

Sygn. akt: KIO 1715/24
KIO 1720/24

WYROK

Warszawa, dnia 11 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Marek Bienias

Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2024 r. przez:

I. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, Kobyłarnia S.A. z siedzibą w Kobyłarni (sygn. akt KIO 1715/24),

II. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (sygn. akt KIO 1720/24),

w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie,

przy udziale:

A) uczestnika po stronie zamawiającego w sprawach KIO 1715/24 i KIO 1720/24 – Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A. z siedzibą w Stambule, Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SP Sine Midas Stroy Sp. z o.o. z siedzibą w Aktobe Oddział w Polsce,

B) uczestnika po stronie odwołującego w sprawach KIO 1715/24 i KIO 1720/24 – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,

C) uczestnika po stronie odwołującego w sprawie KIO 1715/24 – Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 1715/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A. z siedzibą w Stambule, Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, SP Sine Midas Stroy Sp. z o.o. z siedzibą w Aktobe Oddział w Polsce;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, Kobyłarnia S.A. z siedzibą w Kobyłarni 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;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

II. Sygn. akt KIO 1720/24

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie 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

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero

groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

.....

.....

#x200eSygn. akt: KIO 1715/24

KIO 1720/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Projekt i budowa drogi ekspresowej SI 7 Piaski - Hrebennie*, odcinek nr 4: węzeł „Izbica” („Tarzymiechy”) bez węzła węzeł „Zamość Sitaniec” („Sitaniec”) wraz z węzłem. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 250-730646.

Sygn. akt KIO 1715/24

W dniu 16 maja 2024 r. Konsorcjum: MIRBUD S.A., Kobyłarnia S.A. wniosło odwołanie wobec czynności wyboru oferty Konsorcjum GAP INSAAT YATIRIM VE DIS TICARET S.A., Fabe Polska Sp. z o.o. i SP Sine Midas Stroy Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum GAP) jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty tego Konsorcjum oraz zaniechania wykluczenia go z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum GAP jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum GAP z uwagi na to, że Konsorcjum wniosło wadium w sposób nieprawidłowy, względnie nie wniosło wadium w rozumieniu art. 97 ust. 1 i 7 ustawy Pzp;
- 3)art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przez zaniechanie ci wykluczenia Konsorcjum GAP z postępowania z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania bądź co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie spełniania określonego w pkt 8.2.4 ppkt 2 lit a SWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazania dysponowania osobą proponowaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy spełniającą wymagania określone w SWZ;
- 4)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum GAP do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego lub informacji z odpowiedniego rejestru w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, mimo niezłożenia tych dokumentów dla wszystkich wymaganych osób dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum GAP jako najkorzystniejszej;
- wezwanie Konsorcjum GAP na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego lub informacji z odpowiedniego rejestru w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczących M.A., S.K., R.A., M.S., T.C., K.C., B.N.;
- odrzucenie oferty Konsorcjum GAP na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 14 ustawy Pzp;
- wykluczenie Konsorcjum GAP z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp;
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Zarzut 1

Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców przedstawienia ogólnej oferty na realizację projektu w formule „zaprojektuj i wybuduj” i następnie zażądał od wykonawców – w tym od Konsorcjum GAP – wyjaśnień, w celu upewnienia się, że wstępne koncepcje założone przez wykonawcę są zgodne z założeniami określonymi w PFU. Ustalenie przez Zamawiającego rozbieżności między udzielonymi wyjaśnieniami a treścią PFU, niewynikające z omyłek

lub przeoczeń wykonawcy na etapie udzielania wyjaśnień, mogą stanowić jednoznaczną sprzeczność oferowanego przez wykonawcę świadczenia z SWZ i uprawniają wówczas Zamawiającego do podjęcia decyzji, że składając ofertę wykonawca zaoferował świadczenie sprzeczne z warunkami zamówienia. Udzielone przez wykonawców wyjaśnienia treści oferty stanowią integralną część oferty i podlegają ocenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający podjął próby wyjaśnienia wszelkich treści zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum GAP, jednak pomimo jednoznacznej sprzeczności zawartych w treści wyjaśnień z PFU i wielokrotnego udzielania wyjaśnień przez Konsorcjum GAP, ostatecznie zaniechał czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwolujący powołał się na przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego i podniósł, że opis przedmiotu zamówienia w procedurze „zaprojektuj i buduj”, w porównaniu z procedurą klasyczną, uregulowaną w art. 647 Kc, jest bardziej ogólny i znacząco mniej szczegółowy od opisu w procedurze klasycznej, jednak zawarte w PFU wymagania w zakresie minimalnym i maksymalnym oraz w zakresie dopuszczalnych technologii wykonania robót budowlanych stanowią wymagania zamówienia, których niedotrzymanie przez wykonawcę stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Jeżeli więc Zamawiający określił w PFU określoną technologię wykonania robót budowlanych lub rodzaje dopuszczalnych technologii, a wykonawca w wyjaśnieniach wskazał na zaoferowanie wykonania określonych robót przy wykorzystaniu niewskazanej w PFU technologii wykonania robót budowlanych, to wówczas oferta wykonawcy jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale 1.3 Ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe (od str. 84 PFU) określił właściwości funkcjonalno-użytkowe w enumeratywnie wymienionych Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. W szczególności Zamawiający określił dopuszczalne technologie wzmocnienia podłoża gruntowego wskazując na następujące WWiORB:

d-02.01.01b wzmocnienie podłoża gruntowego. wymiana gruntów

d-02.01.01c wzmocnienie podłoża gruntowego. materace geosyntetyczne

d-02.01.01d wzmocnienie podłoża gruntowego. metoda drenów pionowych 1 nasypu przeciążającego

d-02.01.01e wzmocnienie podłoża gruntowego. kolumny dsm d-02.01.01f wzmocnienie podłoża gruntowego. metoda iniekcji strumieniowej jet grouting

d-02.01.01g wzmocnienie podłoża gruntowego. kolumny żwirowe

d-02.01.01h wzmocnienie podłoża gruntowego. kolumny betonowo- żwirowe

d-02.01.01i wzmocnienie podłoża gruntowego. prefabrykowane pale żelbetowe

d-02.01.01j wzmocnienie podłoża gruntowego. pale wiercone typu cfa

d-02.01.01k płyta żelbetowa na palach

d-02.01.01l nasyp przeciążający

d-02.01.01m monitoring geotechniczny

d-02.01.01n materace odciążające z lekkiego kruszywa ceramicznego

Odwolujący podniósł, że Zamawiający dopuścił do zastosowania wzmocnienie podłoża gruntowego, gdy okaże się do konieczne na etapie realizacji zamówienia, za pomocą wskazanych w PFU technologii, a zaoferowanie wzmocnienia podłoża gruntowego za pomocą niewymienionych w PFU technologii jest zatem niezgodne z warunkami zamówienia.

Odwolujący wskazał, że pismem z 18 lipca 2023 r. Zamawiający zadał Konsorcjum w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp pytanie nr 42 o następującej treści: *Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w Ofercie koszty związane z wymogiem wzmocnienia podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp?* Konsorcjum GAP pismem z 2 sierpnia 2023 r. udzieliło następującej odpowiedzi (strona 23):

Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w Ofercie koszty związane z wymogiem wzmocnienia podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp, W ofercie uwzględniono koszty wzmocnienie podłoża w szczególności w postaci:

stabilizacji powierzchniowej / przesuszanie gruntów w podstawie nasypu,

dodatkowej stabilizacja z uwagi na grunty plastyczne bezpośrednio pod konstrukcją,

warstwy wyrównawczej z gruntu niewysadzinowego,
wymiany gruntu gruntem niespoistym,
przypowierzchniowego zagęszczania,
materaców
kolumn,
wzmocnienia skarp wykopu.

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

Na pytanie Zamawiającego nr 43 (Czy i w jaki sposób Wykonawca uwzględnił w Ofercie koszty związane z ewentualnym uzdatnianiem podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich w przypadku nadmiernego zawilgocenia gruntu?) Konsorcjum GAP udzieliło zaś kolejnej odpowiedzi:

Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w Ofercie koszty związane z ewentualnym uzdatnianiem podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich w przypadku nadmiernego zawilgocenia gruntu. W szczególności podkreślenia wymaga, że uwzględniono koszt – w zależności od stanu zawilgocenia gruntu – dodatkowej stabilizacji gruntu w nasypie, w podłożu konstrukcji nawierzchni pogrubienia warstwy ulepszanego podłoża, w obu przypadkach ewentualnie wymianę zawilgoconego gruntu lub jego przesuszenie. Koszty ww. elementów Wykonawca skalkulował na podstawie własnego doświadczenia w realizacji podobnych zadań oraz rozeznania rynku.

Pismem z 1 września 2023 r. Zamawiający zadał Konsorcjum GAP kolejne pytanie nr 2 o następującej treści: W nawiązaniu do udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień na wskazane powyżej pytanie, Zamawiający wnosi o przedstawienie dodatkowych wyjaśnień w kontekście przyjętego przez Wykonawcę rozwiązania, a mianowicie:

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

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

Konsorcjum GAP pismem z 8 września 2023 r. udzieliło następującej odpowiedzi:

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

TYPY WZMOCNIEŃ	
TYP 1	Stabilizacja gruntów spoistych w podstawie nasypu spoiwami hydraulicznymi na głębokość 30 cm.
TYP 2	Wymiana gruntów słabonośnych i organicznych
TYP 3a	Półmaterac geosyntetyczny, otwarty, stosowany ze względu na stateczność w podstawie wysokich nasypów (> 5m). Geosyntetyk PET o wytrzymałości długoterminowej
TYP 3b	Materac geosyntetyczny, pełny, zamknięty, wytrzymałość długoterminowa
TYP 4	Kolumny
TYP 5	Powierzchniowe zagęszczenie gruntów niespoistych
TYP 6	Warstwa filtracyjna w podstawie nasypu (materac z gruntu niespoistego w geowłókninie), stosowana w przypadku wysokiego poziomu wód gruntowych w podstawie nasypu
TYP 7	Powierzchniowe zabezpieczenie skarp głębokich wykopów w gruntach niespoistych geosyntetykiem przeciwerozryjnym
TYP 8	Wzmocnienie podłoża konstrukcji nawierzchni dwiema warstwami georusztu monolitycznego PP 40/40 kN/m, wypełnionych 20 cm mieszanki niezwiązanej
TYP 9	Wzmocnienie podstawy nasypu materacem geosyntetycznym trójwarstwowym, zbudowanym z trzech warstw geosiatki PET o wytrzymałości długoterminowej oraz 2 warstw mieszanki niezwiązanej grubości 2x30cm

Lokalizacje zastosowania powyższych typów wzmocnień została przedstawiona w załączonym zestawieniu.

b) Łączna kubatura gruntów nienośnych przyjęta do wykonania wzmocnień podłoża, obliczona na podstawie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, obejmująca wzmocnienia, tj. wymiana gruntu, kolumny, to około 4 mln m³. Pozostałe typy wzmocnienia gruntu są powierzchniowe i określone są w m².

Odwolujący wskazał, że w załączniku nr 1 do wyjaśnień Konsorcjum GAP przedstawiło tabelę wskazującą na przyjęcie określonych technologii wzmocnienia podłoża gruntowego w określonych na potrzeby wyceny przedmiotu zamówienia lokalizacjach. Tym samym do wyceny przedmiotu zamówienia Konsorcjum GAP przyjęło zastosowanie wskazanych w złożonych wyjaśnieniach technologii wzmocnienia podłoża gruntowego we wstępnie założonych lokalizacjach, niezależnie od tego, że na etapie realizacji zamówienia lokalizacje wymagające wzmocnienia podłoża gruntowego mogą ulec zmianie. Niemniej, bezspornie Konsorcjum GAP przyjęło wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem wskazanych w wyjaśnieniach technologii wzmocnienia podłoża gruntowego, co stanowi treści oferty Konsorcjum GAP w zakresie oferowanego na rzecz Zamawiającego świadczenia.

Odwolujący podniósł, że wymienione przez Konsorcjum GAP technologie wzmocnienia podłoża gruntowego: Typ 1 – Stabilizacja gruntów spoistych w podstawie nasypu spoiwami hydraulicznymi na głębokości 30 cm; Typ 5 – Powierzchniowe zagęszczenie gruntów niespoistych, Typ 8 – Wzmocnienie podłoża konstrukcji nawierzchni dwiema warstwami georusztu monolitycznego PP 40/40 kN/m, wypełnionych 20 cm mieszanki niezwiązanej, nie stanowią technologii wzmocnienia podłoża gruntowego dopuszczonych przez Zamawiającego w PFU.

Dalej Odwołujący wskazał, że pismem z 12 marca 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum GAP z dodatkowym pytaniem dotyczącym wcześniej udzielonych wyjaśnień z 14 września 2024 r.: *Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie czy w cenie Oferty i Czasie na Ukończenie Wykonawca uwzględnił ryzyko ewentualnej zmiany technologii wzmocnienia podłoża trasy głównej i innych dróg oraz ryzyko ewentualnego wzmocnienia podłoża trasy głównej i innych dróg w innych lokalizacjach niż wskazał w załączniku nr 1 do pisma znak 05/S17/S4/CA/GDDKIA z dnia 8.09.2023 r. zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ w szczególności w Dokumencie technicznym w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocniania podłoża gruntowego w budownictwie drogowym wskazanym w pkt. 3.2 ppkt. 6 PFU stanowiącym OPZ?* Konsorcjum GAP pismem z 19 marca 2024 r. udzieliło następującej odpowiedzi:

Wykonawca nie przedkłada wyjaśnień treści oferty, a przedstawia dla zakończenia postępowania założenia, które przyjął wstępnie do wyceny. Pytania Zamawiającego nie odnoszą się do treści oferty, a do przyjętych do wyceny, wstępnych i niekompletnych założeń kalkulacyjnych, bowiem kompletne rozwiązanie projektowe będzie przedmiotem umowy i przyszłego świadczenia Wykonawcy (patrz wyrok KIO 199/24).

Wykonawca zwraca uwagę, że odpowiedzi, tak aktualne jak i udzielone wcześniej, zawierają wiele danych założonych szacunkowo zgodnie z dokumentacją przetargową, lokalnymi i międzynarodowymi normami oraz wcześniejszymi doświadczeniami Wykonawcy z podobnych projektów. Podane wartości zostały przyjęte tylko po to, aby umożliwić Wykonawcy jak najdokładniejsze oszacowanie budżetu. Oczywiście jest, że liczby te mogą ulec (a wręcz na ogół ulegają) zmianie, przy zachowaniu zgodności z SWZ, w trakcie szczegółowego procesu projektowania gdzie pozyskuje się odpowiednie dane, wykonuje się dokładne analizy i obliczenia i który trwa łącznie kilkanaście miesięcy. Wykonawca natomiast ma obowiązek i przewidział wykonanie całości i każdego elementu zamówienia zgodnie z PFU. Wykonawca podkreśla, że wiele rozwiązań ma charakter przybliżony – bowiem Wykonawca na przygotowanie oferty nie dysponuje takim czasem jaki Zamawiający miał choćby na przygotowanie Koncepcji Programowej, która nota bene w wielu miejscach nie jest tak szczegółowa jak dane, których podania oczekuje Zamawiający od Wykonawcy. Wykonawca wskazuje też, ponownie, że cena Wykonawcy pokrywa czynniki ryzyka leżące po stronie Wykonawcy, wynikające z dokumentacji, a związane ze specyfiką zamówienia tj. formułą „projektuj i buduj” oraz ryczałtowym charakterem wynagrodzenia. Żadna z części wyjaśnień nie może być interpretowana sprzecznie do zawartych w treści oferty naszych oświadczeń, iż złożyliśmy w Postępowaniu ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania (SWZ), zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. Są to oświadczenia bezwzględnie nadrzędne w stosunku do jakichkolwiek dalszych przekazywanych wyjaśnień (patrz wyrok KIO 199/24). Wykonawca uwzględnił w założeniach ryzyka opisane w wiążących dokumentach SWZ jako ryzyka obciążające wykonawcę. Żadna z odpowiedzi Wykonawcy nie może zostać uznana jako przyjęcie lub potwierdzenie przyjęcia ryzyka, które nie obciąża Wykonawcy zgodnie z SWZ i projektowanymi postanowieniami umowy o wykonanie zamówienia.

(...) Wykonawca potwierdza ponownie złożone w piśmie 06/S17/S4/CA/GDDKIA z 14.09.2023 r. wyjaśnienie, że w cenie Oferty i Czasie na Ukończenie uwzględnił ryzyko ewentualnej zmiany technologii wzmocnienia podłoża trasy głównej i innych dróg oraz ryzyko ewentualnego wzmocnienia podłoża trasy głównej i innych dróg w innych lokalizacjach niż wskazał w załączniku nr 1 do pisma znak 05/S17/S4/CA/GDDKIA z 8.09.2023 r. zgodnie z wymaganiami zawartymi w

SWZ, w tym wziął pod uwagę zbiór zaleceń i wytycznych ujętych w dokumencie wskazanym w pkt 3.2 ppkt 6 PFU. Wskazujemy przy tym, w ślad za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 199/24), że wskazane przez Wykonawcę metody wzmocnienia podłoża „są uwzględniane w ofercie jako wstępne założenia projektowe, które następnie na etapie realizacji mogą ulec zmianie i stanowią w kalkulowane w cenę oferty ryzyko Wykonawcy. W takiej sytuacji wyjaśnienia Wykonawcy mają charakter wstępny i zarysowy a nie ostateczny, który mógłby być podstawą do stwierdzenia niezgodności z warunkami zamówienia”, a także, że Zamawiający nie wskazał „dokumentów zamówienia, w których precyzowałby jaki rodzaj wzmocnienia na jakich odcinkach jest wymagany.

Odwołujący podniósł, że o ile poczynione na etapie wyceny przedmiotu zamówienia przez Konsorcjum GAP założenia lokalizacji wzmocnień podłoża gruntowego lub rodzaju zastosowanego w tej konkretnej lokalizacji technologii mają charakter wstępny i niewiążący – Zamawiający nie sprecyzował bowiem w PFU lokalizacji wymagających wzmocnienia podłoża gruntowego i konieczności zastosowania w konkretnej lokalizacji konkretnej technologii – to już okoliczności zaoferowania przez Konsorcjum GAP w ofercie rodzajów technologii wzmocnienia podłoża gruntowego, w tym Typów 1, 5 i 8 stanowi o treści oferty Konsorcjum GAP w zakresie merytorycznego sposobu spełnienia świadczenia i podlega ocenie pod kątem zgodności z warunkami zamówienia. Zaoferowanie technologii wzmocnienia podłoża gruntowego Typ 1, 5 i 8, które są sprzeczne z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale 1.3 PFU stanowi o sprzeczności treści oferty Konsorcjum GAP z warunkami zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że oferta Konsorcjum GAP nie może być poprawiona w trybie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, prowadziłyby to bowiem do prowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. Co więcej, mając na względzie liczbę składanych przez Konsorcjum GAP wyjaśnień w tym zakresie, trudno twierdzić, że zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia z zastosowaniem technologii wzmocnienia podłoża gruntowego Typ 1, 5 i 8 stanowi omyłkę Konsorcjum GAP, a nie świadome działanie wykonawcy.

Zarzut 2

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 18.1 SWZ wykonawcy byli zobowiązani do wniesienia wadium w wysokości 3.500.000,00 zł. Wraz ofertą Konsorcjum GAP przedłożyło: Bankową Gwarancję Zapłaty Wadium nr DOK1755GWB23SD z dnia 18.05.2023 r. (dalej „BGZW”) oraz (ii) Aneks Nr1 do BGZW. W treści BGZW jał Wykonawcę, którego działania lub zaniechania mogą uprawniać Zamawiającego do złożenia żądania wypłaty sumy gwarancyjnej wynikającej z BGZW wskazano „GAP INSAAT YATRIM VE DIS TICARET A.s. (dalej „GAP”). BGZW obejmowała więc działań i zachowań pozostałych członków Konsorcjum GAP tj. Fabe Polska Sp. z o.o. oraz „SINE MIDAS STROY” Sp. z o.o. Na podstawie Aneksu nr 1 wystawca BGZW wskazał, że przedłuża termin ważności gwarancji do dnia: 06.10.2023 roku, pozostałe warunki gwarancji pozostają bez zmian. Ponadto w preambule Aneksu nr 1 wskazano:

Wykonawca: Konsorcjum firm w składzie: GAP INSAAT YATIRIM VE DIS TICARET ANONIM SIRKETI BUYUKD CADDESI NO: 163, ISTANBUL, ESENTEPE TURKISH REPUBLIC CHAMBER COMMERCE UNDER NO (LEADER) FABE POLSKA LIMITED LIABILITY COMPANY CYBERNETYKI 19B, 02-677 WARSAW (POLAND NO.0000600039) (PARTNER) 'SP' SINE MIDAS STROY LIMITED LIABILITY COMPANY NURSULTAN NAZARE AVE. 184/1 446, 090000 URALSK (KAZAKHSTAN) (BIN NO.060340007296) (KRS NO.0000768087) (partner)

W związku z powyższym Zamawiający pismem z 28 lipca 2023 r. zwrócił się bezpośrednio do Santander Bank Polska S.A. o udzielenie wyjaśnień w zakresie podmiotu, którego działania lub zaniechania winna zabezpieczać BGZW:

W związku z powyższym zwracamy się z prośbą, o wyjaśnienie: czy wobec zapisów Aneksu nr 1 wskazujących jedynie na przedłużenie terminu ważności gwarancji do dnia: 06.10.2023 r. i pozostawienia pozostałych warunków bez zmian (w tym również zleceńodawcy z pierwotnej gwarancji) obejmuje ona ewentualne roszczenia z wadium wobec Wykonawcy, który wskazany jest w Aneksie nr 1 tj. wobec: Konsorcjum firm w składzie: (...) oraz czy w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy Gwarant wypłaci Beneficjentowi (...) nieodwołalnie i bezwarunkowo sumę gwarancyjną, określoną w gwarancji?

Wystawca BGZW Santander Bank Polska S.A. wskazał, że: Aneksem nr 1 zmieniliśmy dane Wykonawcy z GAP INSAAT YATIRIM VE DIS TICARET A.S. na Konsorcjum firm w składzie: (...)

Odwołujący podniósł, że Santander Bank Polska S.A. w BGZW jako wykonawcę wskazał jedynie GAP. Tym samym BGZW nie obejmowała ani Fabe Polska Sp. z o.o., ani „Sine Midas Stroy” Sp. z o.o. Przy czym z uwagi na abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter BGZW pismo Santander Bank Polska S.A. z 2 sierpnia 2023 r. nie ma znaczenia prawnego, przede wszystkim także dlatego, że zostało złożone po dniu składania ofert, a przepisy ustawy Pzp nie uprawniają do uzupełniania wadium do upływie terminu składania ofert. Tymczasem Santander Bank Polska S.A. podjął

próbę zmiany treści BGZW w dniu 2 sierpnia 2023 r. wskazując, że „Niniejsze pismo stanowi integralną część gwarancji”. Wbrew twierdzeniu Santander Bank Polska S.A., Aneks nr 1 w sposób wyraźny zmodyfikował BGZW wyłącznie w zakresie „przedłużenia terminu ważności gwarancji do dnia: 06.10.2023 roku” i w sposób niebudzący wątpliwości wskazał, że „Pozostałe warunki gwarancji pozostają bez zmian”. Mając na względzie abstrakcyjny i formalny charakter gwarancji bankowej, rozszerzająca wykładnia treści Aneksu nr 1 jest niedopuszczalna. Ponieważ Santander Bank Polska S.A. nie wskazał w Aneksie nr 1, że zmienia treść BGZW w zakresie definicji „Wykonawcy”, to nie można wywodzić tej okoliczności z pisma z 2 sierpnia 2023 r. złożonego po upływie terminu składania ofert. Nadto wskazania wymaga, że w treści Aneksu nr 1, wskazuje się na firmy podmiotów, które nie złożyły oferty w Postępowaniu i nie wchodzi w skład Konsorcjum GAP. I tak o ile ofertę złożyło Konsorcjum GAP w skład którego wchodzi Fabe Polska Sp. z o.o., to w Aneksie nr 1 wskazuje się na podmiot Fabe Polska Limited Liability Company, który to podmiot nie wchodzi w skład Konsorcjum GAP. Podkreślenia wymaga, że nazwa ta została wskazana w polskiej wersji językowej Aneksu nr 1. O ile ofertę w Postępowaniu złożyło Konsorcjum GAP w skład którego wchodzi spółka pod nazwą „SP Sine Midas Stroy” Sp. z o.o., to w aneksie nr 1 wskazano na „SP Sine Midas Stroy Limited Liability Compan – także i ta spółka nie wchodzi w skład Konsorcjum GAP.

Odwolujący podkreślił, że udzielenie gwarancji jest czynnością odpłatną i gwarant udziela gwarancji w celu osiągnięcia zysku, zatem zakres ponoszonej odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka złym związanego. Ewentualne przyjęcie objęcia gwarancją innego podmiotu niż wskazany wprost w treści gwarancji, nawet członka konsorcjum, istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta, co nie było przez niego kalkulowane. Zdaniem Odwołującego, treść BGZW jest jednoznaczna i nie budzi wątpliwości. Nie budzi także wątpliwości zmiana terminu obowiązywania BGZW Aneksem Nr 1. Natomiast rzekoma zmiana treści BGZW w zakresie definicji wykonawcy wywodzona przez Santander Bank Polska S.A. z Aneksu nr 1 jest wyłącznie interpretacją BGZW dokonaną przez ten podmiot i nie wynika z treści Aneksu nr 1, a mając na uwadze nazwy spółek wskazanych w Aneksie nr 1, które nie odpowiadają nazwom spółek wchodzących w skład Konsorcjum GAP, nie można twierdzić, że BGZW została zmieniona w tym zakresie Aneksem nr 1 i obejmuje działania i zaniechania wszystkich członków Konsorcjum GAP. BGZW nie uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium we wszystkich przypadkach wskazanych w przepisach ustawy Pzp w stosunku do działań lub zaniechań wszystkich członków Konsorcjum, a zatem Konsorcjum GAP nie wniosło wadium w sposób prawidłowy, względnie BGZW nie stanowi wadium w rozumieniu art. 97 ust. 1 i 7 ustawy Pzp.

Zarzut 3

Odwolujący wskazał, że zgodnie z pkt. 8.2.4 ppkt 2 lit a SWZ Zamawiający wymagał w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, by wykonawca wykazał się dysponowaniem osobą, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, proponowaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, która ma następujące doświadczenie zawodowe: Minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 170 000 000 PLN netto każde na stanowisku /stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzona pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta.

Dalej Odwołujący wskazał, że Konsorcjum GAP pismem z 6 października 2023 r. przedłożyło Wykaz Osób, w którym wskazało na funkcję Kierownika Budowy Kamila Kołtuna, który ma następujące doświadczenie: *Doświadczenie w pełnieniu w okresie od 14.06.2021 r. do 30.06.2022 r. funkcji Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości większej niż 4 km (ok. 5 km) w zakresie zadania pn. „Budowa autostrady A1 koniec obw. Częstochowy – Tuszyn, odcinek E gr. woj. Łódzkiego - węzeł Rzęsowa” na rzecz Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych (klasy A) o wartości robót większej niż 170 000 000 PLN netto* Zamawiający uznał, że Konsorcjum GAP wykazało spełnianie określonego ww. warunku udziału w postępowaniu.

Odwolujący podniósł, że zgodnie z definicją Czasu na Ukończenie obowiązującą na referencyjnej inwestycji, podczas której K.K. realizował swoje obowiązki, *do czasu realizacji Robót (etap realizacji Robót) nie wlicza się okresów zimowych*, a okres zimowy definiuje się następująco: *Okres zimowy trwa od 16 grudnia do 15 marca, liczony jako trzy miesiące*. Tym samym, okres trwania robót budowlanych nie obejmuje tak zdefiniowanego Okresu zimowego. W konsekwencji, jeżeli K.K. pełnił swoje obowiązki między 14.06.2021 r. a 30.06.2022 r., to okres pełnienia przez niego funkcji w okresie trwania robót budowlanych należy pomniejszyć o 3 miesiące okresu zimowego. Oznacza to, że doświadczenie Kamila Kołtuna obejmuje okres od 14.06.2021 do 15.12.2021 r. i od 16.03.2022 r. do 30.06.2022 r. i nie

wynosi wymaganego w pkt. 8.2.4 ppkt 2 lit a SWZ minimum 12 miesięcy doświadczenia w okresie trwania robót budowlanych. Odwołujący zaznaczył, że skoro Zamawiający wskazał w warunku udziału w postępowaniu, że doświadczenie nabyte przez wskazaną przez wykonawcę osobę musi być nabyte w okresie trwania robót budowlanych, to doświadczenie to nie może obejmować okresu niewliczanego do czasu realizacji Robót. W konsekwencji oświadczenie Konsorcjum GAP o tym, że K.K. nabył wymagane doświadczenie w okresie trwania robót budowlanych jest niezgodne z rzeczywistością i wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania przez Konsorcjum GAP określonego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że zamierzone działanie ma miejsce wówczas, gdy wykonawca wie, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Ustawa nie definiuje pojęcia „rażącego niedbalstwa”, natomiast wypełniając tę lukę orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że naruszenie reguły ostrożności, wymaganej w danych okolicznościach bez wykorzystania w pełni możliwości intelektualnych przez osobę dopuszczającą się rażącego niedbalstwa. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Konsorcjum GAP, jako profesjonalista powinno zatem uprawnnić się co do prawdziwości oświadczeń złożonych w Wykazie Osób, a składając niezgodne z rzeczywistością oświadczenie o okresie doświadczenia Kamila Kołtun nie dochowało należytej staranności i działało co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa.

Zarzut 4

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego lub informacji z odpowiedniego rejestru w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (pkt. 10.6 lit a i pkt. 10.7.1 ppkt 1 SWZ) dotyczących osób będących urzędującymi członkami organu zarządzającego, względnie prokurentami wykonawcy w celu wykazania braku wystąpienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Konsorcjum GAP pismem z 6 października 2023 r. przedłożyło zaświadczenia wydane przez Urząd Generalny ds. Rejestrów i Statystyk Karnych Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Turcji dla: A.C., I.K., L.K., M.T., M.F., O.G.. Jednocześnie wraz z ofertą Konsorcjum GAP złożyło pełnomocnictwo z 8 marca 2023 r. udzielone przez GAP na rzecz T.C. oraz C.A. podpisane przez A.A. oraz R.A. w imieniu GAP wraz z Listą upoważnionych sygnatariuszy GAP, którzy działali jako upoważnieni reprezentanci GAP.

Odwołujący podniósł, że z Listy Sygnatariuszy GAP wynika, że w organy zarządzające GAP to: 1. Zarząd Główny, 2. Zarząd i 3. Jednostki Zarządzające. Nadto w Liście Sygnatariuszy GAP wskazano na osoby upoważnione do składania podpisów w imieniu GAP, w tym: M.A., S.K., R.A., M.S., T.C., K.C., B.N., dla których to osób Konsorcjum GAP nie złożyło jakichkolwiek dokumentów świadczących o braku wystąpienia przesłanek wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że m.in. to R.A. podpisał pełnomocnictwo dla T.C. i C.A. wraz z A.C., jako upoważnieni sygnatariusze GAP.

Odwołujący podniósł, że – jak wynika z Listy Sygnatariuszy GAP – *Rada Dyrektorów prawnie i organizacyjnie zarządza i reprezentuje Spółkę. Chociaż zarządzanie, reprezentowanie i wiązanie spółki należy do Rady Dyrektorów, Rady Dyrektorów, w zakresie art. 367 tureckiego kodeksu handlowego i zgodnie z niniejszą dyrektywą wewnętrzną, zgodnie z art 375 tureckiego kodeksu handlowego, organ reprezentacji i prace kierownicze inne niż jego nieprzenoszalne obowiązki i uprawnienia są przypisane jednemu lub większej liczbie członków Rady Dyrektorów lub następujące ustalone: Może przekazać je osobom trzecim, które tworzą Jednostki Zarządzające. Kadencja tych osób nie może być ograniczona do kadencji Zarządu. Inne jednostki zarządzające mogą zostać utworzone z zastrzeżeniem uchwały podjętej przez Radę Dyrektorów, jeżeli zostanie to uznane za konieczne. Osoby, które zostaną przydzielone do jednostek utworzonych na mocy uchwały Rady Dyrektorów, wchodzi w skład organizacji zarządzającej spółką w oparciu o ich odpowiednie uprawnienia.* Na podstawie uchwał przywołanych w Liście Sygnatariuszy GAP powołano osoby wchodzące w skład organizacji zarządzającej spółką. Oznacza to tym samym, że M.A., S.K., R.A., M.S., T.C., K.C., B.N. zgodnie z przedłożonymi przez Konsorcjum GAP dokumentami wchodzi w skład organu zarządzającego GAP i są tym samym urzędującymi członkami organu zarządzającego GAP. Dla osób tych Konsorcjum GAP nie przedłożyło jednak jakichkolwiek dokumentów świadczących o braku przesłanek wykluczenia Konsorcjum GAP na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tej sytuacji, Zamawiający zobowiązany był do wezwania Konsorcjum GAP na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia w wyznaczonym terminie informacji z Krajowego Rejestru Karnego lub informacji z odpowiedniego rejestru w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczących ww. osób.

Sygn. akt KIO 1720/24

W dniu 16 maja 2024 r. Konsorcjum: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A.

wniosło odwołanie wobec wyboru oferty Konsorcjum GAP jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia tej oferty oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum: MIRBUD S.A., Kobyłarnia S.A. (dalej: Konsorcjum MIRBUD Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum GAP, podczas gdy nie została ona zabezpieczona poprzez prawidłowo wniesione wadium, ewentualnie, w przypadku uznania, że oferta Konsorcjum GAP nie podlega odrzuceniu;
- 2)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum GAP do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny, tj. ceny wykonania nasypu,
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MIRBUD i prowadzenie bezprawnych negocjacji treści oferty z Konsorcjum MIRBUD, podczas gdy treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowanych obiektów inżynierskich.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym: odrzucenia oferty Konsorcjum GAP na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, ewentualnie wezwania Konsorcjum GAP do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wykonania nasypu oraz odrzucenia oferty Konsorcjum MIRBUD jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zarzut 1

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum GAP załączyło do oferty Bankową Gwarancję Zapłaty Wadium nr DOK1755GWB23SD z 18 maja 2023 r. z Aneksiem nr 1 DO z 5 czerwca 2023 r.

Zdaniem Odwołującego, zgodnie z Gwarancją zabezpieczona została oferta, którą miał złożyć wyłącznie Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A., a więc tylko jeden z członków Konsorcjum GAP. Gwarancja miała zabezpieczać tę ofertę począwszy od 19 maja 2023 r. do 17 września 2023 r. Aneksiem nr 1 do Gwarancji przedłużono termin ważności Gwarancji do 6 października 2023 r. pozostawiając pozostałe warunki gwarancji bez zmian.

Odwołujący podniósł, że gwarancja bankowa, która w swojej treści odnosi się tylko do jednego członka konsorcjum, a nie całego konsorcjum nie może być rozumiana jako wadium prawidłowo zabezpieczające ofertę konsorcjum. Wynika to także z faktu, że gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby oraz w orzecznictwie sądowym.

W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum GAP została w sposób nieprawidłowy zabezpieczona wadium, przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, że w Aneksie nr 1 do Gwarancji w jego nagłówku wskazano pozostałych wykonawców. Wskazanie to było bowiem poza (konkretnie: nad) treścią Aneksu nr 1 do Gwarancji, który rozpoczął się od stwierdzenia: My, Santander Bank Polska S.A. [...]. Zaś w samym aneksie wyraźnie i jednoznacznie wskazano na wolę zmiany wyłącznie terminu ważności Gwarancji, bez zmiany jej pozostałych warunków, w tym przypadków uzasadniających wypłatę wskazanej tam kwoty uzależnionych od zachowania wyłącznie jednego z członków Konsorcjum. Rozszerzanie warunków Gwarancji poprzez uznanie, że Gwarancja zmieniona Aneksiem nr 1 do Gwarancji zabezpiecza zapłatę wadium także w przypadku wskazanego tam zachowania pozostałych członków Konsorcjum GAP odbyłoby się wbrew treści Gwarancji zmienionej Aneksiem nr 1 do Gwarancji. Aneks nr 1 do Gwarancji zmienił wyłącznie termin ważności Gwarancji, nie zmienił jej pozostałych warunków, w szczególności nie zmienił definicji „Wykonawcy” wskazanej w treści (a nie tylko nagłówku) Gwarancji. Również okoliczność, że ostatecznie Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A. złożył ofertę wraz z pozostałymi członkami Konsorcjum GAP nie może mieć wpływu na treść Gwarancji zmienionej Aneksiem nr 1 do Gwarancji.

Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego w sprawie I CKN 37/96, w którym Sąd Najwyższy wskazał, że istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. Zamawiający zatem nie będzie mógł skutecznie dochodzić zaspokojenia swojego roszczenia z Gwarancji zmienionej Aneksiem nr 1 do Gwarancji w przypadku, w którym to np. z przyczyn leżących po stronie innego członka Konsorcjum GAP.

Odwołujący zaznaczył, że wątpliwości co do treści Gwarancji zmienionej Aneksiem nr 1 potwierdza także fakt, że sam Zamawiający 28 lipca 2023 r. wystąpił do Santander Bank Polska S.A. z prośbą o wyjaśnienie przedstawionego

przez Konsorcjum GAP dokumentu Gwarancji zmienionej Aneksem nr 1. Oczywiście fakt, że gwarant odpowiedział twierdząc na pytanie Zamawiającego, wskazując dodatkowo, że pismo to stanowi integralną część Gwarancji, nie mogło konwalidować błędu, który się w niej pojawił. Odwołujący podniósł, że gwarancja jest dokumentem, który nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu na podstawie odpowiednich regulacji ustawowych. Gwarancja musi wyraźnie, jasno i konkretne określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium – tak, by nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Działania Zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia, a w zasadzie uzupełnienia Gwarancji zmienionej Aneksem nr 1 nie mogło wyrzucić żadnego skutku w zakresie interpretacji tej Gwarancji, a wyłącznie potwierdziły, że istniały istotne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta w ramach Gwarancji.

Zarzut 2

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z 18 lipca 2023 r. wystąpił do Konsorcjum GAP z wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, kierując m.in. następujące pytanie:

14. Z jakich materiałów Wykonawca zamierza wykonać nasypy drogi ekspresowej S17 (z wykopu/z dokopu)? Prosimy o podanie założonej technologii wznoszenia nasypów oraz o podanie kosztu przyjętego w złożonej ofercie wraz z podaniem sposobu jego kalkulacji.

W odpowiedzi na to pytanie Konsorcjum GAP wskazało, że zakłada wstępnie wykonanie nasypu drogi zgodnie z dokumentacją postępowania, w szczególności z materiałów z wykopu. Konsorcjum GAP podało: *Na podstawie analizy dokumentacji geologicznej można bowiem dojść do przekonania, że materiał z wykopu w dużej mierze można wykorzystać bezpośrednio do budowy nasypów, ewentualnie poprzez dodatkowe uszlachetnienie warstw nasypu spoiwem hydraulicznym. Część materiału można wbudować bezpośrednio w nasyp bez uszlachetniania. Wykonawca przyjął wartość kosztu wykonania nasypów drogi ekspresowej S17 w swojej ofercie w kwocie około 10,9 mln złotych netto. Powyższy koszt został skalkulowany na podstawie doświadczenia Wykonawcy i wiedzy w zakresie kosztów realizacji robót ziemnych z użyciem własnego sprzętu, a także rozeznania rynku.*

Odwołujący wskazał, że w kolejnym wezwaniu skierowanym ponownie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający żądał przedstawienia dalszych wyjaśnień przez Konsorcjum GAP, wzywając do szczegółowego określenia sposobu skalkulowania ceny jednostkowej nasypów oraz wskazanie, czy w złożonej ofercie w koszcie wznoszenia nasypów został przyjęty również koszt wykonania GWN i zasypek. W odpowiedzi Konsorcjum GAP wskazało:

(...) Wykonawca w kwocie 10,9 mln określił bowiem koszty wykonania nasypów z materiałem z wykopu pod lemiusz z wyłączeniem kosztu transportu, który został uwzględniony w pozycji „wykop”. Koszt wykonania GWN i zasypki został przyjęty w złożonej ofercie i został określony w odrębnych pozycjach ponad wartość 10,9 mln. Wykonawca skalkulował ceny jednostkowe w następujący sposób:

Nasyp z wykopu pod lemiusz	Średnia cena jedn. zł/m3
Majster	0,50
Spoiwo	3,13
Recykler	1,88
Rozrzutnik spoiwa	0,63
Spycharka	1,67
Walec	2,08
Ciągnik z beczką	0,58
Inne usługi/koszty	0,11
Razem koszt zł/m3	10,57

W ocenie Odwołującego zaniechanie dalszych wyjaśnień w tym zakresie stanowiło naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi o obowiązku, a nie tylko uprawnieniu zamawiającego do wezwania wykonawcy do wyjaśnień w przypadku, gdy okoliczności sprawy wskazują na istnienie uzasadnionych wątpliwości co do realności wyceny. Wskazana przez Konsorcjum GAP cena wykonania nasypu powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w tym zakresie zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Cena ta już nawet wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, o czym świadczy dodatkowe wezwanie do

wyjaśnień z 10 sierpnia 2023 r. w tym zakresie, skierowane do Konsorcjum GAP. Pomimo powyższego Zamawiający nie wezwał Konsorcjum GAP w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia tej ceny. Zamawiający skierował jedynie dodatkowe wezwanie dotyczące tej ceny, jednak w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który jest niewłaściwą podstawą wezwania wykonawcy do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny ofertowej, gdyż w szczególności nie pociąga za sobą rygoru wskazanego w art. 224 ust. 6 ustawy Pzp (tj. odrzucenia oferty). W konsekwencji braku takiego wezwania Odwołujący nie może aktualnie wywodzić rażącego zaniżenia tej ceny i w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum GAP na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ byłoby to przedwcześnie.

Odwołujący poinformował, że przedstawi kalkulację, z której wynika, że przyjęta przez Konsorcjum GAP cena spoiwa hydraulicznego w wysokości 3,13 zł/m³ (stanowiąca prawie 30% ceny jednostkowej za wykonanie nasypu z wykopu) nie jest obiektywnie możliwa do uzyskania na rynku. W celu stworzenia tej kalkulacji Odwołujący oparł się o cenniki 7 dostawców oferujących spoiwo oraz o ceny aż 23 rodzajów oferowanych przez nich spoiw hydraulicznych, a także przyjętą przez Konsorcjum GAP ilość wykopów w ramach zamówienia tj. 830 000 m³. Odwołujący w kalkulacji uwzględnił średnią cenę spoiwa jakim jest Cement III zawartą w bazie cenowej Sekocenbud (a na którą także powoływał się sam Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień z 10 sierpnia 2023 r. skierowanym do Konsorcjum GAP). W zależności od przyjętej ceny za spoiwo zaniżenie ceny ofertowej Konsorcjum GAP mogło wynieść przynajmniej od 5.565.150,00 zł do aż 12.790.300,00 zł.

Zdaniem Odwołującego, sam Zamawiający nadał cenę za wykonanie nasypów charakteru istotności, ponieważ o koszt wykonania nasypów oraz o sposób kalkulacji tego kosztu zapytał wszystkich wykonawców wzywanych do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy ci w pierwszych wezwaniach zostali poproszeni o przedstawienie wyjaśnień w zakresie aż 98 pytań (poza Konsorcjum GAP, które w pierwszym wezwaniu dostało poproszone o przedstawienie wyjaśnień w zakresie 92 pytań). Poza wskazanym już pytaniem 14 Zamawiający tylko w dwóch innych pytaniach oczekiwał od wykonawców podania przyjętego w złożonej ofercie kosztu wraz z podaniem sposobu jego kalkulacji. Gdyby koszt wykonania nasypów był nieistotny, to Zamawiający nie dopytałby się o dokładny sposób jego kalkulacji. Odwołujący stwierdził, że często właśnie te elementy cenowe są niedoszacowane, a odgrywają istotną rolę w powodzeniu przedsięwzięcia jakim jest budowa drogi ekspresowej.

Zarzut 3

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 1.1.1 PFU: *Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty: 12) obiekty inżynierskie w ciągu drogi ekspresowej i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą ekspresową.* Dalej w punkcie 1.1.3.2 PFU wskazano: *W obrębie przejazdu należy uwzględnić konieczność budowy obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej (str. 18-19 PFU).* Zamawiający w punkcie 1.1.3.3 PFU zamieścił także tabelę z wykazem 26 koniecznych do wykonania obiektów inżynierskich, przy czym obiekt inżynierski w km 3+815,07 wskazany był w poz. 9 tej tabeli.

Odwołujący podał, że 13 października 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum MIRBUD w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp o wskazanie ujętych w cenie oferty obiektów inżynierskich, z określenie lokalizacji obiektu, typu obiektu (np. wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt, ściana oporowa, itp.), klasy obciążenia, wskazanie długości obiektu, szerokości i rodzaju konstrukcji oraz sposobu posadowienia obiektu (pytanie nr 28). W odpowiedzi Konsorcjum MIRBUD przedstawiło tabelę z informacjami na temat ujętych w cenie oferty obiektów inżynierskich.

Odwołujący podniósł, że przedstawiony z wyjaśnieniami wykaz nie obejmuje obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej oraz że zawiera inne nieścisłości co do pozostałych obiektów, co świadczy o niezgodności oferty Konsorcjum MIRBUD z warunkami zamówienia w następującym zakresie:

Warunki zamówienia	Treść oferty Konsorcjum MIRBUD
Wykonanie 26 obiektów inżynierskich	Wykonanie 25 obiektów inżynierskich
Budowa obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej	Brak budowy obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej

Odwołujący podkreślił, że pozostali wykonawcy, do których także zostało skierowane tożsame pytanie, w przedstawionych wyjaśnieniach uwzględnili wszystkie wymagane obiekty inżynierskie.

Odwołujący podniósł, że naruszając zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców, pismem z 12 marca 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum MIRBUD w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie,

dlaczego zawarty w wyjaśnieniach wykaz obiektów inżynierskich nie zawiera obiektu opisanego w PFU – Tabela 1.1 Lp. 9 tj. obiekt WS w km orientacyjnym 3+815 i jednocześnie opisanego w PFU w pkt. 1.1.3.2. (Przejazd w ciągu nowobudowanego odcinka drogi gminnej DD 2-1). Zdaniem Odwołującego wezwanie to było nieuprawnione, gdyż nie mogło służyć do usunięcia wskazanych wyżej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W ocenie Odwołującego, bez znaczenia pozostaje fakt, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum MIRBUD w piśmie z 19 marca 2024 r. wskazało, że:

(...) brak wykazania w wyjaśnieniach Wykonawcy (...) obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej, wynika z omyłki w trakcie przygotowywania przez Wykonawcę załącznika nr 2 do wyjaśnień, a nie z uwagi na pominięcie wyceny tego obiektu inżynierskiego w wycenie Oferty dotyczącej przedmiotu zamówienia. Złożona Zamawiającemu oferta, jak i zaoferowana cena obejmuje wykonanie obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Obiektu (...) jest uwzględniony w wycenie Oferty Wykonawcy i posiada poniższe parametry: (...)

Odwołujący podniósł, że złożone wyjaśnienia muszą wskazywać sposób rozumienia treści złożonej oferty, nie mogą natomiast jej zmieniać. Ponadto, oczywista niezgodność oferowanego świadczenia z dokumentacją postępowania ze swojej istoty nie powinna być korygowana w drodze dostępnych mechanizmów zawartych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy. Uzasadnieniem dla powyższego pozostają, co najmniej, dwie okoliczności. Po pierwsze, trudno byłoby w jej przypadku mówić o omyłce, czyli niecelowym i nieświadomym prezentowaniu świadczenia oferowanego zamawiającemu. Po drugie, nawet jeżeli by uznać, że niezgodność zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia miała charakter nieświadomy i niecelowy, to i tak każdorazowo ewentualna korekta w tym zakresie będzie prowadziła do zmiany przyjętej wyceny. Skoro skala tej zmiany będzie obiektywnie trudna do skwantyfikowania i ustalenia, nie będzie przecież możliwe poprawienie takiej niezgodności w sposób obiektywny i bez istotnej ingerencji w treść oferty. Posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jedną nieprawidłowo określoną częścią świadczenia dla wyceny przekłada się na konieczność zastosowania w stosunku do oferty sankcji jej odrzucenia i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia.

Odwołujący podkreślił, że nie było podstaw do poprawienia niezgodności oferty Konsorcjum MIRBUD z warunkami zamówienia oraz że do takiego poprawienia nie doszło, Zamawiający bowiem nie zawiadomił Konsorcjum MIRBUD o takiej czynności. Co więcej, brak jest w treści oferty Konsorcjum MIRBUD jakichkolwiek elementów pozwalających na dokonanie poprawienia sprzecznego z treścią SWZ oświadczenia. W szczególności za taki element nie można uznać jakiegokolwiek ogólnego oświadczenia o zgodności oferty Konsorcjum MIRBUD z SWZ w oparciu o tego typu oświadczenie nie można zatem wywodzić, że oświadczeniem woli Konsorcjum MIRBUD było w rzeczywistości objęcie zaoferowanie wykonania 26, a nie jak wskazał w swoich wyjaśnieniach 25 obiektów inżynierskich.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili: Konsorcjum GAP – po stronie Zamawiającego w sprawach KIO 1715/24 i KIO 1720/24, Budimex S.A. – po stronie Odwołującego w sprawach KIC 1715/24 i KIO 1720/24, Konsorcjum Aldesa – po stronie Odwołującego w sprawie KIO 1715/24. Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której Przystąpili.

Izba nie dopuściła Konsorcjum MIRBUD do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 1720/24. W związku z tym, że Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym 17 maja 2024 r., określony w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął 20 maja 2024 r. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby 5 czerwca 2024 r., zatem z oczywistym i znacznym uchybieniem tego terminu.

W sprawie o sygn. akt KIO 1715/24 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców Konsorcjum GAP, w związku ze złożeniem przez Odwołującego do protokołu oświadczenia o wycofaniu tego zarzutu.

W pozostałym zakresie żadne z odwołań nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące gwarancji wadialnej Konsorcjum GAP – sygn. akt KIO 1715/24 i KIO 1720/24

Wskazany w odwołaniu stan faktyczny dotyczący treści przedstawionej przez Przystępującego gwarancji wadialnej i aneksu do tej gwarancji nie jest przedmiotem sporu.

Konsorcjum GAP załączyło do oferty:

- Bankową Gwarancję Zapłaty Wadium nr DOK1755GWB23SD z 18 maja 2023 r., w której jako wykonawcę wskazano wyłącznie spółkę Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A.
- Aneks Nr 1 do ww. gwarancji z 5 czerwca 2023 r., zawierający oświadczenie gwaranta o treści: *Przedłużamy termin ważności gwarancji do dnia: 06.10.2023 roku, pozostałe warunki gwarancji pozostają bez zmian.*

Ponadto w nagłówku Aneksu oznaczono wykonawcę następująco:

Konsorcjum firm w składzie:

GAP INSAAT YATIRIM VE DIS TICARET ANONIM SIRKETI BUYUKDERE CADDESİ NO: 163, İSTANBUL ESENTEPE TURKISH REPUBLIC CHAMBER COMMERCE UNDER NO:354832 (LEADER), FABA POLSKA LIMITED LIABILITY COMPANY CYBERNETYKI 19B, 02-677 WARSAW (POLAND) (KRS NO.000060 (PARTNER), 'SP' SINE MIDAS STROY LIMITED LIABILITY COMPANY NURSULTAN NAZARBAYEV AVE 446, 090000 URALSK (KAZAKHSTAN) (BIN NO.060340007296) (KRS NO.0000768087) (PARTNER).

Pismem z 28 lipca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Santander Bank Polska S.A. o wyjaśnienie, czy wobec zapisów Aneksu nr 1 wskazujących jedynie na przedłużenie terminu ważności gwarancji do dnia: 06.10.2023 r. i pozostawienia pozostałych warunków bez zmian (w tym również zleceniodawcy z pierwotnej gwarancji) obejmuje ona ewentualne roszczenia z wadium wobec Wykonawcy, który wskazany jest w Aneksie nr 1 tj. wobec: Konsorcjum firm w składzie: (...) oraz czy w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy Gwarant wypłaci Beneficjentowi (...) nieodwołalnie i bezwarunkowo sumę gwarancyjną, określoną w gwarancji? Santander Bank Polska S.A. wskazał, że: *Aneks nr 1 zmieniliśmy dane Wykonawcy z GAP INSAAT YATIRIM VE DIS TICARET A.S. na Konsorcjum firm w składzie: (...).*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w .

W ocenie Izby nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Konsorcjum GAP na podstawie powyższego przepisu.

Nie ulega wątpliwości, że Gwarancja bankowa z 18 maja 2024 r. w pierwotnym brzmieniu była nieprawidłowa, ponieważ obejmowała udział w postępowaniu tylko spółki GAP, a nie całego Konsorcjum. Złożenie Gwarancji w takiej formie powinno prowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezabezpieczonej prawidłowo wadium. Powyższe potwierdza zarówno z orzecznictwo Izby, jak i z orzecznictwo sądowe, wskazując, że gwarant musi mieć świadomość, że działania i zaniechania jakich podmiotów odpowiada.

Przystępujący złożył jednak Aneks nr 1 do Gwarancji, wystawiony przed terminem składania ofert, zatem prawidłowość zabezpieczenia jego oferty wadium musi być oceniana z uwzględnieniem treści Gwarancji w brzmieniu nadanym ww. Aneksem.

Jak wynika z treści Aneksu, przedłużono nim termin ważności Gwarancji do 6 października 2023 r., stwierdzono również, że pozostałe warunki Gwarancji pozostają bez zmian. Mimo takiego stwierdzenia nie można pominąć, że w nagłówku Gwarancji w oznaczeniu wykonawcy wskazani zostali wszyscy członkowie Konsorcjum. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie, że Aneks zmienił jedynie termin ważności Gwarancji, oznaczenie wykonawcy stanowi bowiem część gwarancji bankowej i nie ma podstaw uznać tego oznaczenia za nietworzące treści gwarancji tylko dlatego, że zostało ono zawarte w nagłówku tego dokumentu. Treść Aneksu należy analizować i oceniać całościowo, bez pomijania niektórych fragmentów czy odmawiania im prawnego znaczenia. Nie sposób więc podzielić stanowiska, że wskazanie wykonawcy znalazło się poza treścią Aneksu nr 1 do Gwarancji, który rozpoczął się od stwierdzenia: *My, Santander Bank Polska S.A. (...).*

W ocenie Izby o tym, że Gwarancja bankowa zabezpiecza jedynie działania i zaniechania spółki GAP nie przesądza fakt, że przy zmienionym oznaczeniu wykonawcy w nagłówku Gwarancji, w dalszej jej części nie zmieniono fragmentu: *Zważywszy, że GAP INSAAT YATIRIM VE DIS TICARET A.S. / BUYUKDERE CAD.NO: 163, 3-*

Zincirlikuyu – Istanbul Turcja, dalej jako „Wykonawca” złoży ofertę (...). Zauważenia wymaga, że treść gwarancji podlega wykładni z uwzględnieniem zasad interpretacji oświadczeń woli określonych w art. 65 Kc, który stanowi, że: § 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie IV CSK 86/17, ustalenie wynikającego z treści gwarancji stopnia zależności między zobowiązaniem gwaranta a istnieniem (ważnością), treścią i zdarzeniami (zwłaszcza niewykonaniem zobowiązania) dotyczącymi zabezpieczonego zobowiązania jest kwestią wykładni oświadczeń woli stron umowy gwarancji (art. 65 k.c.), uwzględniającej cały ich kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których zostały złożone.

Pominięcie okoliczności, że Aneks zmienił oznaczenie wykonawcy i uznanie tej zmiany za niebyłą w związku z pozostawieniem w dalszej części fragmentu o zamiarze złożenia oferty przez spółkę GAP, stałoby w sprzeczności z powyższymi wytycznymi. niespójność ta, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności nie może być traktowana jako powodująca wątpliwość mogącą prowadzić do skutecznego uchylecia się przez gwaranta od zapłaty sumy gwarancyjnej.

Nie można pomijać, że orzecznictwo określające gwarancję wystawioną na jednego członka konsorcjum jako wadliwą, wskazuje na konieczność analizy treści gwarancji pod kątem tego, czy znajduje się w niej jakkolwiek wzmianka, z której wynikałoby, że gwarant ma wiedzę o tym, że oferta składana jest również przez inny podmiot czy podmioty. Brak takiego nawiązania prowadzi do negatywnej oceny prawidłowości wniesienia wadium. Pogląd taki wyraziła Izba m.in. w uzasadnieniu wyroku KIO 970/20, wskazując: *Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanych sobie konsorcjantów wykonawców zlecających udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę (zlecającego, według terminologii analizowanej gwarancji „Zobowiązanego”) należy rozumieć nie tylko podmioty oznaczone w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecydował lub zdecydowały się one złożyć ofertę. Tymczasem na próżno szukać w treści powyżej wskazanej gwarancji ubezpieczeniowej takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecających również w imieniu innego podmiotu. (...) Biorąc powyższe pod uwagę, aby uznać złożenie gwarancji ubezpieczeniowej za skuteczne, z przedłożonego przez Konsorcjum dokumentu gwarancji powinien w jakikolwiek sposób wynikać obowiązek gwaranta zapłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją, jeżeli okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy Pzp dotyczyć będą „Wykonawcy” rozumianego jako wszyscy członkowie konsorcjum, które złożyło ofertę. Tymczasem z treści przedłożonej przez Konsorcjum gwarancji ubezpieczeniowej okoliczności takie w żaden sposób nie wynikają i nie sposób ich na żadnej podstawie domniemywać czy uzyskać w drodze wykładni gwarancji.*

W rozpoznawanej sprawie Aneks rozszerzył oznaczenie wykonawcy i trudno wytłumaczyć to innymi powodami, niż zamiar objęcia Gwarancją oferty wspólnej. Nie wiadomo bowiem, w jakim innym celu w Aneksie zmieniono by to oznaczenie. Nie sposób zakładać, że było to działanie bezcelowe, pozbawione merytorycznego uzasadnienia. Co więcej, Przystępujący przedstawił w postępowaniu odwoławczym dowody w postaci wydruków wiadomości SWIFT z 2 czerwca 2024 r., obejmującej zlecenie podania w Gwarancji nazw partnerów Konsorcjum w polskiej i angielskiej wersji tego dokumentu. Z powyższego wynika, że w wyniku dokonanego za pośrednictwem banku tureckiego zlecenia zmiany oznaczenia wykonawcy, zmiana ta została wprowadzona do Gwarancji Aneksem nr 1. Uwzględniając te okoliczności nie można – zdaniem Izby – twierdzić, że Gwarant nie miał świadomości zamiaru złożenia oferty wspólnej i objął swoim zobowiązaniem ofertę wyłącznie spółki GAP.

Za chybioną Izba uznała argumentację Odwołującego Konsorcjum MIRBUD, który podnosił, że nazwy spółek wskazane w preambule Aneksu nr 1 nie odpowiadają nazwom spółek wchodzącym w skład Konsorcjum GAP. Zauważenia wymaga, że rzekomy brak tożsamości członków Konsorcjum wskazanych w Aneksie i podmiotów, które złożyły ofertę, sprowadza się do tego, że oznaczenie formy przedsiębiorstwa przedstawione w języku angielskim (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zostały określone jako Limited Liability Company). Nie ma więc jakichkolwiek podstaw twierdzić, że w Aneksie nr 1 do Gwarancji wskazano podmioty inne niż te, które tworzą Konsorcjum – są to dokładnie te same spółki, a określenie ich formy organizacyjnoprawnej w języku angielskim nie powinno budzić żadnych wątpliwości, tym bardziej że Aneks zawiera również numery KRS tych spółek.

Odnosząc się do przedstawionego przez Konsorcjum MIRBUD dowodu w postaci opinii prawnej złożonej na okoliczność wadliwości gwarancji wadliwej Przystępującego, wskazać należy, że jest to sporządzona na potrzeby postępowania odwoławczego opinia prywatna, która ma jedynie walor stanowiska strony. Opinia prezentuje analizy i oceny prawne, w tym analizę orzecznictwa, w przeważającym zakresie odnoszącą się do wadliwości gwarancji wystawionej na jednego członka konsorcjum. Wskazać należy, że wadliwość takiej gwarancji nie jest w rozpoznawanej sprawie istotą sporu, jest nią natomiast to, czy Gwarancja została wystawiona na jednego, czy wszystkich członków

Konsorcjum. Wyrażone w opinii wątpliwości dotyczące tej kwestii Izba uznała za nieprzekonujące, z powodów wskazanych powyżej.

Niezależnie od powyższego, Izba podziela stanowisko Odwołujących, że oświadczenia Gwaranta, pozyskane przez Zamawiającego po terminie składania ofert, a mające potwierdzać prawidłowość Gwarancji, nie mogą mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii skutecznego wniesienia wadium. W rozpoznawanej sprawie jednak prawidłowość tę można ustalić na podstawie Aneksu nr 1 do Gwarancji, zatem informacja pozyskana przez Zamawiającego od Santander Bank Polska nie ma wpływu na dokonaną przez Izbę ocenę zarzutów.

Zarzut dotyczący technologii wzmocnienia podłoża – sygn. akt KIO 1715/24

Prezentowany w odwołaniu stan faktyczny w zakresie brzmienia postanowień dokumentacji postępowania oraz treści wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum GAP nie jest sporny.

Ustalono, że w Rozdziale 1.3 Zamawiający wskazał technologie wzmocnienia podłoża gruntowego, wskazując na następujące WWIORB:

d-02.01.01b wzmocnienie podłoża gruntowego. wymiana gruntów

d-02.01.01c wzmocnienie podłoża gruntowego. materace geosyntetyczne

d-02.01.01d wzmocnienie podłoża gruntowego. metoda drenów pionowych 1 nasypu przeciążającego

d-02.01.01e wzmocnienie podłoża gruntowego. kolumny dsm d-02.01.01f wzmocnienie podłoża gruntowego. metoda iniekcji strumieniowej jet grouting

d-02.01.01g wzmocnienie podłoża gruntowego. kolumny żwirowe

d-02.01.01h wzmocnienie podłoża gruntowego. kolumny betonowo- żwirowe

d-02.01.01i wzmocnienie podłoża gruntowego. prefabrykowane pale żelbetowe

d-02.01.01j wzmocnienie podłoża gruntowego. pale wiercone typu cfa

d-02.01.01k płyta żelbetowa na palach

d-02.01.01l nasyp przeciążający

d-02.01.01m monitoring geotechniczny

d-02.01.01n materace odciążające z lekkiego kruszywa ceramicznego

Konsorcjum GAP udzieliło – w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – następujących wyjaśnień dotyczących wzmocnienia podłoża:

Pismem z 18 lipca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie m.in., czy i w jaki sposób wykonawca uwzględnił w ofercie koszty związane z wymogiem wzmocnienia podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp oraz koszty związane z ewentualnym uzdatnianiem podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich w przypadku nadmiernego zawilgocenia gruntu. Przystępujący wyjaśnił: *Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w Ofercie koszty związane z wymogiem wzmocnienia podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp. W ofercie uwzględniono koszty wzmocnienia podłoża w szczególności w postaci: stabilizacji powierzchniowej / przesuszanie gruntów w podstawie nasypu, dodatkowej stabilizacja z uwagi na grunty plastyczne bezpośrednio pod konstrukcją, warstwy wyrównawczej z gruntu niewysadzinowego, wymiany gruntu gruntem niespoistym, przypowierzchniowego zagęszczania, materaców kolumn, wzmocnienia skarp wykopu. Koszty ww. elementów Wykonawca skalkulował na podstawie własnego doświadczenia w realizacji podobnych zadań oraz rozeznania rynku. (...) Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w Ofercie koszty związane z ewentualnym uzdatnianiem podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich w przypadku nadmiernego zawilgocenia gruntu. W szczególności podkreślenia wymaga, że uwzględniono koszt – w zależności od stanu zawilgocenia gruntu – dodatkowej stabilizacji gruntu w nasypie, w podłożu konstrukcji nawierzchni pogrubienia warstwy ulepszonego podłoża, w obu przypadkach ewentualnie wymianę zawilgoconego gruntu lub jego przesuszenie. Koszty ww. elementów Wykonawca skalkulował na podstawie własnego doświadczenia w realizacji podobnych zadań oraz rozeznania rynku.*

Pismem z dnia 1 września 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia, jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w ofercie oraz na jakim

poziomie, w zaokrągleniu do 10 tys. m³ kształtuje się łączna kubatura gruntów nienośnych przyjęta do wykonania wzmocnień podłoża obliczona na podstawie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Przystępujący wyjaśnił:

b) Wykonawca wskazuje zasadnicze technologie oraz lokalizację miejsc wzmocnień podłoża gruntowego, które wstępnie założono w Ofercie w załączonej tabeli nr 1. Poniżej przedstawiono typy wzmocnień podłoża gruntowego jakie mogą być zastosowane:

TYPY WZMOCNIEŃ	
TYP 1	Stabilizacja gruntów spoistych w podstawie nasypu spoiwami hydraulicznymi na głębokość 30 cm.
TYP 2	Wymiana gruntów słabonośnych i organicznych
TYP 3a	Półmaterac geosyntetyczny, otwarty, stosowany ze względu na stateczność w podstawie wysokich nasypów (> 5m). Geosyntetyk PET o wytrzymałości długoterminowej
TYP 3b	Materac geosyntetyczny, pełny, zamknięty, wytrzymałość długoterminowa
TYP 4	Kolumny
TYP 5	Powierzchniowe zagęszczenie gruntów niespoistych
TYP 6	Warstwa filtracyjna w podstawie nasypu (materac z gruntu niespoistego w geowłókninie), stosowana w przypadku wysokiego poziomu wód gruntowych w podstawie nasypu
TYP 7	Powierzchniowe zabezpieczenie skarp głębokich wykopów w gruntach niespoistych geosyntetykiem przeciwozryjnym
TYP 8	Wzmocnienie podłoża konstrukcji nawierzchni dwiema warstwami georusztu monolitycznego PP 40/40 kN/m, wypełnionych 20 cm mieszanki niezwiązanej
TYP 9	Wzmocnienie podstawy nasypu matercem geosyntetycznym trójwarstwowym, zbudowanym z trzech warstw geosiatki PET o wytrzymałości długoterminowej oraz 2 warstw mieszanki niezwiązanej grubości 2x30cm

Lokalizacje zastosowania powyższych typów wzmocnień została przedstawiona w załączonym zestawieniu.

b) Łączna kubatura gruntów nienośnych przyjęta do wykonania wzmocnień podłoża, obliczona na podstawie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, obejmująca wzmocnienia, tj. wymiana gruntu, kolumny, to około 4 mln m³. Pozostałe typy wzmocnienia gruntu są powierzchniowe i określone są w m².

Następnie, pismem z 12 marca 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie, czy w cenie Oferty i Czasie na Ukończenie Wykonawca uwzględnił ryzyko ewentualnej zmiany technologii wzmocnienia podłoża trasy głównej i innych dróg oraz ryzyko ewentualnego wzmocnienia podłoża trasy głównej i innych dróg w innych lokalizacjach niż wskazał w załączniku nr 1 do pisma znak 05/S17/S4/CA/GDDKIA z dnia 8.09.2023 r. zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ w szczególności w Dokumencie technicznym w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocniania podłoża gruntowego w budownictwie drogowym wskazanym w pkt. 3.2 ppkt. 6 PFU stanowiącym OPZ. Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

Wykonawca nie przedkłada wyjaśnień treści oferty, a przedstawia dla zakończenia postępowania założenia, które przyjął wstępnie do wyceny. Pytania Zamawiającego nie odnoszą się do treści oferty, a do przyjętych do wyceny, wstępnych i niekompletnych założeń kalkulacyjnych, bowiem kompletne rozwiązanie projektowe będzie przedmiotem umowy i przyszłego świadczenia Wykonawcy (patrz wyrok KIO 199/24). Wykonawca zwraca uwagę, że odpowiedzi, tak aktualne jak i udzielone wcześniej, zawierają wiele danych założonych szacunkowo zgodnie z dokumentacją przetargową, lokalnymi i międzynarodowymi normami oraz wcześniejszymi doświadczeniami Wykonawcy z podobnych projektów. Podane wartości zostały przyjęte tylko po to, aby umożliwić Wykonawcy jak najdokładniejsze oszacowanie budżetu. Oczywiście jest, że liczby te mogą ulec (a wręcz na ogół ulegają) zmianie, przy zachowaniu zgodności z SWZ, w trakcie szczegółowego procesu projektowania gdzie pozyskuje się odpowiednie dane, wykonuje się dokładne analizy i obliczenia i który trwa łącznie kilkanaście miesięcy. Wykonawca natomiast ma obowiązek i przewidział wykonanie całości i każdego elementu zamówienia zgodnie z PFU. Wykonawca podkreśla, że wiele rozwiązań ma charakter przybliżony - bowiem Wykonawca na przygotowanie oferty nie dysponuje takim czasem jaki Zamawiający miał choćby na przygotowanie Koncepcji Programowej, która nota bene w wielu miejscach nie jest tak szczegółowa jak dane, których podania oczekuje Zamawiający od Wykonawcy. Wykonawca wskazuje też, ponownie, że cena Wykonawcy pokrywa czynniki ryzyka leżące po stronie Wykonawcy, wynikające z dokumentacji, a związane ze specyfiką zamówienia tj. formułą „projektuj i buduj” oraz ryczałtowym charakterem wynagrodzenia.

Żadna z części wyjaśnień nie może być interpretowana sprzecznie do zawartych w treści oferty naszych oświadczeń, iż

złożyliśmy w Postępowaniu ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania (SWZ), zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania. Są to oświadczenia bezwzględnie nadrzędne w stosunku do jakichkolwiek dalszych przekazywanych wyjaśnień (patrz wyrok KIO 199/24). Wykonawca uwzględnił w założeniach ryzyka opisane w wiążących dokumentach SWZ jako ryzyka obciążające wykonawcę. Żadna z odpowiedzi Wykonawcy nie może zostać uznana jako przyjęcie lub potwierdzenie przyjęcia ryzyka, które nie obciąża Wykonawcy zgodnie z SWZ i projektowanymi postanowieniami umowy o wykonanie zamówienia.

(...) Wykonawca potwierdza ponownie złożone w piśmie 06/S17/S4/CA/GDDKIA z 14.09.2023 r. wyjaśnienie, że w cenie Oferty i Czasie na Ukończenie uwzględnił ryzyko ewentualnej zmiany technologii wzmocnienia podłoża trasy głównej i innych dróg oraz ryzyko ewentualnego wzmocnienia podłoża trasy głównej i innych dróg w innych lokalizacjach niż wskazał w załączniku nr 1 do pisma znak 05/S17/S4/CA/GDDKIA z 8.09.2023 r. zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ, w tym wziął pod uwagę zbiór zaleceń i wytycznych ujętych w dokumencie wskazanym w pkt 3.2 ppkt 6 PFU. Wskazujemy przy tym, w ślad za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 199/24), że wskazane przez Wykonawcę metody wzmocnienia podłoża „są uwzględnianie w ofercie jako wstępne założenia projektowe, które następnie na etapie realizacji mogą ulec zmianie i stanowią wkalkulowane w cenę oferty ryzyko Wykonawcy. W takiej sytuacji wyjaśnienia Wykonawcy mają charakter wstępny i zarysowy a nie ostateczny, który mógłby być podstawą do stwierdzenia niezgodności z warunkami zamówienia”, a także, że Zamawiający nie wskazał „dokumentów zamówienia, w których precyzowałby jaki rodzaj wzmocnienia na jakich odcinkach jest wymagany.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający, wybierając ofertę Przystępującego, nie naruszył powyższych przepisów ustawy.

Przede wszystkim podkreślić należy, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy treść oferty, tj. wyrażone w ofercie zobowiązanie wykonawcy dotyczące zakresu, sposobu wykonania czy cech oferowanego przedmiotu zamówienia, jest sprzeczne z wyraźnie wyartykułowanymi w SWZ, merytorycznymi wymaganiami Zamawiającego, a sprzeczność ma charakter niewątpliwy i nieusuwalny.

Zauważenia wymaga również, że w przypadku zamówień w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacja projektowa na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie istnieje, a konkretyzacja poszczególnych elementów i rozwiązań następuje dopiero w toku realizacji umowy. Wobec tego, że opis przedmiotu zamówienia ma w takim przypadku charakter zdecydowanie bardziej ogólny, niż ma to miejsce w przypadku zamówień obejmujących wykonanie robót budowlanych na podstawie projektu udostępnionego przez zamawiającego, treścią oferty nie są i nie mogą być objęte elementy, które na etapie ofertowania nie są jeszcze znane. Nie oznacza to oczywiście, że oferta w przypadku zamówień obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych nie podlega badaniu pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, zakres tego badania nie może jednak odnosić się do treści tą ofertą nieobjętych. Odrzucenie oferty wymaga natomiast wykazania, że określone elementy zobowiązania wykonawcy ujęte w treści oferty są w sposób niewątpliwy merytorycznie niezgodne z jednoznacznymi wymaganiami Zamawiającego. Za budzące wątpliwości należy natomiast uznać przyjęcie, że art. 223 ust. 1 ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do podejmowania czynności mających na celu spowodowanie uzupełnienia przez wykonawcę treści oferty o elementy, które dotyczą kwestii podlegających określeniu dopiero na etapie projektowania lub takich, co do których wykonawca nie dokonywał konkretyzacji w treści oferty.

W rozpoznawanej sprawie nie jest jasne, czym spowodowane było skierowanie do Przystępującego szeregu pytań na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Nie wiadomo, czy Zamawiający miał wątpliwości co do treści wyrażonej w ofercie Przystępującego, z czego te wątpliwości wynikały ani nawet – w jaki sposób zadane pytania odnosiły się do treści wyrażonej w tej ofercie, co uzasadnia wątpliwości co do możliwości stwierdzenia, że Przystępujący ujął w ofercie świadczenie jednoznacznie sprzeczne z wymaganiami SWZ.

Zauważenia wymaga, że pytania Zamawiającego dotyczyły tyle tego, jest co objęte jest dyspozycją art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, czyli wymagającej wyjaśnienia treści złożonej oferty, co ustalenia, w jaki sposób ujęto w ofercie koszty wzmocnienia podłoża. W treści oferty wykonawca z oczywistych powodów nie określał technologii wzmocnienia podłoża, to bowiem zostanie rozstrzygnięte na etapie projektowania, w zależności od ustalonych na późniejszym etapie potrzeb, w tym rozpoznania geologicznego. Nie sposób zatem przyjąć, że nie określając tej technologii w ofercie, po upływie

terminu na jej złożenie wykonawca na wezwanie Zamawiającego uzupełnił jej treść i że może to prowadzić do uznania, że jego oferta nie odpowiada warunkom zamówienia.

Podkreślić należy, że nie wiadomo, jakie technologie wzmocnienia podłoża wykonawca ostatecznie wykorzysta, jest to uzależnione od warunków geologicznych i zostanie określone w projekcie budowlanym. Udzielone wyjaśnienia ujawniają jedynie, jakie założenia Przystępujący przyjął do wyceny oferty. W formule „zaprojektuj i wybuduj” wykonawca musi bowiem poczynić pewne założenia do kalkulacji ceny, w tym wycenić ryzyko związane z tym, że na etapie ofertowania szczegółowe rozwiązania nie są jeszcze znane. Jeżeli więc udzielona odpowiedź nie powoduje wątpliwości co do kosztów szacunkowych kosztów przyjętych na etapie ofertowania, to nie ma podstaw, aby z tych wyjaśnień wywodzić wadliwość oferty. Przyjęcie natomiast, że Zamawiający może w dowolnym zakresie i stopniu szczegółowości dociekać kwestii niepodlegających uzewnętrznieniu w ofercie i traktować udzielone odpowiedzi jako treść oferty (uzupełnioną po terminie składania ofert – co jest niedopuszczalne), mimo że ujawniają one jedynie założenia kalkulacyjne dotyczące świadczeń niesprecyzowanych jeszcze w dacie ofertowania, trudno byłoby pogodzić z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niezależnie od wskazanych wyżej zastrzeżeń, stwierdzić należy, że z dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający określił w sposób enumeratywny dopuszczalne technologie wzmocnienia podłoża. Postanowienia punktu 2.4 PFU wskazują, że w przypadku gdy po opracowaniu przez Wykonawcę Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego wyniknie potrzeba wykonania robót budowlanych, na które Zamawiający w PFU nie załączył odpowiednich WWiORB, Wykonawca zobowiązany jest opracować dodatkowe, niezbędne SST na te Roboty. Fakt, że postanowienia PFU dopuszczają uzupełnienie WWiORB, oznacza, że wskazany przez Zamawiającego katalog technik wzmocnienia podłoża jest niewyczerpujący, co zresztą należy uznać za wpisujące się w specyfikę postępowania w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Odwołujący nie wykazał też, aby którekolwiek postanowienie PFU określało zakaz wykonywania wzmocnień innymi metodami.

Odnosząc się do przedstawionego przez Konsorcjum MIRBUD dowodu w postaci oświadczenia prof. dra hab. inż. Marka Salamaka należy stwierdzić, że ma ono walor stanowiska strony, a wyrażone w tym stanowisku zastrzeżenia dotyczące technicznej możliwości wykorzystania wskazanych w wyjaśnieniach technologii nie mogą świadczyć o zasadności zarzutu. Należy bowiem mieć na uwadze, że technologia wzmocnienia podłoża zostanie dobrana na etapie projektowania, odpowiednio do zastanych warunków geologicznych, nie jest zatem jeszcze znana. W związku z tym złożonych wyjaśnień nie można traktować jako zobowiązania wykonawcy do wykonania wzmocnień we wskazanych technologiach.

Zarzut dotyczący zaświadczeń o niekaralności – sygn. akt KIO 1715/24

Przedstawiony w odwołaniu stan faktyczny co do zakresu i treści przedłożonych przez Konsorcjum GAP dokumentów nie był sporny. Konsorcjum GAP złożyło wraz z ofertą pełnomocnictwo udzielone przez GAP na rzecz T.C. oraz C.A., podpisane przez A.C. oraz R.A. wraz z Listą upoważnionych sygnatariuszy GAP. Następnie, 6 października 2023 r. Przystępujący przedłożył zaświadczenia wydane przez Urząd Generalny ds. Rejestrów i Statystyk Karnych Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Turcji dla następujących osób: A.C., I.K., L.K., M.T., M.F., O.G.. W Liście Sygnatariuszy GAP wskazano na osoby upoważnione do składania podpisów w imieniu GAP, w tym: M.A., S.K., R.A., M.S., T.C., K.C., B.N., dla których nie złożono dokumentów o niekaralności.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Istotą sporu było to, czy osoby, których dotyczy zarzut odwołania (M.A., S.K., R.A., M.S., T.C., K.C., B.N.) są objęte dyspozycją art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a dokładnie – czy są członkami organu zarządzającego, ewentualnie prokurentami.

Przystępujący wyjaśnił, że turecka spółka akcyjna posiada Radę Dyrektorów, tj. organ podobny do zarządu do zarządu. Rada Dyrektorów po reformie z roku 2011 składa się z jednego do kilku dyrektorów, z których co najmniej jeden

musi posiadać obywatelstwo tureckie. Dyrektorem może być (co normalne w systemie common law) również osoba prawna. Prawo tureckie upoważnia Radę Dyrektorów do delegowania części obowiązków, czego brak na przykład w Polsce.

Jak wynika ze stanowiska Przystępującego, popartego przytoczeniem przepisów Tureckiego prawa handlowego, osoby objęte zarzutami, choć stanowią uprawnioną do reprezentacji kadrę menadżerską spółki, to nie wchodzi w skład Rady Dyrektorów. Dyrektorzy wpisani do rejestru posiadają prawo podpisu nie tylko ograniczone (w odróżnieniu od prokury), ale wywodzone z uprawnień Rady Dyrektorów – to jest ciała zarządzającego spółką. Brak jest zatem podstaw prawnych, aby Zamawiający mógł się domagać od wykonawcy przekazania oświadczeń o niekaralności tychże osób. Przystępujący wskazał na różnicę pomiędzy dyrektorem – menadżerem, a dyrektorem – członkiem Rady Dyrektorów.

Przystępujący przedstawił na tę okoliczność:

- Dyrektywę wewnętrzną GAP Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret dotyczącą ograniczonych zezwoleń Spółki;
- Wyciąg z Tureckiej gazety rejestru handlowego Rada Dyrektorów;
- Wyciąg z Tureckiej gazety rejestru handlowego udzielenie kompetencji;
- Opinię dotyczącą prawa tureckiego i pozycji oraz roli Rady Dyrektorów w spółce akcyjnej.

Z powyższego wynika, że nie jest tak, iż wszystkie osoby, które zostały wskazane w tureckich biuletynach handlowych składanych przez GAP w ramach postępowania, jako posiadające prawo (niezależnie od zakresu) do reprezentowania GAP, powinny być określone jako odpowiedniki członków organów zarządzających.

Podkreślenia wymaga przy tym, że obowiązek dowodowy obciążał Odwołującego, który poprzestał na przedstawieniu własnej interpretacji w zakresie charakteru prawnego funkcji dyrektorów w świetle prawa tureckiego. Jeśli Odwołujący, jako strona na której spoczywa ciężar dowodu, twierdzi, że stanowisko Przystępującego i ocena dokonana przez Zamawiającego są nieprawidłowe, to powinien podjąć inicjatywę dowodową, czego zaniechał. Przystępujący z kolei przedstawił przekonujące – zdaniem Izby – dowody, potwierdzające prawidłowość prezentowanego stanowiska.

Zarzut dotyczący wyceny wykonania nasypów – sygn. akt KIO 1720/24

Izba ustaliła, że Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 514.319.880,92 zł. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 421.750.000,00 zł. W dniu 29 czerwca 2023 r. Zamawiający zwiększył kwotę na sfinansowanie zamówienia do 533.630.425,72 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami:

Lp.	Wykonawca	Cena oferty brutto
1.	BUDIMEX S.A.	709 230 544,77 zł
2.	Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. Aldesa Construcciones S.A.	522 288 546,78 zł
3.	Mostostal Warszawa S.A.	625 863 755,06 zł
4.	Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. Polimex Mostostal S.A. Antex II Sp. z o.o. POLBUD-POMORZE Sp. z o.o.	528 000 000,00 zł
5.	Strabag Sp. z o.o.	768 760 812,93 zł
6.	GAP INSAAT YATIRIM VE DIŞ TİCARET S.A. Fabe Polska Sp. z o.o. „SP „Sine Midas Stroy” Sp. z o.o.	503 961 270,18 zł
7.	MIRBUD S.A. KOBYLARNIA S.A.	517 830 000,00 zł
8.	Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.	697 627 595,47 zł
9.	Stecol Corporation	637 342 308,19 zł

10.	Mota-Engil Central Europe S.A.	634 228 909,98 zł
11.	PORR S.A.	610 126 740,00 zł
12.	NDI S.A. NDI SÓPOT S.A.	800 928 658,57 zł

Pismem z 18 lipca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum GAP – na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – o wyjaśnienie, z jakich materiałów zamierza wykonać nasypy drogi ekspresowej S17 oraz o podanie założonej technologii wznoszenia nasypów i kosztu przyjętego w ofercie wraz z podaniem sposobu jego kalkulacji.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że zakłada wstępnie wykonanie nasypu drogi zgodnie z dokumentacją postępowania, w szczególności z materiałów z wykopu. Wykonawca wskazał: *Na podstawie analizy dokumentacji geologicznej można bowiem dojść do przekonania, że materiał z wykopu w dużej mierze można wykorzystać bezpośrednio do budowy nasypów, ewentualnie poprzez dodatkowe uszlachetnienie warstw nasypu spoiwem hydraulicznym. Część materiału można wbudować bezpośrednio w nasyp bez uszlachetniania. Wykonawca przyjął wartość kosztu wykonania nasypów drogi ekspresowej S17 w swojej ofercie w kwocie około 10,9 mln złotych netto. Powyższy koszt został skalkulowany na podstawie doświadczenia Wykonawcy i wiedzy w zakresie kosztów realizacji robót ziemnych z użyciem własnego sprzętu, a także rozeznania rynku.*

W odpowiedzi na kolejne wezwanie, w którym Zamawiający zwrócił się o określenie sposobu skalkulowania ceny jednostkowej nasypów oraz wskazanie, czy w złożonej ofercie w koszcie wznoszenia nasypów został przyjęty również koszt wykonania GWN i zasypek, Przystępujący wyjaśnił:

(...) Wykonawca w kwocie 10,9 mln określił bowiem koszty wykonania nasypów z materiałem z wykopu pod lemiesz z wyłączeniem kosztu transportu, który został uwzględniony w pozycji „wykop”. Koszt wykonania GWN i zasypki został przyjęty w złożonej ofercie i został określony w odrębnych pozycjach ponad wartość 10,9 mln. Wykonawca skalkulował ceny jednostkowe w następujący sposób:

Nasyp z wykopu pod lemiesz	Średnia cena jedn. zł/m3
Majster	0,50
Spoiwo	3,13
Recykler	1,88
Rozrzutnik spoiwa	0,63
Spycharka	1,67
Walec	2,08
Ciągnik z beczką	0,58
Inne usługi/koszty	0,11
Razem koszt zł/m3	10,57

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Zgodnie z ww. przepisem zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w sytuacji gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest więc wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych.

Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest

znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.

Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciążał – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena wykonania nasypów ma charakter istotny i że jest tak niska, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności. W ocenie Izby przesłanki te nie zostały wykazane.

Zauważyć należy, że zaoferowana przez Przystępującego cena była o niemal 20% wyższa niż podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z kolei określona przez Przystępującego wartość wykonania nasypów drogi ekspresowej (ok. 10,9 mln zł) stanowi w stosunku do wartości ceny oferty netto: 2,66 %. Odwołujący nie wykazał, aby element o tak niskim udziale wartościowym w cenie oferty, przy niezaniżonej cenie całkowitej, miał tak istotne znaczenie, że mógłby zaważyć na możliwości prawidłowej realizacji zamówienia i osiągnięciu jego celów.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, za przesądzającą o istotności ceny za wykonanie nasypów nie można uznać okoliczności, że Zamawiający o koszt wykonania nasypów oraz o sposób kalkulacji tego kosztu zapytał wszystkich wykonawców wzywanych do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Skala pytań kierowanych przez Zamawiającego do wykonawców niejako automatycznie, niezależnie od indywidualnych okoliczności, nie pozwala uznać, że uczynienie określonej kwestii przedmiotem pytań jest tożsame z nadaniem jej istotnego znaczenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy dodatkowe okoliczności uzasadniające taką istotność nie zostały wykazane. O istotności określonej części składowej ceny świadczy zresztą nie tyle subiektywne przekonanie Zamawiającego, co okoliczności o charakterze obiektywnym.

Niezależnie od powyższego, zauważenia wymaga, że w świetle udzielonych wyjaśnień wartość kosztu wykonania nasypów (ok. 10,9 mln zł) nie obejmuje kosztów transportu, który został uwzględniony w pozycji „wykop”, a koszt wykonania GWN i zasypki został przyjęty w złożonej ofercie i został określony w odrębnych pozycjach ponad wartość 10,9 mln. Ponadto w wyjaśnieniach z 2 sierpnia 2023 r. (odpowiedź na pytanie nr 45) Przystępujący wskazał, że *wstępnie zakładał pozyskać materiały na nasyp bezpośrednio z wykopu na terenie budowy i wbudować zgodnie z wymaganiami SWZ. Materiał będzie dostarczany z terenu budowy samochodami samowyładowczymi z odcinka do około 8 km. Ewentualnie, w przypadku gdyby ilości przydatnego materiału z wykopu nie były wystarczające do budowy nasypu, Wykonawca zakładał nabycie materiału z dokopu z dowozem z odległości do około 25 km lub uszlachetnienie gruntu z wykopu spoiwem hydraulicznym.*

Dodatkowo, jak wskazał Zamawiający, dokonał on porównania cen jednostkowych tego asortymentu robót na innych kontraktach GDDKiA realizowanych przez podmioty wchodzące w skład Konsorcjum GAP i ustalił, że roboty te wykonywane są za podobną cenę. Jakkolwiek wycena robót powinna być odnoszona do realiów towarzyszących konkretnemu zamówieniu, to fakt dokonywania podobnych robót za podobną cenę może być uznany za okoliczność dodatkowo wspierającą stanowisko o braku uzasadnionych wątpliwości co do realności wyceny wykonania nasypów.

Za potwierdzający zasadność zarzutu nie może być uznany złożony przez Odwołującego dowód w postaci zestawienia ofert na zakup spoiwa hydraulicznego, pozyskanych od 9 dostawców wraz z danymi z SEKOCENBUD. Zauważenia wymaga, że dowód ten obejmuje oferty pozyskane blisko rok po okresie, w którym przygotowywana była oferta złożona w niniejszym postępowaniu (termin składania ofert to 6 czerwca 2023 r., natomiast oferty dostawców objęte zestawieniem pochodzą z okresu styczeń-maj 2024 r.). Oferty te nie mogą być więc uznane za odzwierciedlające sytuację rynkową w dacie składania ofert. Ponadto, są to oferty pozyskane przez Odwołującego na potrzeby wykazania jego tezy w postępowaniu odwoławczym, trudno zatem zakładać, by było to oferty w jakikolwiek sposób negocjowane oraz aby niemożliwe było, przy dołożeniu staranności, uzyskanie ofert istotnie korzystniejszych.

Zarzut dotyczący niezgodności oferty Konsorcjum MIRBUD z warunkami zamówienia – sygn. akt KIO 1720/24

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 1.1.1 PFU: *Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty: 12) obiekty inżynierskie w ciągu drogi ekspresowej i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą ekspresową.* Zgodnie z punktem 1.1.3.2 PFU: *W obrębie przejazdu należy uwzględnić konieczność budowy obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej.* Zamawiający w punkcie 1.1.3.3 PFU zamieścił tabelę z wykazem 26 koniecznych do wykonania obiektów inżynierskich.

Pismem z 13 października 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum MIRBUD na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp o wskazanie ujętych w cenie oferty obiektów inżynierskich, z określenie lokalizacji obiektu, typu obiektu (np. wiadukt, most, przejście dolne dla średnich zwierząt, ściana oporowa, itp.), klasy obciążenia, wskazanie długości obiektu, szerokości i rodzaju konstrukcji oraz sposobu posadowienia obiektu (pytanie nr 28). W odpowiedzi Konsorcjum MIRBUD przedstawiło tabelę z informacjami na temat ujętych w cenie oferty obiektów inżynierskich. Wykaz nie obejmował obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej (okoliczność bezsporna).

Następnie, pismem z 12 marca 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum MIRBUD w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie, dlaczego zawarty w wyjaśnieniach wykaz obiektów inżynierskich nie zawiera obiektu opisanego w PFU – Tabela 1.1 Lp. 9 tj. obiekt WS w km orientacyjnym 3+815 i jednocześnie opisanego w PFU w pkt. 1.1.3.2. (Przejazd w ciągu nowobudowanego odcinka drogi gminnej DD 2-1). W odpowiedzi Konsorcjum MIRBUD wyjaśniło:

Wykonawca informuje, że brak wykazania w wyjaśnieniach Wykonawcy, w tabeli umieszczonej w odpowiedzi na pytanie nr 28, obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej, wynika z omyłki w trakcie przygotowywania przez Wykonawcę załącznika nr 2 do wyjaśnień, a nie z uwagi na pominięcie wyceny tego obiektu inżynierskiego w wycenie Oferty dotyczącej przedmiotu zamówienia. Złożona Zamawiającemu oferta, jak i zaoferowana cena obejmuje wykonanie obiektu inżynierskiego w km ok. 3+815,07 drogi ekspresowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Obiekt opisany w PFU w Tabeli 1.1 Lp. 9, tj. obiekt WS w km orientacyjnym 3+815, jest uwzględniony w wycenie Oferty Wykonawcy i posiada poniższe parametry:

Lp.	Lokalizacja	Typ obiektu	Klasa obciążenia	Długość [m]	Szerokość [m]	Rodzaj konstrukcji	Sposób posadowienia
1.	3+815,07 w ciągu S17	WS	I	14,80	13.95+13.75	Rama żelbetowa	Pośrednie

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu w znacznej części aktualne pozostaje stanowisko Izby przedstawione w odniesieniu do odwołania MIRBUD, a dotyczące wywodzenia niezgodności oferty z warunkami zamówienia na podstawie wyjaśnień, które opisują założenia przyjęte do kalkulacji ceny oferty.

Uzupełniając wskazać należy, że niedokładność czy omyłka wykonawcy przy składaniu wyjaśnień nie mogą być uznane za świadczące o niezgodności oferty z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy wyjaśnienia te nie odnosiły się do treści wyartykułowanej w ofercie. Zauważenia wymaga, że Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum MIRBUD o wskazanie ujętych w cenie oferty obiektów inżynierskich, a zatem o potwierdzenie założeń kalkulacyjnych, nie zaś o rozwianie wątpliwości co do treści zobowiązania wyrażonego w ofercie. Zaistniała w wyjaśnieniach omyłka została wyprostowana w kolejnych wyjaśnieniach. Jednocześnie, wobec faktu, że wyjaśnienia dotyczyły niewyartykułowanych w ofercie założeń kalkulacyjnych, to trudno rozważać dokonywanie przez Zamawiającego poprawienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie ma natomiast podstaw do twierdzenia, że w ofercie, wbrew wymaganiom Zamawiającego, wykonawca zaoferował wykonanie 25 a nie 26 obiektów inżynierskich. Podobnie, za niezasadne należy uznać stanowisko, że wyjaśnienia stanowiły zmianę treści oferty w wyniku niedozwolonych negocjacji. Nie jest bowiem tak, że wykonawca zaoferował wykonanie 25 obiektów inżynierskich, po czym w wyniku wyjaśnień zmienił swoje zobowiązanie. Wykonawca jedynie, wyjaśniając podstawy przyjęte do wyceny, pominął jeden z obiektów inżynierskich, wskazując następnie, że było to wynikiem omyłki, przy czym omyłka ta nie dotyczyła podstaw przyjętych do wyceny, ale samej treści wyjaśnień. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum MIRBUD jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W związku z niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, oba odwołania podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b i oraz § 8 ust. 2 pkt 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania w każdej ze spraw Odwołujących.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....