

WYROK

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, Polimex Mostostal S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa oraz Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn,**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **KOBYLARNIA S.A., uZakole 1, 86-061 Brzoza oraz Stecol Corporation, 4-2101, 2 Rongyuan Road, Huayuan Industrial Zone, 300384 Tianjin, Chiny,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności dokonanej pismem z dnia 15.03.2024 r. i dotyczącej wezwania wykonawcy konsorcjum Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A. oraz Mosty Łódź S.A., do udzielenia wyjaśnień w zakresie pkt 2 tego pisma,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, 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 zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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

Przewodnicząca:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) - Elk (S61) odcinek Olsztyn - Biskupiec (budowa drugiej jezdni), odcinek Olsztyn Wschód - Barczewo”, nr referencyjny: O/OL.D-3.2411.24.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.12.2022 r., nr 2022/S 246-712680.

W dniu 25.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, Polimex Mostostal S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa oraz Mosty Łódź S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 223 ust. 1 i art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” (ewentualnie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp) poprzez żądanie w pkt 2 wezwania z dnia 15.03.2024 r. przedstawienia harmonogramu związanego z wytwórną mieszanek mineralno-asfaltowych, w tym terminów uzyskania wszelkich niezbędnych zgód formalnoprawnych umożliwiających ustawienie wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych (wymaganej pkt. 8.2.4.3.c SWZ) w okolicach miejscowości Barczewo, jej uruchomienia i przygotowania do produkcji oraz okresu wytwarzania i wbudowania mieszanek mineralno-asfaltowych

z wykorzystaniem granulatu asfaltowego zastrzeżonych do osobistego wykonania kluczowych zadań, mimo iż opracowanie takiego harmonogramu i jego przedstawienie nie było objęte warunkami zamówienia (treścią SWZ) na etapie składania ofert, a wskazane żądanie wykracza poza dozwoloną możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych złożonych wraz z ofertą dokumentów lub oświadczeń, a w konsekwencji stanowi również niedozwoloną zmianę treści SWZ dokonaną po upływie terminu składania ofert,

- 2)art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez żądanie w pkt 2 ww. wezwania przedstawienia w ramach wyjaśnień informacji nadmiernie szczegółowych, w tym obejmujących wszystkie czynności prawne i techniczno-organizacyjne wynikające z przepisów prawa oraz dokumentów składających się na SWZ, dodatkowo w powiązaniu z terminami narzuconymi zapisami Warunków Kontraktu i odpowiednich WWiORB, a także sformułowanie żądania w sposób otwarty o charakterze klauzuli generalnej poprzez użycie ogólnych sformułowań, mimo że Wykonawca nie jest zobowiązany dysponować żądanymi informacjami na etapie opracowania i składania oferty, a opracowanie takich informacji musi uwzględniać wiele czynników i okoliczności, które będą znane lub możliwe do stwierdzenia dopiero na etapie realizacji zamówienia, w tym po zakończeniu etapu prac projektowych w związku z realizacją zamówienia w trybie „projektuj i buduj”,
- 3)art. 223 ust. 1 i art. 137 ust. 1 ustawy Pzp (ewentualnie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp) poprzez żądanie w pkt 2 ww. wezwania przedstawienia tabelarycznego wszystkich czynności wymaganych dla realizacji kluczowych zadań (od Daty Rozpoczęcia do Czasu na Ukończenie) związanych z kompleksową realizacją nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) w podziale na czynności do osobistego wykonania oraz na czynności związane z zawarciem umów o podwykonawstwo oraz dalsze podwykonawstwo (z podaniem charakteru prawnego łączącego go z podmiotem) z jednoczesnym podaniem, rodzaju umowy o podwykonawstwo (na roboty budowlane, usługi lub dostawy), przedmiotu umowy (np. materiał-lepiszcze asfaltowe) i zakresu zadania (lokalizacja, nazwa warstwy konstrukcji nawierzchni), mimo iż opracowanie takiego zestawienia i jego przedstawienie nie było objęte warunkami zamówienia (treścią SWZ) na etapie składania ofert, a wskazane żądanie wykracza poza dozwoloną możliwość żądania wyjaśnień treści oferty lub innych złożonych wraz z ofertą dokumentów lub oświadczeń, a w konsekwencji stanowi również niedozwoloną zmianę treści SWZ dokonaną po upływie terminu składania ofert,
- 4)art. 223 ust. 1 i art. 462 ust. 2 ustawy Pzp poprzez żądanie w pkt 2 ww. wezwania przedstawienia w ramach wyjaśnień informacji o czynnościach wymaganych do realizacji kluczowych zadań z uwzględnieniem przewidzianych do zawarcia umów o podwykonawstwo oraz dalsze podwykonawstwo (z podaniem charakteru prawnego łączącego go z podmiotem) z jednoczesnym podaniem rodzaju umowy o podwykonawstwo (na roboty budowlane, usługi lub dostawy), przedmiotu umowy (np. materiał-lepiszcze asfaltowe) i zakresu zadania (lokalizacja, nazwa warstwy konstrukcji nawierzchni, mimo iż wskazanie takich informacji nie było objęte warunkami zamówienia (treścią SWZ) na etapie składania ofert, a Wykonawca jednoznacznie określił w treści oferty części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, natomiast podwykonawcy, dalsi podwykonawcy, a także rodzaj, zakres i przedmiot umów z nimi zawieranych, nie muszą być znane Wykonawcy na etapie składania oferty,
- 5)art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez zadanie w pkt 2 ww. wezwania pytań, które faktycznie nie dotyczą treści złożonej oferty, przedmiotowych środków dowodowych lub innych złożonych dokumentów lub oświadczeń i w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny i niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 6)art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wystosowanie do Konsorcjum Polimex wezwania do wyjaśnienia treści oferty w zakresie pkt 2 tego wezwania, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, podczas gdy wykonawca Budimex S.A., którego oferta dotychczas była uważana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, udzielając odpowiedzi na dotychczasowe pytania Zamawiającego w wielu przypadkach deklarował jedynie, że oferowane rozwiązania są zgodne z SWZ i PFU, nie udzielając wyczerpujących wyjaśnień, a Zamawiający taki sposób wyjaśnień akceptował,
- 7)art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie, w rezultacie naruszeń wskazanych w pkt 6) powyżej, postępowania w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny i niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „(...) Odwołujący wskazuje, iż zaskarżona niniejszym odwołaniem czynność z dnia 15 marca 2024 r. jest kolejnym wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty. (...) W pierwszej kolejności zwrócić uwagę należy, że w piśmie z 15.03.2024 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnień dotyczących treści oferty Odwołującego. Powyższe oznacza, że Zamawiający może żądać jedynie informacji odpowiadających zobowiązaniu Wykonawcy znajdującemu się w złożonej ofercie, tj. do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Tymczasem Zamawiający żąda podania informacji dodatkowych względem ustanowionych przez Zamawiającego warunków zamówienia, tj. żąda w pkt 2 pisma z 15.04.2024 r.:

- przedstawienia harmonogramu związanego z wytwórną mieszanek mineralno-asfaltowych, w tym terminów uzyskania wszelkich niezbędnych zgód formalnoprawnych umożliwiających ustawienie wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych (wymaganej pkt. 8.2.4.3.c SWZ) w okolicach miejscowości Barczewo, jej uruchomienia i przygotowania do produkcji oraz okresu wytwarzania i wbudowania mieszanek mineralno-asfaltowych z wykorzystaniem granulatu asfaltowego zastrzeżonych do osobistego wykonania kluczowych zadań, - z uwzględnieniem wszystkich czynności prawnych i techniczno-organizacyjnych oraz zakładanych terminów ich realizacji w tym wskazanych szczegółowo w pkt 2 wezwania.
- tabelarycznego przedstawienia wszystkich czynności wymaganych dla realizacji kluczowych zadań (od Daty Rozpoczęcia do Czasu na Ukończenie) związanych z kompleksową realizacją nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) w podziale na czynności do osobistego wykonania oraz na czynności związane z zawarciem umów o podwykonawstwo oraz dalsze podwykonawstwo (z podaniem charakteru prawnego łączącego go z podmiotem) z jednoczesnym podaniem, rodzaju umowy o podwykonawstwo (na roboty budowlane, usługi lub dostawy), przedmiotu umowy (np. materiał-lepiszcze asfaltowe) i zakresu zadania (lokalizacja, nazwa warstwy konstrukcji nawierzchni)

Zamawiający domaga się więc w pkt 2 wezwania z 15.03.2024 r. dodatkowych informacji względem SWZ czy też PFU. Żadne bowiem postanowienie SWZ oraz załączników do niego nie zobowiązują wykonawców do wskazania powyższych informacji w ofercie lub w innych oświadczeniach i dokumentach postępowania. Istotą wyjaśnień treści oferty składanych w trybie przepisu art. 223 ust. 1 PZP jest ustalenie jak należy rozumieć oświadczenie złożone przez wykonawcę. Instytucja wyjaśnień nie może natomiast służyć jako narzędzie do zmiany (rozszerzenia) treści SWZ i stawiania dodatkowych wymogów nieprzewidzianych warunkami zamówienia na etapie po otwarciu ofert. Zgodnie z art. 137 ust. 1 PZP Zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Na obecnym etapie, pod pretekstem wyjaśniania oferty, nie może żądać informacji, których wymogu podania nie ustanowił w SWZ. Wymóg przedstawienia nowych informacji, po terminie składania ofert, stanowi niedopuszczalne na tym etapie rozszerzenie warunków zamówienia jakie były określone w SWZ dla wszystkich wykonawców. Co znamienne Zamawiający nie przytoczył nawet fragmentu SWZ czy PFU, który by ww. wymogi ustanawiał lub z których można byłoby je wywieść, poza ogólnym wskazaniem obowiązku dysponowania w ramach realizacji zamówienia wytwórną mieszanek mineralno-asfaltowych (pkt 8.2.4.3.c SWZ), czy też obowiązku osobistego wykonania kluczowych zadań (pkt 6.5 SWZ). (...) Nie dość że wskazane żądanie stanowi niezgodne z przepisami rozszerzenie warunków zamówienia, to całkowicie niezasadne jest oczekiwanie żądanych informacji na etapie przetargu, w sytuacji gdzie nie ma jeszcze żadnych koncepcji projektowych, projektu, nie jest znana data zawarcia Kontraktu, nie jest znana kolejność wykonywania poszczególnych robót i okresy na jakie będzie przypadała ich realizacja. Wykonawca wykazał w postępowaniu posiadanie odpowiedniego doświadczenia, w tym obejmującego prowadzenie robót zastrzeżonych do osobistej realizacji.

Zamawiający domaga się wskazanych wyjaśnień od Wykonawcy niejako tytułem rozwiania wątpliwości w nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie 3.7 zawartej w piśmie Wykonawcy z 28.07.2023 r.. W tym miejscu należy wskazać, że wówczas Wykonawca odpowiedział w sposób wyczerpujący i nie budzący późniejszych wątpliwości Zamawiającego na następujące pytanie Zamawiającego: (...) Powyższe pytanie odnosiło się m.in. do parametrów wytwórni, którą ma dysponować Wykonawca. Obecnie, Wykonawca, w ramach rzekomych „dodatkowych informacji”, które należy złożyć w nawiązaniu do pkt 3.7 wyjaśnień z 28.07.2023 r., został zobowiązany do przedstawienia m.in. harmonogramu związanego z wytwórną mieszanek mineralno-asfaltowych, w tym terminów uzyskania wszelkich niezbędnych zgód formalno-prawnych umożliwiających ustawienie wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych (wymaganej pkt. 8.2.4.3.c SWZ) w okolicach miejscowości Barczewo, jej uruchomienia i przygotowania do produkcji oraz okresu wytwarzania i wbudowania mieszanek mineralno-asfaltowych z wykorzystaniem granulatu asfaltowego zastrzeżonych do osobistego wykonania kluczowych zadań wraz ze wskazaniem, że powyższe powinno uwzględniać wszystkie czynności oraz być powiązane ze wszelkimi Warunkami Kontraktu i dokumentów przetargowych załączonych do SWZ. Wykonawca zgodnie z żądaniem Zamawiającego powinien ująć w ww. harmonogramie wszystkie czynności prawne i techniczno-organizacyjne oraz zakładane terminy ich realizacji (liczone od Daty Rozpoczęcia Kontraktu) wymagane przepisami prawa oraz dokumentami składającymi się na Specyfikację Warunków Zamówienia:

- terminy na uzyskanie wszelkich niezbędnych pozwoleń, decyzji lub zezwoleń wymaganych do pozyskania terenu w celu ustawienia wytwórni i przygotowania wytwórni do produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych z wykorzystaniem granulatu asfaltowego;
- przyłącza i dostawy niezbędnych mediów;
- utwardzenia placu wytwórni, wykonania zasieków, zadaszenia miejsca składowania destruktu;
- certyfikowania ZKP;
- organizacji ruchu;
- pobrania materiałów z istniejącej nawierzchni do recyklingu;

- przetworzenia destruktu asfaltowego w celu zastosowania jako materiał składowy do produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych;
- pozyskania pozostałych materiałów wsadowych;
- opracowania recept/badań typu dla wszystkich przewidzianych na kontrakcie do wykonania warstw asfaltowych;
- ustawień roboczych recept na wytwórni;
- wykonania zarobów próbnych, badania zarobów próbnych;
- wykonania odcinków próbnych, badania odcinków próbnych;
- wykonania wszelkich wymaganych badań materiałów i mieszanek zawartych w odpowiednich dokumentach WWiORB;
- ostatecznego zatwierdzenia materiałów i technologii układania każdej z warstw;
- terminy rozpoczęcia i zakończenia wbudowywania nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych w pełnym zakresie robót, na wszystkich drogach objętych zamówieniem z rozróżnieniem każdej z warstw;
- inne czynności i działania nie wymienione powyżej, niezbędne do realizacji robót nawierzchniowych.

Podkreślenia wymaga, że Wykonawca nie był zobowiązany jakimkolwiek postanowieniem SWZ, PFU, czy też w formularzu oferty i oświadczeniach stanowiących załączniki do niej, do wskazywania już na etapie postępowania przetargowego powyżej wymienionych szczegółowych informacji. Co więcej, zgodnie z subklauzulą nr 1.1.67 projektowanych Szczegółowych Warunków Kontraktu („SWK”) Zamawiający przewidział wyłącznie jeden Harmonogram w ramach realizacji zamówienia, który zdefiniowano jako dokumenty sporządzone zgodnie z Subklauzulą 8.3 [Harmonogram]: (...)

Jak widać wskazany Harmonogram przewidziany postanowieniami Kontraktu, zostanie opracowany przez wykonawcę, który uzyska zamówienie i przystąpi do jego realizacji, a więc dopiero na etapie realizacji umowy i to w ten sposób, że najpierw przedstawiony zostanie harmonogram obejmujący etap prac projektowych (w terminie 21 dni od Daty Rozpoczęcia), a harmonogram dla etapu realizacji Robót ma zostać przedłożony Zamawiającemu dopiero w terminie 21 dni od daty uzyskania decyzji ZRID wydanej przez organ I instancji, gdzie zgodnie z subklauzulą 8.3 SWK na uzyskanie decyzji ZRID należy przewidzieć w harmonogramie 7 miesięcy.

Taka kolejność działań nie jest przypadkowa, bowiem szczegóły odnoszące się do realizacji robót, w tym kolejności ich 'wykonania, dostaw odpowiednich materiałów i innych ww. czynności, które muszą zostać uwzględnione w ww. Harmonogramie, należy określić dopiero w sytuacji, gdy istnieje zatwierdzona dokumentacja projektowa stanowiąca podstawę do wydania odpowiednich decyzji administracyjnych. Tymczasem Zamawiający bezpodstawnie i niezasadnie wymaga wskazania wszystkich okoliczności w zakresie stawiania wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...)

Ponadto, Zamawiający formułuje żądania w sposób otwarty o charakterze klauzuli generalnej poprzez użycie ogólnych sformułowań takich jak „wszystkie czynności” lub „inne czynności i działania nie wymienione powyżej”, mimo że Wykonawca nie jest zobowiązany dysponować żądanymi informacjami (na etapie opracowania i składania oferty), a opracowanie takich informacji musi uwzględniać wiele czynników i okoliczności, które będą znane lub możliwe do stwierdzenia dopiero na etapie realizacji zamówienia, w tym po zakończeniu etapu prac projektowych w związku z realizacją zamówienia w trybie „projektuj i buduj”.

Zamawiający w wezwaniu z 15.03.2024 r., w pkt 2 tego wezwania, w ramach obowiązku Wykonawcy osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań wskazanych w pkt 6.5 SWZ, domaga się ponadto „tabelaryczne przedstawienie wszystkich czynności wymaganych dla realizacji kluczowych zadań (od Daty Rozpoczęcia do Czasu na Ukończenie) związanych z kompleksową realizacją nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) w podziale:

- do osobistego wykonania oraz
- przewidzianych do zawarcia Umów o podwykonawstwo oraz dalsze podwykonawstwo (z podaniem charakteru prawnego łączącego go z podmiotem) z jednoczesnym podaniem, rodzaju umowy o podwykonawstwo (na roboty budowlane, usługi lub dostawy), przedmiotu umowy (np. materiał-lepiszcze asfaltowe) i zakresu zadania (lokalizacja, nazwa warstwy konstrukcji nawierzchni)”).

Tak jak w przypadku ww. harmonogramu, tak również odnośnie informacji żądanych w pkt 2 wezwania odnośnie realizacji zadań kluczowych, żądany zakres informacji nie był objęty warunkami zamówienia (treścią SWZ). Wskazać należy, że w pkt 6.5 SWZ został określony zakres kluczowych zadań do osobistego wykonania przez wykonawców: (...)

Wykonawca jednoznacznie oświadczył w ofercie, że wskazany zakres wykona osobiście. Tymczasem jedynym wymogiem stawianym na etapie składania oferty w zakresie podwykonawstwa było określenie przez Wykonawcę zgodnie z pkt 12.2 SWZ części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani, co koresponduje z treścią przepisu art. 462 ust. 1 PZP — Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia,

których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. W konsekwencji Wykonawca jednoznacznie określił w pkt 5 formularza oferty części zamówienia jakie zamierza powierzyć podwykonawcom wskazując: (...)

Nawet jeśli podwykonawstwo (np. umowy dostawy lub usługi), na które wskazuje Zamawiający w wezwaniu z dnia 15.03.2024 r., jest związane z zakresem wykonywanym osobiście przez Wykonawcę (zadania kluczowe), to Wykonawcy nie muszą być znane na etapie składania oferty informacje takie jak: przewidziane do zawarcia umowy o podwykonawstwo oraz dalsze podwykonawstwo (z podaniem charakteru prawnego łączącego go z podmiotem) z jednoczesnym podaniem, rodzaju umowy o podwykonawstwo (na roboty budowlane, usługi lub dostawy), przedmiotu umowy (np. materiał-lepiszcze asfaltowe) i zakresu zadania (lokalizacja, nazwa warstwy konstrukcji nawierzchni). Zarówno bowiem pkt 12.2 SWZ jak, treść JEDZ, jak i przepis art. 462 ust. 1 PZP wskazuje, że podwykonawcy nie muszą być znani na etapie złożenia oferty, w konsekwencji, nie sposób określić zakresu konkretnych umów podwykonawczych, ich przedmiotu oraz wskazania rodzaju takiej umowy. Wszystkie te elementy mogą być, zgodnie z przepisami, doprecyzowane na etapie kontraktowania podwykonawców, podczas gdy etap ten nastąpi dopiero po ostatecznym zatwierdzeniu dokumentacji projektowej. Żądanie Zamawiającego we wskazanym elemencie uznać należy więc za wykraczające poza wymogi określone postanowieniami SWZ. W istocie nie można więc mówić o jakimkolwiek wyjaśnieniu treści oferty. (...)

Wykonawca przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne na etapie udzielania wyjaśnień nie powinien być zobowiązany do przedłożenia jakichkolwiek dodatkowych dokumentów (harmonogram) lub opracowań (zestawienia czynność do wykonania). Takie opracowania i dokumenty mogą być sporządzane dopiero na etapie realizacji zamówienia, przy czym zastrzec należy, że ich sporządzenie w zakresie oczekiwanym w wezwaniu, nawet na etapie realizacji nie zostało przewidziane w postanowieniach Kontraktu. Zadane Wykonawcy pytania nie są związane w jakikolwiek sposób z treścią oferty, a dotyczą fazy realizacji zamówienia publicznego. Co za tym idzie, pytania te dotyczą swobody projektowej Wykonawcy w ramach zamówienia typu zaprojektuj i wybuduj, (...). W ramach kontraktu typu zaprojektuj i wybuduj jest swobodą Wykonawcy, w jaki sposób zamierza on osiągnąć efekt w postaci należytego wykonania umowy. (...)

Odnosząc się do zarzutu wystosowania wezwania z 15.03.2024 r. z naruszeniem zasad przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji aktualne pozostają twierdzenia wskazane w części I niniejszego uzasadnienia. Przykładowo wykonawca Budimex S.A. udzielając odpowiedzi na dotychczasowe pytania Zamawiającego w wielu przypadkach deklarował jedynie, że oferowane rozwiązania są zgodne z SWZ i PFU, nie udzielając wyczerpujących wyjaśnień, a Zamawiający taki sposób wyjaśnień akceptował. Tymczasem odnośnie Konsorcjum Polimex Zamawiający oczekuje dodatkowych (ponad treść oferty) wyjaśnień o stopniu niezwyklej szczegółowości. (...).

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty dokonanej pismem Zamawiającego z 15.03.2024 r. (nr O/OL.D3.2411.24.2022.55) w zakresie pytań i żądań Zamawiającego określonych w pkt 2 tego wezwania.

Pismem z dnia 27.03.2024 r. wykonawca Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9,01-204 Warszawa (dalej: „Przystępujący Budimex”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 29.03.2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: KOBYLARNIA S.A., ul. Zakole 1 86-061 Brzoza oraz Stecol Corporation, 4-2101, 2 Rongyuan Road, Huayuan Industrial Zone, 300384 Tianjin, Chiny (dalej: „Przystępujący Kobyłarnia”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba stwierdziła, że przystąpienia obu wykonawców zostały dokonane skutecznie.

W dniu 08.04.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 08.04.2024 r. Przystępujący Budimex przedstawił swoją argumentację również wnosząc o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący Kobyłarnia podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa drogi S16 na odcinku od km 24+320 istniejącej drogi krajowej nr 16i do km około 13+600 drogi krajowej nr 16c, tj. za węzłem Barczewo, pomiędzy miejscowościami Ruszajny i Czerwony Dwór. Długość odcinka: 11,4 km, w tym: 7,7 km budowa drogi klasy S o przekroju 2x2, 3,7 km – budowa drugiej jezdni oraz dostosowanie istniejącej jezdni, poboczy, odwodnienia, itp. do klasy S.

W pkt 6.5. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.

W pkt 12.2. SWZ Zamawiający wskazał:

12.2. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- a) jest zobowiązany wypełnić część II sekcja D jednolitego dokumentu, w tym, o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców;
- b) nie jest zobowiązany do przedstawienia dla każdego podwykonawcy informacji wymaganych w części II Sekcja A i B oraz części III jednolitego dokumentu.
- c) jest zobowiązany wskazać w Ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

W subklauzuli 8.3. SWK (Wzorcowe Szczegółne Warunki Kontraktu) Zamawiający przewidział reguły dotyczące Harmonogramu dla etapu prac projektowych, który miał być przedłożony Inżynierowi oraz Zamawiającemu w terminie 21 dni od Daty Rozpoczęcia.

Pismem z dnia 13.07.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie 27 pytań, w tym pytania nr 3.7.:

„Prosimy o wykazanie dodatkowych informacji w zakresie przyjętych do wyceny i przewidzianych do realizacji robót instalacji i sprzętu do produkcji oraz układania mieszanki mineralno-asfaltowej, produkcji betonu konstrukcyjnego mostowego. W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie typu sprzętu/instalacji, wielkości, szerokości, producenta, wydajności, innych istotnych parametrów technicznych odpowiednio do rodzaju sprzętu/instalacji. Prosimy o wskazanie sposobu dysponowania danym sprzętem/instalacją. Prosimy też o wskazanie przybliżonej lokalizacji WMB oraz węzła betoniarского”.

Pismem z dnia 28.07.2023 r. Odwołujący odpowiedział:

„Przybliżona wstępna lokalizacja WMB oraz węzła betoniarского to okolice miejscowości Barczewo. Zgodnie z IDW Wykonawca na etap realizacji zabezpieczy (będzie dysponował):

- wytwórnę mas bitumicznych o parametrach odpowiadających wytwórni Ammann UniBatch 300, doposażoną w instalację do recyklinku w technologii „na gorąco” z równoległym bębnem do dozowania granulatu asfaltowego, z automatycznym systemem dozowania wszystkich składników, gwarantując jakość wytworzonej mieszanki mineralno-asfaltowej o wydajności min. 240 Mg/h.

W skład instalacji Wytwórni Mieszanek bitumicznych przywołanej powyżej zalicza się m.in.:

1) Zespół wstępnego dozowania kruszywa – dozatory ADL 10 o poj. 12 m³ każdy, szer. Załadunku – 3600 mm, wysokość załadunku – 3350 mm.

2) Separator nadziarna – pow. Przesiewu 1100x860 mm

3) Suszarka z palnikiem – palnik 3 mediowy

4) Wieża otaczarki

5) Instalacja dozowania dodatków (zbiornik do wyładunku Big-Bag/dozowanie środków adhezyjnych)

6) Zbiornik gotowej masy o ładowności komory 52 t.

7) Instalacja wypełniacza

8) Instalacja dozowania lepiszcza asfaltowego

9) Instalacja dozowania granulatu destruktu z bębnem równoległym RAH 60 (technologia „na gorąco”) – obj. 8 m³

- wytwórnę betonu o parametrach jak dla wytwórni ELBA CBT 60 SL o wydajności min. 50 m³/h. W skład instalacji wytwórni betonu przywołanej powyżej zalicza się:

• Wieża wytwórni betonu CBT 60 wyposażona w mieszalnik CEM 100S

• Dozator szeregowy na kruszywo CEL50/4 o wym. Dł./szer./wys. 6,95/4,16/4,49m o łącznej pojemności 50 m³ materiału. Ilość komór - 4

• Instalacja magazynowania i dozowania cementu i wypełniacza

• Wyposażenie elektryczne i sterowanie

Wykonawca planuje wykorzystać do wbudowania mas bitumicznych układarki o parametrach nie gorszych jak dla AMMANN AFT 800-3 max. szer. rozkładania 12m oraz podajnik pośredni. Wykonawca podkreśla jednocześnie, że na dzień złożenia wyjaśnień dysponuje w pełni wyposażonymi, doświadczonymi oraz przeszkolonymi brygadami bitumicznymi oraz wyspecjalizowanymi pracownikami produkcyjnymi, w tym operatorami sprzętów budowlanych oraz pracownikami drogowo-mostowymi.

Wykonawca nie wyklucza również zastosowania innych instalacji i sprzętu zgodnych z PFU i STWiORB o parametrach odpowiadających przywołanym powyżej (ocenianym przez pryzmat osiągnięcia parametrów opisanych przez Zamawiającego w IDW).”

Pismem z dnia 05.10.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty

Przystępującego Budimex S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 16.10.2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zakwestionował zasadność odrzucenia jego oferty i brak wezwania go do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Wyrokiem z dnia 03.11.2023 r. w sprawie KIO 3077/23 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 12.02.2024 r. Zamawiający poinformował, że unieważnia czynności z dnia 05.10.2023 r. dotyczące:

- wyboru oferty Budimex S.A. jako najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty Odwołującego,

co „wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie (Sądu Zamówień Publicznych) z dnia 7 lutego 2024 r. (sygn. akt XXIII Zs 119/23) oddalającego skargi GDDKiA oraz skargi Budimex S.A. na wyrok KIO 3077/23”.

Pismem z dnia 13.02.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie 4 pytań, a pismem z dnia 16.02.2024 r. Odwołujący udzielił na nie odpowiedzi.

Pismem z dnia 15.03.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie 6 pytań, w tym pytania nr 2:

„Nawiązując do odpowiedzi na pytanie 3.7 zawartej w Państwa piśmie z 28 lipca 2023 r. (...), prosimy o przedstawienie dodatkowych informacji w poniższym zakresie:

Harmonogram związany z wytwórną mieszanek mineralno-asfaltowych.

Prosimy o przedstawienie harmonogramu, w tym terminów uzyskania wszelkich niezbędnych zgód formalno-prawnych umożliwiających ustawienie wytwórni mieszanek mineralno -asfaltowych (wymaganej pkt. 8.2.4.3.c SWZ) w okolicach miejscowości Barczewo, jej uruchomienia i przygotowania do produkcji oraz okresu wytwarzania i wbudowania mieszanek mineralno-asfaltowych z wykorzystaniem granulatu asfaltowego zastrzeżonych do osobistego wykonania kluczowych zadań.

Przedstawiony harmonogram winien obejmować wszystkie czynności prawne i techniczno-organizacyjne oraz zakładane terminy ich realizacji (liczone od Daty Rozpoczęcia Kontraktu) wymagane przepisami prawa oraz dokumentami składającymi się na Specyfikację Warunków Zamówienia:

- terminy na uzyskanie wszelkich niezbędnych pozwoleń, decyzji lub zezwoleń wymaganych do pozyskania terenu w celu ustawienia wytwórni i przygotowania wytwórni do produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych z wykorzystaniem granulatu asfaltowego;*
- przyłącza i dostawy niezbędnych mediów;*
- utwardzenia placu wytwórni, wykonania zasieków, zadaszenia miejsca składowania destruktu;*
- certyfikowania ZKP;*
- organizacji ruchu;*
- pobrania materiałów z istniejącej nawierzchni do recyklingu;*
- przetworzenia destruktu asfaltowego w celu zastosowania jako materiał składowy do produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych;*
- pozyskania pozostałych materiałów wsadowych;*
- opracowania recept/badań typu dla wszystkich przewidzianych na kontrakcie do wykonania warstw asfaltowych;*
- ustawień roboczych recept na wytwórni;*
- wykonania zarobów próbných, badania zarobów próbných;*
- wykonania odcinków próbných, badania odcinków próbných;*
- wykonania wszelkich wymaganych badań materiałów i mieszanek zawartych w odpowiednich dokumentach WWiORB;*
- ostatecznego zatwierdzenia materiałów i technologii układania każdej z warstw;*
- terminy rozpoczęcia i zakończenia wbudowywania nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych w pełnym zakresie robót, na wszystkich drogach objętych zamówieniem z rozróżnieniem każdej z warstw;*
- inne czynności i działania nie wymienione powyżej, niezbędne do realizacji robót nawierzchniowych.*

Wszystkie ww. czynności należy przedstawić w powiązaniu z terminami narzuconymi zapisami Warunków Kontraktu i dokumentów odpowiednich WWiORB. Opracowany harmonogram związany z dysponowaniem wytwórną mieszanek mineralno-asfaltowych doposażoną w instalację do recyklingu w technologii „na gorąco” oraz osobistym wytworzeniem i wbudowaniem zakresu wskazanego w pkt. 6.5 SWZ musi uwzględniać zakładaną Datę Rozpoczęcia Kontraktu, terminy wykonania Dokumentów Wykonawcy oraz ich przeglądu przez Inżyniera, uzyskania częściowych i ostatniego ZRID oraz terminy i kolejność wykonania Robót, tak aby osiągnąć terminowe zakończenie zakresów określonych w każdym Kamieniu Milowym, a także uzyskać pozwolenia na użytkowanie przed upływem Czasu na Ukończenie.

Obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań wskazanych w pkt 6.5 SWZ

Prosimy o tabelaryczne przedstawienie wszystkich czynności wymaganych dla realizacji kluczowych zadań (od Daty Rozpoczęcia do Czasu na Ukończenie) związanych z kompleksową realizacją nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) w podziale:

▪do osobistego wykonania

oraz

▪przewidzianych do zawarcia Umów o podwykonawstwo oraz dalsze podwykonawstwo (z podaniem charakteru prawnego łączącego go z podmiotem) z jednoczesnym podaniem, rodzaju umowy o podwykonawstwo (na roboty budowlane, usługi lub dostawy), przedmiotu umowy (np. materiał-lepiszcze asfaltowe) i zakresu zadania (lokalizacja, nazwa warstwy konstrukcji nawierzchni)."

Tożsame pytanie Zamawiający skierował także do Przystępującego Budimex.

Pismem z dnia 27.03.2024 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi, jednocześnie informując Zamawiającego, że wniósł odwołanie od czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień na ww. pytanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z 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. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że art. 223 ust. 1 ustawy Pzp daje zamawiającym podstawę do żądania od wykonawców wyjaśnień w zakresie takich dokumentów jak: oferta, przedmiotowe środki dowodowe, inne złożone dokumenty lub oświadczenia. W dodatku ustawodawca w stosunku do każdego z ww. dokumentów / oświadczeń używa słowa: „złożonych” lub „składanych”. Oznacza to, że pytania zamawiającego mogą dotyczyć tylko tych dokumentów / oświadczeń, których złożenie było wymagane i że pytania te nie mogą wykraczać poza to, co objęte jest treścią ww. dokumentów / oświadczeń. Przy czym ich treść jest z kolei zdeterminowana zakresem wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, co prowadzi do wniosku, że pytania zawarte w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie mogą wykraczać poza ten zakres informacji, którego zamawiający wymagał od wykonawców w dokumentach zamówienia. Powyższe wynika także z zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, której przestrzeganie polega m.in. na tym, by „nie zmieniać reguł w trakcie gry”. Jeśli bowiem zamawiający w dokumentach zamówienia wskazuje określone wymagania dotyczące treści składanych oświadczeń czy treści i rodzaju składanych dokumentów, to w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp może wezwać do złożenia wyjaśnień tylko w zakresie tych właśnie wymaganych informacji lub dokumentów. Nie jest natomiast dopuszczalne domaganie się od wykonawcy złożenia nowych informacji czy dokumentów, których złożenie w ogóle nie było wymagane w dokumentach zamówienia. Nie powinno to być uznane za dopuszczalne tym bardziej, że przecież zamawiający jako autor dokumentacji zamówienia ma możliwość zabezpieczenia swoich interesów poprzez zawarcie w niej określonych wymogów, w tym także dotyczących informacji czy dokumentów, jakie muszą złożyć wykonawcy. Jeżeli zamawiający nie zadbał o wpisanie takich wymogów w dokumentach zamówienia, to konsekwencji powyższego nie powinni ponosić wykonawcy, a wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie powinno być sposobem na naprawienie powyższych zaniedbań zamawiającego. Przepis ten bowiem służy uzyskaniu przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, złożonych przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, a nie uzyskaniu informacji lub dokumentów, których złożenia zamawiający w ogóle nie żądał. Innymi słowy: art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy zamawiający po upływie terminu składania ofert chce uzyskać

informacje lub dokumenty, których obowiązkowi złożenia nie zabezpieczył sobie wcześniej w dokumentach zamówienia. Takie zastosowanie tego przepisu stanowiłoby nie tylko naruszenie jego samego, ale także art. 137 ust. 1 ustawy Pzp przewidującego zakaz zmiany treści SWZ po upływie terminu składania ofert oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przewidującego podstawowe zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Przechodząc do stanu faktycznego niniejszej sprawy przede wszystkim należy zauważyć, że zamawiający nie żądał w dokumentach zamówienia informacji i harmonogramu związanego z wytwórną mieszanek mineralno-asfaltowych, wymienionych w pkt 2 pisma z dnia 15.03.2024 r. Zamawiający żądał dysponowania ww. wytwórną na etapie realizacji zamówienia w opisie warunku udziału w postępowaniu (pkt 8.2.4.3.c) SWZ), ponadto wskazał akty prawne i technologię produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych w PFU oraz w WWiORB, ale w żadnym postanowieniu dokumentów zamówienia nie żądał harmonogramu związanego z wytwórną mieszanek mineralno-asfaltowych zawierającego terminy uzyskania wszelkich niezbędnych zgód formalno-prawnych umożliwiających ustawienie takiej wytwórni oraz wszystkie czynności prawne i techniczno-organizacyjne i zakładane terminy ich realizacji wymagane przepisami prawa i dokumentami składającymi się na SWZ (16 punktów różnych czynności). Zatem ani w ofercie, ani w żadnym przedmiotowym środku dowodowym ani w żadnych innych dokumentach lub oświadczeniach Zamawiający nie wymagał ww. harmonogramu i informacji, które miały on zawierać. Jest to nowy dokument i nowe informacje, których złożenia Zamawiający nie oczekiwał w dokumentach zamówienia.

Podobnie Zamawiający ani w ofercie, ani w żadnym przedmiotowym środku dowodowym ani w żadnych innych dokumentach lub oświadczeniach nie wymagał złożenia takiej informacji, jak tabelaryczne przedstawienie wszystkich czynności wymaganych dla realizacji kluczowych zadań związanych z kompleksową realizacją nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp) w podziale na te, które wykonawca wykona osobiście oraz na te, które powierzy podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, z podaniem: charakteru prawnego łączącego wykonawcę z tym podmiotem, rodzaju umowy o podwykonawstwo, przedmiotu tej umowy i zakresu zadania rozumianego jako lokalizacja lub nazwa warstwy konstrukcji nawierzchni. Wymóg złożenia ww. informacji dotyczących podwykonawstwa pojawił się dopiero w ww. piśmie z dnia 15.03.2024 r.

Jak wskazano już wyżej, art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie może być stosowany jako swego rodzaju „wytrych” do pozyskania przez zamawiającego informacji lub dokumentów, o których pozyskanie zamawiający nie zadbał na etapie tworzenia dokumentów zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania w piśmie z dnia 15.03.2024 r. wyjaśnień, w wyniku których Odwołujący zobowiązany byłby do złożenia niewymaganych wcześniej informacji w zakresie podwykonawstwa oraz złożenia harmonogramu zawierającego czynności prawne i techniczno-organizacyjne wraz z terminami ich wykonania i terminami uzyskania zgód formalno-prawnych potrzebnych do działania wytwórni mieszanek.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że w niniejszej sprawie sam Zamawiający podkreślał, że zamówienie będzie wykonywane z wykorzystaniem nietypowej wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych wyposażonej w instalację do recyklingu w technologii „na gorąco” z równoległym bębniem do dozowania granulatu asfaltowego z automatycznym systemem dozowania wszystkich składników. Jak wyjaśniał Zamawiający na rozprawie, konieczne było sprawdzenie, czy w związku z planowanym wykorzystaniem ww. urządzenia Odwołujący posiada „świadomość procedur organizacyjnych”, dlatego zostało skierowane do niego wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zawierające m.in. wyżej wskazane pytanie nr 2. Należy jednak ponownie zauważyć, że jeśli Zamawiający uważał, że sposób realizacji zamówienia skutkuje koniecznością sprawdzenia „świadomości procedur organizacyjnych” wykonawcy, powinien był w dokumentach zamówienia przewidzieć wymóg złożenia harmonogramu i innych oświadczeń lub dokumentów zawierających informacje wymagane w pytaniu nr 2 z dnia 15.03.2024 r. Byłoby to tym bardziej zasadne, że przecież Zamawiający od początku zdawał sobie sprawę z planowanego nowatorskiego w Polsce sposobu pozyskania destruktu asfaltowego w tej inwestycji, zatem powinien był też przewidzieć konieczność zbadania wiedzy i przygotowania organizacyjnego wykonawców w tym zakresie. Jak wskazano już wyżej, sformułowanie w dokumentach zamówienia określonych wymogów uznawanych za istotne jest zarówno uprawnieniem, jak i obowiązkiem zamawiającego jako autora tych dokumentów. Zatem zaniechanie tego obowiązku nie może być następnie „naprawione” pod pretekstem wezwania wykonawcy do złożenia na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w zakresie informacji lub dokumentów niewymaganych poprzednio w dokumentach zamówienia, gdyż stanowiłoby to w istocie obejście art. 137 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Nie sposób także pominąć w niniejszej sprawie kwestii tego, że w związku z ustaloną w tym postępowaniu formułą „zaprojektuj i wybuduj”, szereg szczegółowych informacji będzie znanych wykonawcy dopiero po zakończeniu etapu projektowania. Zatem treść wezwania z dnia 15.03.2024 r. niezasadnie zmusza także wykonawcę do przedstawienia terminów czy sposobów realizacji określonych czynności, które mimo że są wstępnie zakładane na

obecnym etapie, nie muszą się w pełni potwierdzić po zakończeniu prac projektowych.

Nie można się przy tym zgodzić z argumentacją Zamawiającego podniesioną na rozprawie, jakoby w pytaniu nr 2 wymagał on przedstawienia żądanych informacji, zwłaszcza terminów, tylko w ogólnym zarysie. Przeczy temu treść pisma z dnia 15.03.2024 r., w którym Zamawiający rozpiął większość czynności, których termin realizacji powinien być uwzględniony w harmonogramie i dodał m.in., że harmonogram ten musi uwzględniać „zakładaną Datę Rozpoczęcia Kontraktu, terminy wykonania Dokumentów Wykonawcy oraz ich przeglądu przez Inżyniera, uzyskania częściowych i ostatecznego ZRID oraz terminy i kolejność wykonania Robót, tak aby osiągnąć terminowe zakończenie zakresów określonych w każdym Kamieniu Milowym, a także uzyskać pozwolenia na użytkowanie przed upływem Czasu na Ukończenie”. Podobnie w zakresie informacji dotyczących podwykonawstwa i dalszego podwykonawstwa Odwołujący został zobowiązany do przedstawienia czynności „(z podaniem charakteru prawnego łączącego go z podmiotem) z jednoczesnym podaniem, rodzaju umowy o podwykonawstwo (na roboty budowlane, usługi lub dostawy), przedmiotu umowy (np. materiał-lepiszcze asfaltowe) i zakresu zadania (lokalizacja, nazwa warstwy konstrukcji nawierzchni)”. Trudno przyjąć, że taka treść wezwania do złożenia wyjaśnień świadczy o możliwości przedstawienia ich tylko w ogólnym zarysie.

Jednocześnie, obok w większości bardzo szczegółowo sformułowanych wymagań co do zakresu oczekiwanych wyjaśnień, w kilku miejscach pisma z dnia 15.03.2024 r. Zamawiający użył niedookreślonych pojęć, jak: „wszelkich niezbędnych zgód formalno-prawnych”, „wszelkich niezbędnych pozwoleń”, „inne czynności i działania nie wymienione powyżej, niezbędne do realizacji robót nawierzchniowych”, które to sformułowania mogą budzić obawy wykonawcy co do tego, w jaki sposób Zamawiający będzie później dokonywał oceny udzielonych wyjaśnień.

Powyższe okoliczności, czyli generalna szczegółowość wezwania przy zastosowaniu formuły „zaprojektuj i wybuduj” oraz jednoczesnym używaniu w niektórych miejscach nieostrych pojęć, dodatkowo powodują, że wezwanie z dnia 15.03.2024 r. w zakresie pkt 2, należy uznać za niedopuszczalne. Przy czym raz jeszcze należy stwierdzić, że niedopuszczalność ta wynika przede wszystkim z faktu wykroczenia treści pytania nr 2 poza treść oferty, przedmiotowych środków dowodowych oraz innych oświadczeń i dokumentów, których złożenia Zamawiający wymagał w dokumentach zamówienia.

Odnosząc się natomiast do kwestii równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu, należy przyznać, że pytanie o treści tożsamej jak w ww. pytaniu nr 2, Zamawiający zadał także Przystępującemu Budimex. Nie zmienia to faktu, że dokonując pierwotnie w dniu 05.10.2023 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex Zamawiający nie widział potrzeby zadawania wyżej wskazanych szczegółowych pytań i badania „świadomości procedur organizacyjnych”. Wprawdzie w dniu 13.07.2023 r. Zamawiający zadał zarówno Odwołującemu, jak i Przystępującemu Budimex pytanie nr 3.7., ale dotyczyło ono jedynie technicznych aspektów wytwórni, sposobu dysponowania nią oraz wskazania jej „przybliżonej lokalizacji”. Natomiast na obecnym etapie, Zamawiający przed ponownym wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawców do złożenia wyjaśnień wykraczających poza wymagany w dokumentach zamówienia zakres informacji i dokumentów. Szczegółowość i niedopuszczalność tak zadanego pytania nr 2 w wezwaniu z dnia 15.03.2024 r. może wpływać na zachwianie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przy dokonywaniu przez Zamawiającego powtórnej oceny ofert.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający przekroczył zakres swoich uprawnień wynikających z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wzywając Odwołującego pismem z dnia 15.03.2024 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie określonym w pkt 2 tego pisma. Dlatego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie ww. czynności z dnia 15.03.2024 r.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

ając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....
.....