stwierdzono, iż nie istnieje potrzeba przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko o ile będą spełnione następujące warunki: Wprowadzenie nawierzchni "cichej" obejmującej cały analizowany odcinek drogi; zalecana nawierzchnia to np. BBTM 8 na bazie asfaltu

modyfikowanego z dodatkiem gumy o właściwościach pozwalających na redukcję emisji rzędu ok. 6 dB, stan nawierzchni będzie na bieżąco kontrolowany pod kątem wystąpienia ewentualnych uszkodzeń mechanicznych, a w przypadku ich wystąpienia, wady te będą niezwłocznie usuwane.

Zgodnie z pkt 4.6.2 Konstrukcje nawierzchni jezdni DW 835 s. 27, TOM IIa Projektu Architektoniczno - Budowlanego Branży Drogowej - Opis Techniczny: „Projektowana nowa konstrukcja nawierzchni drogi wojewódzkiej warstwa ścieralna z BBTM 8B (pełniąca funkcję cichej nawierzchni)”.

Zgodnie z pkt 6.2 Dostosowanie do zaleceń wynikających z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w zakresie ochrony przed hałasem s. 30 TOM IIa Projektu Architektoniczno - Budowlanego Branży Drogowej - Opis Techniczny: „W celu ograniczenia wpływu hałasu projektuje się dwa zasadnicze rozwiązania: 1) Wprowadzenie nawierzchni „cichej” - obejmującej cały analizowany odcinek drogi; zaprojektowano warstwę ścieralną z mieszanki BBTM 8 na bazie asfaltu modyfikowanego z dodatkiem gumy o właściwościach pozwalających na redukcję emisji rzędu ok. 6dB, stan nawierzchni będzie na bieżąco kontrolowany pod kątem wystąpienia ewentualnych uszkodzeń mechanicznych, a w przypadku ich wystąpienia, wady te będą niezwłocznie usuwane.”

Konieczność zastosowania mieszanki BBTM 8 wynikała również z rys. 4.1 oraz 4.2 TOM IIa Projektu Architektoniczno - Budowlanego Branży Drogowej - Część Rysunkowa.

Ponadto zgodnie ze STWiORB branży drogowego - specyfikacja o numerze 05.07.05. s. 407 pkt 1.3 oraz 2.2: „Ustalenia zawarte w niniejszej specyfikacji dotyczą zasad prowadzenia robót związanych z wykonaniem i odbiorem nawierzchni z mieszanki mineralno-asfaltowej typu BBTM 8B wg PNEN 13108-2 i WT-2 2014 Mieszanki mineralno-asfaltowej dostarczonej od producenta.” oraz „Lepiszczce asfaltowe do warstwy ścieralnej z asfaltowej mieszanki BBTM - (tablica 2)”.

Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia - rozdział III SWZ, na wykonawcy spoczywać będzie m.in. obowiązek realizacji inwestycji zgodnie z ustaleniami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji znak: RPPII.6220.2.2018 z dnia 14.01.2019 r., w tym wykonanie na całym odcinku nawierzchni cichej np. BBTM 8 na bazie asfaltu modyfikowanego z dodatkiem gumy o właściwościach pozwalających na redukcję emisji hałasu rzędu ok. 6dB.

Mieszanka BBTM została także wskazana w przedmiarze udostępnionym przez Zamawiającego s. 11 poz. 88 przedmiaru.

W wyjaśnieniach SWZ z dnia 29 czerwca 2021 r. w odpowiedzi na pytanie nr 24 o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza zamianę warstwy ścieralnej z mieszanki cichej BBTM, na warstwę ścieralną z mieszanki także cichej - SMA 8 zgodą z Wytocznymi Technicznymi

WT 2 2014?" Zamawiający odpowiedział, że: „Oferta winna obejmować rozwiązania wynikające z PB i dokumentacji przetargowej. Zamawiający dopuszcza wprowadzenie zmiany konstrukcji nawierzchni na warunkach określonych w umowie m.in. zgodnie z Subklauzulą 13 Warunków Kontraktu. Dopuszcza się zmianę konstrukcji nawierzchni, zgodną z Katalogiem typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych, GDDKiA Warszawa 2014 r., jeżeli spełniony zostanie warunek mrozoodporności oraz zostaną

wypełnione wytyczne zawarte w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację inwestycji dot. zastosowania nawierzchni pozwalającej na redukcję hałasu o ok. 6 dB”.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 4 wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący.

Pismem z dnia 27 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2021 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące zaofferowanej ceny wraz z dowodami. Odwołujący złożył kalkulację ofertową zawierającą podział kosztów związany z realizacją zamówienia. Wyjaśnienia wraz z załącznikami zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa - pkt 15 pisma.

Pismem z dnia 7 września 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie rażąco niskiej ceny (pkt 11 odwołania).

Pismem z dnia 14 września 2021 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w ww. zakresie (pkt 12, 13 i 14 odwołania).

Pismem z dnia 17 września 2021 r. na podstawie art. 223 ustawy Pzp Zamawiający zażądał od Odwołującego złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W uzasadnieniu przedmiotowego pisma Zamawiający podał, że Odwołujący w przekazanym Zamawiającemu, w ramach rażąco niskiej ceny, dokumencie pn. Kalkulacja Ofertowa w poz. 88 dot. Nawierzchni z betonu asfaltowego do bardzo cienkich warstw 9 z mieszanki BBTM wskazał, że przyjął do przygotowania oferty beton asfaltowy AC SMA 8. W związku z tym Zamawiający zażądał złożenia przez Odwołującego wyjaśnień poprzez odpowiedź na pytanie: „Czy Wykonawca w ofercie wycenił wykonanie w ramach przedmiotu zamówienia BBTM czy AC SMA 8?” (pkt 15 odwołania).

W piśmie z dnia 21 września 2021 r. Odwołujący wskazał, że w ofercie wycenił mieszankę SMA 8, wyjaśniając przy tym, iż przyjęcie innej mieszanki niż BBTM jest zgodne z zapisami dokumentacji przetargowej (pkt 16 odwołania).

W dniu 29 października 2021 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Eurovia Polska S.A. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający wskazał, że w SWZ wymagał, aby wykonawcy składający oferty w postępowaniu wycenili wykonanie warstwy ścieralnej z mieszanki BBTM 8 na bazie asfaltu modyfikowanego z dodatkiem gumy. Zamawiający podał, że wymogi te zostały określone w Projekcie Architektoniczno-Budowlanym (branża drogowa), w STWiORB branży drogowej oraz w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach z dnia 14 stycznia 2019 r. W ocenie Zamawiającego w/w dokumenty jednoznacznie wskazują na konieczność ujęcia w składanej ofercie nawierzchni drogowej w postaci BBTM, zaś Zamawiający jednoznacznie wskazał wykonawcom rodzaj materiału warstwy ścieralnej konstrukcji jezdni jako mieszankę BBTM 8 na bazie asfaltu modyfikowanego z dodatkiem gumy o właściwościach pozwalających na redukcję emisji hałasu rzędu ok 6 dB grubości 3 cm. Dalej Zamawiający przywołał treść wyjaśnień SWZ z dnia 29 czerwca 2021 r. pyt. Nr 24 i wskazał, że bezspornie jednoznacznie określił, że dla wskazanych zakresów robót/rozwiązań oferta wykonawcy winna zawierać wycenę rozwiązań określonych w SWZ poprzez Projekt Architektoniczno-Budowlany, a wszelkie ich zmiany procedowane będą w oparciu o zapisy umowne na

podstawie Subklauzuli 13 zmiany i Korekty, w trakcie realizacji Umowy. Wskazanie przez

Zamawiającego warunków dla potencjalnych materiałów/rozwiązań jakie Wykonawca mógłby zastosować docelowo odnosi się w tych przypadkach do fazy realizacji zadania - po podpisaniu Umowy. Zamawiający wskazał, że w trakcie badania ofert stwierdził, że Wykonawca zaproponował wykonanie warstwy ścieralnej nawierzchni w innej technologii niż została określona w ww. dokumentach.

Izba zważyła, co następuje:

Tytułem wstępu wskazać należy, że rodzaj mieszanki warstwy ścieralnej przyjętej przez Odwołującego w ofercie w toku postępowania o udzielenie zamówienia (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 6 sierpnia 2021 r.) został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić jednak należy, co zostało przyznane przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika, że niniejsze odwołanie wraz z załącznikami nie zostało zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa choćby w części, a w szczególności w punkcie 15 i 16 odwołania. Odwołujący wprost wskazał na zastosowaną mieszankę (podając jej nazwę), ujawniając tym samym jej rodzaj przyjęty w ofercie. Informacja w ww. zakresie przestała mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 103 w zw. z art. 16 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z kolei w myśl ust. 2 ww. przepisu, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. W przypadku zamówień na roboty budowlane przedmiot zamówienia opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (art. 103 ust. 1 ustawy).

Zgodnie natomiast z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Izba stwierdziła, że argumentacja prawna referująca do podniesionych zarzutów przedstawiona przez Zamawiającego oraz Odwołującego była prawidłowa i na gruncie niniejszej sprawy nie wymaga dodatkowej analizy prawnej. Istotą zawisłego sporu jest przede wszystkim ocena, czy na gruncie dokumentów zamówienia Odwołujący uprawniony był do przyjęcia w ofercie mieszanki warstwy ścieralnej AC SMA 8, zamiast BBTM 8, a w konsekwencji, czy oferta Odwołującego była zgodna z warunkami niniejszego

zamówienia. W ścisłym związku z zarzutem zasadniczym pozostawała do rozważenia kwestia, czy opis przedmiotu zamówienia w zakresie rodzaju mieszanki do wykonania warstwy ścieralnej został skonstruowany w sposób odpowiadający przepisom ustawy Pzp, w szczególności jednoznaczny i precyzyjny.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa, a sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie uchybiał przepisom ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż bez znaczenia dla istoty niniejszej sprawy pozostają rozważania Odwołującego dotyczące poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie I etapu inwestycji. Wskazać należy, iż co do zasady każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się odrębnością. Dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sporządzona jest odrębnie dokumentacja zamówienia oraz udzielane są stosowne odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji. Tym samym czynności Zamawiającego dotyczące wyboru czy też odrzucenia oferty danego wykonawcy podejmowane są indywidualnie w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem całości okoliczności danej sprawy. Nie zasługuje zatem na aprobatę wykładnia Odwołującego przyjęta w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia będąca konsekwencją stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego w ramach postępowania przetargowego dotyczącego etapu I inwestycji, który obecnie realizuje Odwołujący. Dostrzec również należy, iż okoliczności faktyczne obu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności wyjaśnienia treści specyfikacji udzielane przez Zamawiającego, były odmienne. Jak zauważył sam Odwołujący w wyjaśnieniach specyfikacji z dnia 9 listopada 2020 r. dotyczących I etapu inwestycji Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 17 wskazał, że: „Informujemy, iż zadaniem Projektanta było opracowanie projektu budowlanego. Szczegółowe opracowania systemu odwodnienia nawierzchni ścieralnej są elementem projektu wykonawczego oraz są zależne od przyjętej warstwy ścieralnej (decyzja środowiskowa dopuszcza różne nawierzchnie redukujące emisję hałasu, nie tylko BBTM 8) i leżą w kwestii Wykonawcy. Z kolei w niniejszym postępowaniu w ramach wyjaśnień dotyczących pytania nr 24 Zamawiający odmiennie potraktował kwestię momentu zmiany rodzaju mieszanki warstwy ścieralnej, o czym poniżej.

Dalej wskazać trzeba, na co zresztą zwrócił uwagę sam Odwołujący, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia stosownie do treści art. 103 ustawy Pzp, tj. na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Dokumentację projektową w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowił projekt architektoniczno - budowlany oraz projekt zagospodarowania terenu. Przedmiotowa dokumentacja stanowiła niezależne opracowanie względem dokumentacji dotyczącej I etapu inwestycji, zatwierdzone odrębną decyzją Wojewody Podkarpackiego o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z dnia 29 maja 2020 r. W ocenie Izby dokumenty te w sposób jednoznaczny określały materiał do wykonania warstwy ścieralnej, tj. mieszankę BBTM 8. Na okoliczność, iż projekt architektoniczno — budowlany oraz STWiORB branży drogowej wymieniają jedynie mieszankę BBTM 8, zwrócił uwagę sam Odwołujący (zob. s. 19 pkt 39 ppkt 1 odwołania). Wymóg zastosowania mieszanki BBTM 8 potwierdzają wprost pkt 4.6.2 Konstrukcje nawierzchni jezdni DW 835 s. 27, pkt 6.2 Dostosowanie do zaleceń wynikających z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w zakresie ochrony przed hałasem s. 30 (w którym wskazano m.in. „zaprojektowano warstwę ścieralną z mieszanki BBTM 8”) TOM IIa Projektu Architektoniczno - Budowlanego Branży Drogowej - Opis Techniczny, Rys. 4.1, 4.2 TOM IIa Projektu Architektoniczno - Budowlanego Branży Drogowej - Część Rysunkowa. Wymóg zastosowania mieszanki BBTM 8 potwierdza także STWiORB branży drogowej - specyfikacja o numerze 05.07.05. (s. 407 pkt 1.3, 2.2) oraz udostępniony przez Zamawiającego przedmiar s. 11. Poz. 88.

W tym miejscu wskazać należy, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby projekt architektoniczno - budowlany nie przesądzał o konieczności uwzględnienia przez wykonawców mieszanki BBTM 8, co zdaniem odwołującego się Wykonawcy wynikało z TOMU I Projektu Zagospodarowania Terenu pkt. 43 s. 108. Odwołujący pomija, że Projekt Zagospodarowania Terenu w ww. punkcie referuje do zaleceń wynikających z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz decyzji pozwolenie wodnoprawne, przywołując ich treść. Nie jest zatem tak, że Projekt Zagospodarowania Terenu dopuszczał możliwość uwzględnienia przez wykonawców mieszanki innej niż BBMT na etapie ofertowania.

Nie można podzielić również argumentacji Odwołującego jakoby projektant w projekcie architektoniczno - budowlanym jedynie zaproponował użycie mieszanki BBMT, pozostawiając tym samym wykonawcom dowolność jej wyboru na etapie ofertowania, co zdaniem Odwołującego wynika ze s. 31 pkt 3 projektu branży drogowej, zgodnie z którym:

„W celu sprawdzenia skuteczności zaproponowanych rozwiązań minimalizujących oddziaływania akustyczne analizowanej drogi (tj. planowane zastosowania cichej nawierzchni) (...)”. Odwołujący pomija jednak treść punktu 1 s. 30 ww. projektu, w którym jednoznacznie wskazano, że „zaprojektowano warstwę ścieralną z mieszanki BBTM 8 na bazie asfaltu modyfikowanego z dodatkiem gumy o właściwościach pozwalającą na redukcję emisji rzędu ok. 6dB”. Tym samym „zaproponowane” przez projektanta rozwiązanie to rozwiązanie, które zostało zaprojektowane w dokumentacji projektowej.

Dalej podnieść należy, iż zdaniem Izby Odwołujący błędnie przyjął jako zasadniczy dla sporządzenia oferty, jak i argumentacji przedstawionej w odwołaniu, zapis punktu 50 decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych wskazujący, iż w zakresie nawierzchni „cichej” zalecana jest nawierzchnia BBTM 8 na bazie asfaltu modyfikowanego z dodatkiem gumy o właściwościach pozwalających na redukcję emisji rzędu ok. 6 dB. Jak już wskazano powyżej, w świetle art. 103 ustawy Pzp, decyzja o uwarunkowaniach środowiskowych nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Decyzja ta skierowana jest do inwestora i stanowi jedynie materiał wyjściowy do opracowania dokumentacji projektowej, tj. projektu budowlanego oraz STWiORB w kontekście uwarunkowań środowiskowych, z czym zresztą nie polemizował Odwołujący. To m.in. na podstawie wytycznych środowiskowych zawartych w decyzji oraz wymogów Zamawiającego znajdujących oparcie w przepisach prawa projektant opracowuje kompleksową dokumentację projektową dotyczącą danego zamierzenia inwestycyjnego. Inaczej rzecz ujmując, projekt budowlany oraz STWiORB zawierają skonkretyzowane rozwiązania uwzględniające wytyczne wynikające z decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych. Tym samym wykonawca realizujący niniejsze zadanie inwestycyjne będzie realizował je w oparciu o zatwierdzony decyzją Wojewody Podkarpackiego znak: N-VIII.7820.1.29.2019 z dnia 29 maja 2020 r. o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) projekt budowlany, wskazujący wprost że właściwym rozwiązaniem jest mieszanka BBTM 8.

Kolejno Izba wskazuje, że gdyby nawet przyjąć, że treść Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia mogła wprowadzać potencjalnego wykonawcę w błąd co do rodzaju warstwy ścieralnej, którą wykonawcy powinni przyjąć w ramach wyceny oferty (czego Izba nie podziela, ponieważ Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia referował jedynie do postanowienia pkt. 50 decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych), to w ocenie Izby wątpliwości te w sposób jednoznaczny rozwiąły wyjaśnienia treści SWZ z dnia 29 czerwca 2021 r. pyt. Nr 24. Odnosząc się do ww. wyjaśnień treści specyfikacji podkreślić należy, iż wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego należy czytać łącznie z zadaniem pytaniem, w którym wprost wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie: „czy Zamawiający dopuszcza zamianę warstwy ścieralnej z mieszanki cichej BBTM, na warstwę ścieralną z mieszanki także cichej - SMA 8 zgodną z Wytycznymi Technicznymi WT 2 2014?” Z kolei analiza odpowiedzi na ww. pytanie wskazuje, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy w ramach oferty ujęli rozwiązanie wynikające z Projektu Budowlanego i dokumentacji przetargowej dla zapewnienia porównywalności złożonych ofert. Natomiast sama zmiana mieszanki warstwy ścieralnej BBTM na inną mieszankę została dopuszczona przez Zamawiającego na etapie realizacji kontraktu, zgodnie z Subklauzulą 13 Warunków Kontraktu, o ile będzie ona zgodna z Katalogiem typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych, GDDKiA Warszawa 2014 r. oraz zostanie spełniony warunek mrozoodporności i wytyczne zawarte w Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację inwestycji dot. zastosowania nawierzchni pozwalającej na redukcję hałasu o ok. 6 dB. Tym samym całościowa lektura odpowiedzi na pytanie nr 24 prowadzi do wniosku, że zmiana warstwy ścieralnej mieszanki cichej z BBTM na inną była dopuszczalna, jednakże na etapie realizacji kontraktu, przy spełnieniu określonych warunków. Nieprawidłowe było zatem wyrywkowe czytanie przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących pyt. Nr 24, który w zasadniczej mierze skupił się na pierwszym zdaniu wyjaśnień o treści: „Oferta winna obejmować rozwiązania wynikające z PB i dokumentacji przetargowej”, a właściwie jego końcowej części podnosząc, że w pojęciu „dokumentacja przetargowa” mieści się także decyzja o uwarunkowaniach środowiskowych wskazująca mieszankę BBTM jako zalecaną, przykładową. Zauważyć również należy, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 24 nie podał, że dopuszcza rozwiązanie zaproponowane w zadaniem pytaniu na etapie składania ofert. Dodatkowo dostrzec należy, iż lektura ww. wyjaśnień SWZ jest spójna ze sposobem udzielenia wyjaśnień dotyczących innych zakresów robót czy rozwiązań. Wskazać należy, iż w sytuacji gdy Zamawiający dopuszczał zmiany na etapie przygotowania ofert w stosunku do przyjętych w dokumentacji projektowej rozwiązań udzielał odpowiedzi typu: „Zamawiający

dopuszcza zastosowanie innych materiałów do budowy kanalizacji deszczowej, jeżeli spełnione zostaną następujące warunki (.)” (pyt. Nr 16), „Zamawiający dopuszcza stosowanie płyt zintegrowanych z pierścieniem” (pyt. Nr 26), „Dopuszcza się” (pyt. Nr 41) czy też „Dopuszcza się inne maty biodegradowalne zabezpieczające skarpy przed erozją” (pyt. Nr 42). Z kolei w sytuacji, gdy Zamawiający wymagał od wykonawców uwzględnienia w złożonych ofertach założeń wynikających z dokumentacji projektowej wskazywał, że oferta winna uwzględniać rozwiązania wynikające z projektu budowlanego lub dokumentacji przetargowej (por. pyt. Nr 23, 24, 33, 35, 36, 37, 38). Powyższe potwierdza, że m.in.

w przypadku pytania nr 24 Zamawiający dopuścił zmiany dopiero na etapie realizacji kontraktu, zgodnie z procedurą wprowadzania zmian wynikającą z Subklauzuli 13 Warunków Kontraktu, a nie na etapie przygotowania oferty, jak to miało miejsce w przypadku pyt. Nr 16, 26, 41 i 42.

Za wtórą dla istoty sprawy Izba uznała tym samym kwestię, czy zaoferowana przez Odwołującego mieszanka SMA 8 (Odwołujący przyznał w toku rozprawy, że nie ma mieszanki AC SMA 8, a oznaczenie „AC” podano omyłkowo) oraz wynikająca z dokumentacji projektowej i STWiORB mieszanka BBTM 8 wykonywane są w tej samej technologii. Skoro bowiem Zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, uszczegółowionym w toku postępowania o udzielenie zamówienia w ramach wyjaśnień do SWZ, konkretny rodzaj mieszanki, który należało uwzględnić w ofercie, to bez znaczenia na obecnym etapie postępowania pozostają rozważania dotyczące tego, czy obydwie mieszanki wykonywane są w tej samej technologii. Jak wynika z odpowiedzi na pytanie nr 24 zmiana rodzaju mieszanki była dopuszczalna na etapie realizacji zamówienia, w trybie Subklauzuli 13 Warunków Kontraktu. Jednocześnie Odwołujący nie odparł twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego, iż zmiana mieszanki warstwy ścieralnej powinna zostać zweryfikowana przez odpowiednie podmioty, w tym projektanta sprawującego nadzór autorski nad dokumentacją projektową w zakresie określonym art. 36a ustawy Prawo budowlane.

W końcu wskazać należy, iż za bez znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy Izba uznała argumentację Odwołującego zawartą w punkcie 35. odwołania dotyczącą niezasadności wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień treści oferty w przedmiocie rodzaju zastosowanej mieszanki, skoro ten wynikał już z wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 6 sierpnia 2021 r. Zauważyć należy, że Zamawiający zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania oferty danego wykonawcy, w tym wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej zgodności z wymogami wynikającymi z dokumentów zamówienia, czy też poziomu zaoferowanej ceny, przed podjęciem ewentualnej decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty. Nie można również odmówić Zamawiającemu - gospodarzowi postępowania o udzielenie zamówienia prawa do samokontroli podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności.

Konkludując powyższe stwierdzić należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy wykonawcy sporządzając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winni wycenić wykonanie mieszanki BBTM 8, o której mowa w projekcie architektoniczno - budowlanym oraz STWiORB. Rzeczone dokumenty - opracowane m.in. na podstawie decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych - konkretyzowały w sposób jednoznaczny rodzaj mieszanki do wykonania warstwy ścieralnej stanowiącej tzw. cichą nawierzchnię wskazując na BBTM 8, a możliwość jej ewentualnej zmiany przeniesiona została na etap realizacji zamówienia, zgodnie z Subklauzulą 13 Warunków Kontraktu [Zmiany i Korekty]. Powyższa okoliczność została potwierdzona przez Zamawiającego w ramach wyjaśnień treści specyfikacji, w szczególności w pytaniu nr 24. Tym samym porównując treść oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie rodzaju zastosowanej mieszanki z treścią jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia należy dojść do przekonania, że oferta odwołującego się Wykonawcy jest sprzeczna z warunkami zamówienia, wobec czego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: