KIO 3554/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2024 roku, w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez Odwołującego - wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich

przy udziale:

A. uczestnika po stronie Zamawiającego - wykonawcy WOLMOST sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,

B. uczestnika po stronie Odwołującego – wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego numerem 2 petitum odwołania,

2. pozostawia bez rozpatrzenia zarzut nr 3 petitum odwołania, będący zarzutem ewentualnym,

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   4.1. 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, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego z tytułu reprezentacji w kwocie 3600 zł,

   4.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

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

Przewodnicząca: …….....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie i udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 989 Strzyżów – Lutcza od km 10 + 693 do km 11 + 558 polegająca na budowie mostu w km 10 + 971 na rz. Stobnica wraz z rozbudową dojazdów oraz rozbiórką, budową i przebudową infrastruktury technicznej, budowli i urządzeń budowlanych w m. Lutcza”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 kwietnia 2024 r. pod numerem: 294030-2024

W dniu 30 września 2024 r. Odwołujący – Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1. pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1- 3 Pzp poprzez wybór oferty

wykonawcy WOLMOST sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Wolmost" lub „przystępujący") pomimo, iż treść ww. oferty jest niezgodna z wymogami SWZ, w zakresie w jakim Wolmost przyjmuje wykorzystywanie materiału pozyskanego z wykopu przy budowie drogi S-19, podczas gdy materiał z wykopu z S19 nie nadaje się na Górne Warstwy Nasypu (GWN) i nie spełnia wymogu określonego przez Zamawiającego w STWiORB D-02.01.01.00. (pkt 2.2.) zgodnie z którym materiały dopuszczone do budowy nasypów powinny spełniać wymagania określone w PN-S- 02205 :1998

2. art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia poufności całości informacji i dokumentów, dokonanego przez Wolmost i tym samym zaniechanie ich ujawnienia Odwołującemu, pomimo iż:

a) Wolmost nie wykazało zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym nie uzasadniało utajnienia przedstawianych kalkulacji, porozumień, wykazów materiału nie przedstawia dowodów na wartość utajnianych umów i ofert,

b) Informacje zastrzeżone przez Wolmost, w tym całe dokumenty przygotowane na potrzeby niniejszego konkretnego postępowania, nie stanowią obiektywnie tajemnicy przestępstwa, nie mają wartości gospodarczej, nie stwarzają po stronie Wolmost ryzyka szkody.

3. art. 224 ust. 1, 2, 5 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wolmost, pomimo iż:

a) wykonawca ten, wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, złożył wyjaśnienia nierzetelne, nie uzasadniające podanej w ofercie ceny, gdyż jak wynika z części „jawnej", wyjaśnienia te nie odpowiadają treści wezwania;

b) oferta złożona przez Wolmost zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu, gdyż znaczna część zawartych w ofercie cen jednostkowych (szczegółowo wymienionych w dalszej części odwołania), nie pozwala na pokrycie podstawowych kosztów wykonania prac.

W oparciu o tak postawione zarzuty odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,

3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wolmost, z uwagi na niezgodność z SWZ

4. w przypadku nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 3 nakazanie zamawiającemu ujawnienie informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez oferty Wolmost jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

5. w przypadku nieuwzględnienia żądania wskazanego w pkt 3 ani kolejno 4, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Wolmost wobec zaoferowania ceny rażąco niskiej,

6. nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert bez oferty Wolmost,

7. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania

8. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentu wyniki badań TPA na okoliczność niezgodności oferty Wolmost z SWZ,

9. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentu Przedmiaru z zadania objętego umową nr 2411.9.2023, poz. 141 rażąco niskiego charakteru oferty Wolmost.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

<u>Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.</u>

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postepowaniu wykonawcę – WOLMOST sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Izba w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutu nr 2 petitum odwołania i brakiem sprzeciwu ze strony przystępującego Wolmost, działając na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp umorzyła w tym zakresie postępowanie odwoławcze.

Ponadto Izba mając na uwadze oświadczenie odwołującego złożone do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 października 2024 r., że zarzut nr 2 jest zarzutem głównym, natomiast zarzut nr 3 zarzutem ewentualnym uznała, że w związku z uwzględnieniem zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu.

W związku z powyższym rozpoznaniu podlegał wyłączenie zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1. pkt 5 Pzp w zw. z art. 218 ust 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1- 3 Pzp. Uzasadniając powyższy zarzut odwołujący wskazał, że Wolmost w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ramach pozycji 2.3.3.1. wskazał, iż: „(…) zakres zamówienia realizowanego w związku z rzeczoną pozycją obejmuje m. in. wykonanie nasypu ziemnego. Materiał na jego wykonanie przystępujący pozyska na podstawie:

- porozumienia zawartego z podmiotem Antex II Sp. z o.o., który w związku z prowadzonymi przez ten podmiot robotami ziemnymi w ciągu drogi S-19 udostępni mu miejsce poboru gruntu spełniającego wymagania STWiORB i jest obecnie wykorzystywany do budowy nasypu dogi S-19. Miejsce poboru ziemi mające zostać udostępnione w ramach porozumienia bezpłatnie, uzyskany przy użyciu własnych koparek w okolicy miejscowości Niebylec. Dowód: oświadczenie podmiotu ANTEX II z dnia 30 maja 2024 r. (Załącznik nr 4),

- z inwestycji polegającej na rozbiórce dojazdu i mostu objazdowego w miejscowości Klimkówka, położonej około 33 km od Lutczy. Materiały pozyskane w związku z dokonywaną rozbiórką, takie jak: płyty drogowe, warstwy konstrukcyjne, kruszywo C 3/90, czy też pospółka z objazdu - z doliczonymi już kosztami utylizacji - Wykonawca planuje wykorzystać na przedmiotowym zadaniu. Poddane rozbiórce dojazdy do mostu objazdowego obejmowały około 50 i 100 m w I etapie oraz dodatkowe 200 m w II etapie.

- Rozbiórka jest realizowana obecnie w ramach umowy nr 2411.9.2023 z dnia 09 sierpnia 2023 r na realizację zadania: „Rozbudowa drogi krajowej nr 28 od km 245+579 do km 245+812 wraz z infrastrukturą techniczną, w związku z rozbiórką istniejącego i budową nowego mostu nad potokiem Klimkówka w km 245+660 w miejscowości Klimkówka (gmina Rymanów, powiat krośnieński, województwo podkarpackie) wraz z budową i rozbiórką objazdu tymczasowego” (dalej zwana: „Klimkówka”). Wykonawca zgromadził materiał z rozbiórki drogi krajowej (z obniżenia niwelety) z kompletną warstwą konstrukcji nawierzchni z podbudowami pomocniczymi i zasadniczą.

Dowód: wyciąg z umowy nr 2411.9.2023 z dnia 09.08.2023 r. (Załącznik nr 5)

Odwołujący wyjaśnił także, że w ramach wyjaśnień przystępujący wskazał, iż „Podczas realizacji zakresu zamówienia wykonywanego w ramach niniejszej pozycji nie będzie

dokonywany zakup innych materiałów”. Jak również wskazał bezpośrednio, iż „Wykonawca oświadcza, że z uwagi na przedstawione powyżej dowody dotyczące możliwych do pozyskania lub posiadanych materiałów w cenie jednostkowej nie został uwzględniony koszt materiałów”.

Odnosząc się do powyższego, odwołujący stwierdził, iż Wolmost zakłada bezpłatne wykorzystywanie materiału z wykopu pod drogę S19, do budowy nasypu. Wedle STWIORB D-02.01.01.00. (pkt 2.2.) grunty i materiały dopuszczone do budowy nasypów powinny spełniać wymagania określone w PN-S-02205:1998.Natomiast, według odwołującego materiał z wykopu pod drogę S19 nie nadaje się na Górną Warstwę Nasypu i nie spełnia wymogu określonego przez Zamawiającego gdyż ww. materiał nie osiąga wymaganych parametrów dla:

1) Wskaźnika nośności (CBR), z wymaganego pow. 10 % uzyskując jedynie 2,7%

2) Współczynnika filtracji wg USBSC z wymaganego 5,2 m/dobę, uzyskując zaledwie 0,1 m/dobę

3) oraz wysadzinowości (grunty wysadzinowe są podatne na wypychanie w górę, podczas zamarzania wody gruntowej).

Materiał z wykopu drogi S19 nie nadaje się do bezpośredniego wbudowania w Górną Warstwę Nasypu bez ulepszenia (żadnego ulepszenia wg wyjaśnień, Wolmost nie planował zastosować).

Dowód - wyniki badań TPA

Odwołujący zastrzegł, że w przypadku, gdyby przystępujący w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że będzie miał materiały „z innych źródeł”, to zauważył takie źródła nie zostały wskazane w wyjaśnieniach. Brak też dowodów, że ten bliżej nieokreślony materiał jest w posiadaniu firmy Wolmost oraz jakie ew. ma parametry. Dodatkowo odwołujący zauważył, że wywóz mas ziemnych poza teren budowy drogi S19, to zagospodarowanie odpadu, które wymaga uzyskania stosownej decyzji Marszałka Województwa Podkarpackiego, co po pierwsze nie jest pewne, a po drugie Wolmost w ogóle o tym w swoich wyjaśnieniach nie wspomina.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie ww. zarzutu wskazując, że w ramach niniejszego postępowania nie wymagał załączenia żadnych dokumentów tj. przedmiotowych środków dowodowych, które miały by na celu potwierdzenie parametrów technicznych gruntu do wbudowania w nasyp drogi. Podkreślił, że odwołujący zarzucił w szczególności, że wykonawca Wolmost wykorzysta materiał z wykopu pod drogę S19, który nie spełnia parametrów technicznych według STWIORB D- 02.01.01.00 (pkt. 2.2) dla gruntów i materiałów dopuszczonych do budowy nasypów, jednak nigdzie w złożonych dokumentach przez przystępującego nie ma wskazanych parametrów technicznych materiału który zamierza

wbudować w nasyp, a więc nie ma żadnego punktu odniesienia, który wskazywał, że wykonawca wykona tą część

zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, iż w ramach postępowania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oczekiwał wskazania parametrów gruntu na budowę nasypu, a jedynie uprawdopodobnienia ceny wykonania tej pozycji kosztorysowej. Zamawiający otrzymał od wykonawcy wyjaśnienia w zakresie sposobu wykonania części zamówienia w ramach poz. 2.3.3.1. według, którego wykonawca Wolmost sp. z o.o. wskazał, że materiał do wykonania tej pozycji będzie pochodził od wykonawcy ANTEX II sp. z o.o. na podstawie zawartego porozumienia oraz materiału z rozbiórki pozyskanego przez Wolmost sp. z o.o. w związku z realizacją zamówienia pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 28 od km 245+57 do km 245+812 wraz z infrastrukturą techniczną w związku z rozbiórką istniejącego i budową nowego mostu nad potokiem Klimkówka".

Przystępujący w treści wyjaśnienia wskazał więc dwa źródła pochodzenia materiału do wbudowania w nasyp. W przypadku materiału udostępnianego przez ANTEX II sp. z o.o. wykonawca udostępni wykonawcy miejsce poboru gruntu spełniającego wymagania STWiORB, który jest obecnie wykorzystywany do budowy nasypu drogi S- 19 w okolicy miejscowości Niebylec.

Dowód: oświadczenie podmiotu ANTEX II sp. z o.o.

W zakresie dodatkowo wskazanego materiału na nasyp wykonawca wyjaśnił, że w ramach ww. zadania realizowanego na rzecz GDDKiA Oddział Rzeszów pozyska go z rozbiórki dojazdu, które stanowią warstwy konstrukcyjne, kruszywo C3/90, pospółkę.

Dowód: umowa nr 2411.9.2023 z dnia 09.08.2023r.

Powyższy dowód potwierdza, według zamawiającego, że przystępujący pozyskał materiały z rozbiórki do dysponowania i materiały te obejmują kompletną warstwę nawierzchni z podbudowami pomocniczymi i zasadniczymi. Ponadto zamawiający wskazał, że Wolmost w treści z wyjaśnienia z dn. 15 lipca 2024r. w części niezastrzeżonej klauzulą przedsiębiorstwa wyraźnie zaznaczył, że, wykonawca ANTEX II sp. z o.o. udostępni miejsce poboru gruntu spełniającego wymagania STWiORB, które jest obecnie wykorzystywane do budowy nasypu drogi S19. W tym zakresie zamawiający przyjął wyjaśnienia za wiarygodne, wykonawca ma świadomość co do parametrów technicznych jakie musi spełniać grunt przeznaczony do wykonania zamówienia. Materiały przeznaczane do wbudowania do inwestycji S 19, podobnie jak w przypadku inwestycji zamawiającego na etapie realizacji podlegają kontroli wobec czego nie ma możliwości wykonania tych elementów niezgodnie z zapisami SWZ, tj. STWiORB. Zamawiający zaznaczył, iż nie badał na etapie postępowania o udzielenie zamówienia parametrów gruntu, jak również pozostałych elementów materiałów budowlanych, które wykonawca zamierzał przeznaczyć do wykonania zamówienia, w szczególności nie wymagał przedłożenia do oferty od Wykonawców składających oferty przedmiotowych środków

dowodowych na potwierdzenie parametrów oferowanych materiałów np. badań laboratoryjnych.

Powyższe, w opinii zamawiającego potwierdza, że nie miał on żadnej podstawy do zakwestionowania jakości materiałów, które mają być wbudowane przez wykonawcę, a zarzut odwołującego nie znajduje potwierdzenia w żadnych dokumentach postępowania i dokumentach złożonych przez wykonawcę.

Przystępujący w złożonym w dniu 14 października 2024 r. piśmie procesowym również wniósł o oddalenie powyższego zarzutu wskazując, że materiały pozyskane przez niego do realizacji zamówienia w ramach pozycji 2.3.3.1. są zgodne z normami i wymogami określonymi w STWIORB.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia, treść oferty przystępującego Wolmost, a także treść wyjaśnień przystępującego z dnia 15 lipca 2024r.

Izba wzięła pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 15 października 2024 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

a) złożonych przez odwołującego:

- wyniki badań TPA, (dowód O.1)

b) złożonych przez przystępującego:

- wraz z pismem procesowym z dnia 14 października 2024 r. w postaci sprawozdania badań gruntu (3 dokumenty)

- Oświadczenie Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 10 października 2024r. co do przydatności gruntu pozyskanego na zadaniu dotyczącym budowy drogi ekspresowej S19, (dowód P.1),

- poświadczenia GDDKiA Oddział w Rzeszowie z dnia 8 października 2024 r. na okoliczność zakresu prac inwestycji Klimkówka (dowód P.2),

- oświadczenie podwykonawcy – firmy ANTEX II sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej z dnia 11 października 2024 r. co do przydatności gruntu pozyskanego na zadaniu dotyczącym budowy drogi ekspresowej S19 (P.3),

- dwa dokumenty stanowiące sprawozdania badań gruntu inne niż załączone do pisma procesowego przystępującego (P.4).

Izba ustaliła:

Zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale III Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") zawierającym opis przedmiotu zamówienia („OPZ") - zamówienie należy wykonać w oparciu o decyzję ZRID znak: N-VIII.7820.1.13.2023 z dnia 17.11.2023 r. wydaną przez Wojewodę Podkarpackiego w Rzeszowie oraz zgodnie z aktem umowy, SWZ, obowiązującymi przepisami prawa oraz warunkami wskazanymi w innych decyzjach administracyjnych i uzgodnieniach.

W wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 3 lipca 2024 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie kalkulacji ceny dotyczącej m.in. pozycji 2.3.3.1 kosztorysu ofertowy w zakresie branży drogowej.

Odpowiadając na powyższe wezwanie w dniu 15 lipca 2024 r. przystępujący wskazał m.in., że: „(…) Materiał na jego wykonanie Wykonawca pozyska na podstawie porozumienia zawartego z podmiotem Antex II Sp. z o.o., który w związku z prowadzonymi przez ten podmiot robotami ziemnymi w ciągu drogi S-19 udostępni Wykonawcy miejsce poboru gruntu spełniającego wymagania STWiORB i jest obecnie wykorzystywany do budowy nasypu dogi S-19.

Miejsce poboru ziemi mające zostać udostępnione w ramach porozumienia bezpłatnie, uzyskany przy użyciu własnych koparek w okolicy miejscowości Niebylec. Dowód: oświadczenie podmiotu ANTEX II z dnia 30 maja 2024 r. (Załącznik nr 4) [tajemnica przedsiębiorstwa] Materiał na nasyp WOLMOST pozyska bezpłatnie także z innych źródeł: Wykonawca oświadcza, że od dnia 4 lipca 2024 r przystąpił do rozbiórki dojazdu i mostu objazdowego w miejscowości Klimkówka, położonej około 33 km od Lutczy.

Materiały pozyskane w związku z dokonywaną rozbiórką, takie jak: płyty drogowe, warstwy konstrukcyjne, kruszywo C 3/90, czy też pospółka z objazdu - z doliczonymi już kosztami utylizacji - Wykonawca planuje wykorzystać na przedmiotowym zadaniu.

Poddane rozbiórce dojazdy do mostu objazdowego obejmowały około 50 i 100 m w I etapie oraz dodatkowe 200 m w II etapie.

Rozbiórka jest realizowana obecnie w ramach umowa nr 2411.9.2023 z dnia 09 sierpnia 2023 r na realizację zadania: „Rozbudowa drogi krajowej nr 28 od km 245+579 do km 245+812 wraz z infrastrukturą techniczną, w związku z rozbiórką istniejącego i budową nowego mostu nad potokiem Klimkówka w km 245+660 w miejscowości Klimkówka (gmina Rymanów, powiat krośnieński, województwo podkarpackie) wraz z budową i rozbiórką objazdu tymczasowego". Wykonawca zgromadził materiał z rozbiórki drogi krajowej (z obniżenia niwelety) z kompletną warstwą konstrukcji nawierzchni z podbudowami pomocniczymi i zasadniczą.(…)".

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że aby wykazać niezgodność oferty przystępującego z warunkami zamówienia konieczne było udowodnienie przez odwołującego, który taki zarzut postawił, że przystępujący zaoferował wykonanie zobowiązania niezgodnie z ustalonymi przez zamawiającego warunkami zamówienia opisanymi w dokumentach zamówienia i którego wykonania zamawiający oczekuje.

W tym miejscu podkreślić należy, że postępowanie odwoławcze stanowi postępowanie kontradyktoryjne, co oznacza, że postępowanie to jest postępowaniem spornym. Oznacza to, że w przypadku wnoszenia odwołania wykonawca obowiązany jest przedstawić taką argumentację, która będzie potwierdzała wskazane przez niego naruszenia przepisów prawa. Po stronie odwołującego pozostaje obowiązek wskazania argumentacji nakierowanej na kwestionowane dane działania bądź zaniechania zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu odwoławczym - oznacza to, że argumentacja odwołującego musi być skonkretyzowana i powiązana z danym postępowaniem.

W ocenie izby odwołujący nie sprostał ciężarowi dowodowemu wykazania, że oferta przystępującego jest niegodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że po pierwsze przystępujący w złożonych wyjaśnieniach dotyczących branży drogowej pozycja 2.3.3.1 wskazywał wyraźnie, że materiał na wykonanie tego zakresu robót pozyska z inwestycji, tj. S19 oraz Klimkówka. Odwołujący w odwołaniu zakwestionował jedynie przydatność materiału pozyskanego z realizacji inwestycji S19, w żaden sposób nie odnosząc się do materiałów możliwych do pozyskania z inwestycji Klimkówka. Już z tego powodu izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący bowiem nie wykazał, że materiał gruntowy pozyskany z ww. inwestycji nie będzie mógł zostać wykorzystany przy realizacji pozycji 2.3.3.1 wskazanej w kosztorysie dot. branży drogowej, a więc uprawnione jest stwierdzenie, że materiał ten będzie spełniał wymogi wskazane przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, co spowoduje realizację zamówienia zgodnie z SWZ.

Po drugie zauważyć należy, że złożone przez przystępującego dowody P.1 oraz P.3 potwierdzają możliwość wykorzystania materiału z inwestycji S19 do wykonania Górnej Warstwy Nasypu.

Po trzecie odwołujący jako dowód jakości gruntu złożył jeden dokument stanowiący sprawozdanie z badania

przydatności gruntu wykonanego przez firmę TPA sp. z o.o. z

siedzibą w Pruszkowie pobranego z jednego tylko miejsca realizacji inwestycji S19, która to inwestycja jest wykonywana – jak wskazał odwołujący - na odcinku 11 km. Odwołujący wywodził, iż z powyższego dowodu wynika brak możliwości wykorzystania materiału z ww. inwestycji do wykonania Górnej Warstwy Nasypu. Przystępujący natomiast złożył takich sprawozdań pięć, pozyskanych z różnych obszarów realizacji inwestycji, co w ocenie izby wiarygodnie oddaje wykazanie zróżnicowania gruntu, i obrazuje, że możliwe – wbrew stanowisku odwołującego – jest uzyskanie materiału do wykonania Górnej Warstwy Nasypu o odpowiednich parametrach. Istotne jest również to, że w trakcie rozprawy pełnomocnik odwołującego wprost wskazał, że tak naprawdę brak jest możliwości ustalenia, czy pozyskany grunt będzie spełniał, bądź nie spełniał wymagań ze STWiORB.

Izba stwierdziła również, że odwołujący nie uzasadnił również w żaden sposób jak wskazane przez przystępującego wykorzystanie płyt drogowych, warstw konstrukcyjnych, kruszywa C 3/90, czy też pospółki z objazdu powoduje, że oferta przystępującego jest niezgodna z SWZ.

W związku z powyższym wskazać należy, że skoro sam odwołujący nie jest w stanie wykazać, wbrew ciężarowi dowodowemu, zasadności postawionego zarzutu, to nie jest rolą izby rozstrzyganie tego typu wątpliwości. Zadaniem Izby jest ocena, czy odwołujący zdołał wykazać zasadność zarzutu, iż oferta przystępującego jest niezgodna z SWZ. Izba uznała natomiast, że odwołujący niezgodności takiej nie wykazał, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania jako niezasadnego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: …….