

WYROK

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik
Aleksandra Patyk
Michał Pawłowski

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KOBYLARNIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobylarni i MIRBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KOBYLARNIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobylarni i MIRBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KOBYLARNIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobylarni i MIRBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem 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:.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”), w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Budowa drogi S10 Szczecin – Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, Odcinek 2: węzeł „Stargard Wschód” /bez węzła/ - węzeł „Suchań” /bez węzła/” (nr postępowania: GDDKiA O/Sz.D-3.2410.9.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 października 2023 r. pod numerem 2023/S 191-598874. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 25 marca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia KOBYLARNIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobylarni i MIRBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Skierniewicach (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli

odwołanie wobec czynności wyboru oferty Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”) jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Przystępujący złożył ofertę niezgodną z treścią warunków zamówienia, zawartych w odnośnej specyfikacji warunków zamówienia oraz wobec zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1.art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SWZ, gdyż wykonawca ten zaoferował niezgodne z SWZ rozwiązanie projektowo-konstrukcyjne w zakresie wiaduktu drogowego w km 10+168, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

2.art. 16 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ani do wyboru oferty w sposób przejrzysty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzało Zamawiającego do błędnego uznania, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu oraz do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SWZ, gdyż wykonawca ten zaoferował niezgodne z SWZ rozwiązania projektowo-konstrukcyjne, gdyż nie uwzględnił w zakresie świadczenia prawidłowego wzmocnień gruntu przynajmniej na 14 odcinkach, ani nie uwzględnił pełnych kosztów należnego wzmocnienia podłoża tychże odcinków w cenie ofertowej, co z kolei skutkowało zaniechaniem wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej; przedmiotowa niezgodność występuje niezależnie w następujących zakresach:

- a)S10 od km 0+980 do km 1+050 – brak wzmocnienia podłoża na długości 70 m,
- b)S10 od km 1+900 do km 2+000 – brak wzmocnienia podłoża na długości 100 m,
- c)S10 od km 2+050 do km 2+150 – brak wzmocnienia podłoża na długości 100 m,
- d)S10 od km 2+735 do km 2+755 – przewidziano niewłaściwą technologię wzmocnienia podłoża, niezgodną z warunkami SWZ,
- e)S10 od km 2+930 do km 2+960 – brak wzmocnienia podłoża na długości 30 m,
- f)S10 od km 5+830 do km 5+970 – brak wzmocnienia podłoża na długości: 140 m,
- g)S10 od km 6+740 do km 6+830 – brak wzmocnienia podłoża na długości: 90 m,
- h)S10 od km 10+000 do km 10+050 – brak wzmocnienia podłoża na długości 50 m,
- i)DJ 1.01 od km 0+350 do km 0+450 – brak wzmocnienia podłoża na długości 100 m,
- j)DP1934Z od km 0+550 do km 0+592 - brak wzmocnienia podłoża na długości 42 m,
- k)DW01 od km 0+270 do km 0+310 – brak wzmocnienia podłoża na długości 40 m,
- l)DW01 od km 0+620 do km 0+750 – brak wzmocnienia podłoża na długości 130 m,
- m)DW04 od km 0+480 do km 0+520 – brak wzmocnienia podłoża na długości 40 m,
- n)DW07 od km 0+300 do km 0+500 – brak wzmocnienia podłoża na długości 200 m.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia, z uwagi na: a) zaoferowanie niezgodnego z SWZ rozwiązania projektowo-konstrukcyjnego w zakresie wiaduktu drogowego w km 10+168, b) zaoferowanie niezgodnego z SWZ rozwiązania projektowo-konstrukcyjnego w zakresie koniecznego wzmocnienia podłoża – niedozwolona technologia wzmocnienia podłoża lub brak wzmocnienia podłoża, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał, iż zgodnie z warunkiem PFU, zawartym na stronie 24, w tabeli 1.1 [Wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, jezdniach dodatkowych oraz innych drogach i przeszkodach.], w wierszu 11, w zakres zamówienia wchodzi wykonanie obiektu inżynierskiego WD (wiadukt drogowy). Przedmiotowa tabela 1.1. wskazuje bowiem na kolizję projektowanego i budowanego odcinka drogi S10 z następującą przeszkodą: „droga powiatowa nr 1731Z z Trasą główną oraz jezdnią dodatkową DJ 1.03. i drogą DW04. Powyższe oznaczają, że w celu uniknięcia kolizji, droga powiatowa nr 1731Z musi być zlokalizowana na obiekcie inżynierskim – wiadukcie drogowym. Zaś pod obiektem WD w km 10+168, powinny znajdować się obie jezdnie projektowanego i budowanego odcinka drogi ekspresowej S10, jezdnie dodatkowa DJ 1.03 oraz droga wojewódzka DW04. Tym samym, wiadukt drogowy w km 10+168 powinien posiadać odpowiednie rozpiętości przęseł i/lub liczbę przęseł, aby zlokalizować pod nimi

drogę ekspresową, jezdnię dodatkową DJ 1.03 oraz drogę wojewódzką DW04, wraz z infrastrukturą. Minimalna długość obiektu WD w km 10+168 wynika zarówno z wiążącej jak i niewiążącej części SWZ. I tak, w niewiążącym wykonawców dokumencie Koncepcja Programowa, Tom C Część Ogólna, Zamawiający umieścił plan sytuacyjny – wariant I, rys. 2.7, który przedstawia przebieg dróg wraz z lokalizacją obiektu inżynierskiego (Odwołujący przedstawił ww. rysunek). Dalej Odwołujący wskazał, że w Tomie E (Obiekty Inżynierskie) Koncepcji Programowej, Zamawiający umieścił schemat przekroju – rys. 10, który przedstawia obiekt WD w km 10+168 z następującym przebiegiem dróg i lokalizacją obiektu inżynierskiego (Odwołujący przedstawił ww. rysunek).

Odwołujący podniósł, iż o ile Koncepcja Programowa i przedstawione w niej rozwiązania są dla wykonawców niewiążące, to lokalizację obiektów, w tym dróg i obiektów inżynierskich Zamawiający narzucił w sposób wiążący i opisał je w następujących częściach SWZ, bezwzględnie obowiązujących wszystkich wykonawców: a) Tabela 1.1 PFU, str. 24 – w warunku tym Zamawiający wskazuje na kolizję drogi powiatowej nr 1731Z (na obiekcie WD) z drogą ekspresową S10, drogą wojewódzką DW04 oraz jezdnią dodatkową DJ 1.03 i konieczność przeprowadzenia tych dróg pod obiektem; b) w zestawie nr 7 odpowiedzi na pytania do SWZ, na pytanie nr 13 brzmiące: „Czy Zamawiający potwierdza konieczność przeprowadzenia DJ 1.03 pod obiektem inżynierskim WD-10.17 w km 10+168,25 zgodnie z tabelą nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU?” Zamawiający udzielił potwierdzającej odpowiedzi: „Zamawiający potwierdza konieczność przeprowadzenia pod obiektem inżynierskim WD-10.17 w km 10+168,25 odcinek drogi publicznej oznaczony w KP jako DP1731Z relacji Żukowo - Brudzewice.” Wskazana odpowiedź Zamawiającego determinuje konieczność przeprowadzenia dodatkowej jezdni DJ 1.03 pod obiektem w km 10+168. Odwołujący wyjaśnił, iż PFU nie narzuca wykonawcom ani długości obiektu inżynierskiego, rozpiętości przęseł, ani też ilości przęseł w obiekcie inżynierskim. Zamawiający żądał natomiast, aby wskazane przez niego przeszkody zostały pokonane, poprzez zaprojektowanie i wybudowanie stosownego wiaduktu drogowego. Wykonawcy uprawnieni byli zatem do zaprojektowania i wybudowania np. jednego gigantycznie długiego przęsła, dwóch, trzech lub czterech przęseł, o takiej długości, która pozwala na zlokalizowanie pod nimi jezdni trasy głównej S10, drogi DJ 1.03 oraz DW04, wraz z infrastrukturą. W wyjaśnieniach z dnia 22.01.2024 r. Budimex S.A., na pytanie nr 3, udzielił odpowiedzi „Wszystkie drogowe obiekty inżynierskie przyjęte do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU zamieszczono w zestawieniu tabelarycznym w załączniku nr 3 do niniejszej odpowiedzi.” Zaś w załączniku nr 3 wyjaśnień Budimex wskazał, że oferuje wykonanie obiektu inżynierskiego WD-10.17 w km 10+168,25 jako obiektu trzy-przęsłowego, o rozpiętościach w osiach podpór 26,7m + 20,5m + 18,5m i łącznej długości 66,60.

W ocenie Odwołującego, nie ma technicznej możliwości zlokalizowania pod zaoferowanym przez Budimex obiektem WD, pod przęsłem północnym o rozpiętości 26,7m drogi dojazdowej DJ 1.03 oraz jezdni drogi ekspresowej S10, z uwagi na konieczność zachowania opisanych w PFU oraz obowiązujących przepisach i wytycznych, elementów trasy głównej i drogi dojazdowej, jak szerokości jezdni, pasów awaryjnych, poboczny, opasek, odwodnienia, szerokości korpusu, ogrodzenia itp. W celu wykazania powyższego, Odwołujący umieścił schemat: cały przekrój ruchowy pod przęsłem północnym obiektu WD-10.17 w km 10+168,25 w zakresie którego występują niezgodności oferty Budimex z SWZ w celu umożliwienia ich analizy. Na schemacie zostało zaznaczone zaoferowane i wycenione przez Budimex przęsło północne o rozpiętości 26,7m w osiach podpór (szerokość w świetle 26,1m). Na schemacie zaznaczono także i zlokalizowano niezbędne i wymagane zapisami SWZ, w tym PFU, przepisami technicznymi i wytycznymi do projektowania, elementy drogi ekspresowej i jezdni dodatkowej DJ 1.03 z założeniem minimalnych dopuszczalnych wartości, wynikających z zapisów SWZ. Na wymaganą w świetle wartość 28,25m składają się: a) 2,50m - połowa szerokości pasa dzielącego, drogi ekspresowej S10 wraz z opaską i połową szerokości minimalnej podpory – zgodnie z zapisami PFU pkt. 1.1.3.1 oraz pkt. 2.1.16.2.6 a także wymaganiami WR-D-22-2-01 pkt. 4.8 (8), b) 9,50m – dwa pasy ruchu 3,50m oraz pas awaryjny 2,50m – zgodnie z zapisami PFU pkt. 1.1.3.1, c) 1,75m – pobocze 1,25m poszerzone o minimalną wartość elementu odwodnienia 0,50m – zgodnie z PFU pkt. 1.1.3.1, d) 2,00m – szerokość dla usytuowania ogrodzenia i wydzielenia pasa drogowego – zgodnie z WR-D-22-3 pkt. 4.5.1, e) 6,50m – minimalna szerokość korony drogi DJ 1-03 – zgodnie z WR-D-22-4-01 oraz odpowiedzią Zamawiającego na pytanie 403, f) 6,00m – minimalna odległość lica przyczółka od korony drogi – zgodnie z zapisami PFU pkt. 2.1.16.1.2. Jak wykazano powyżej, łącznie szerokość w świetle wynosić musi 28,25m, a rozpiętość w osiach podpór minimum 28,85m, czego Budimex nie uwzględnił w swojej ofercie. Suma powyższych, opisanych na schemacie, minimalnych wartości powinna wynosić 28,25m w świetle obiektu, co wymusza minimalną rozpiętość przęsła w osi 28,85m. Zaoferowana przez Budimex rozpiętość przęsła północnego o wartości 26,70m (brak 2,15m) jest niewystarczająca o blisko 10%, dla koniecznych do zaprojektowania i wykonania pod obiektem, elementów drogi ekspresowej S10 oraz dodatkowej jezdni DJ 1.03, zgodnie z warunkami zamówienia, wymaganiami Zamawiającego oraz obligatoryjnymi przepisami technicznymi i warunkami do projektowania.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, oferowany i wyceniony obiekt WD w km 10+168,25 (z uwagi na

zaoferowane i wycenione przez Budimex przęsło północne o rozpiętości 26,7m w osiach podpór) jest niezgodny z warunkami zamówienia. Wiążący charakter sposobu pokonania omawianych przeszkód, wynikający z cytowanej powyżej odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ, znacznie ogranicza wykonawcom możliwości skracania obiektów.. Zaoferowana rozpiętość musi zapewniać zlokalizowanie wszystkich elementów oraz spełniać wymagania i być zgodna z odnośnymi przepisami. Przepisy ustawy Pzp determinują, że PFU stanowi integralną część dokumentacji przetargowej, zawierającą wytyczne zamawiającego do planowanej inwestycji, które wiążą wykonawców przygotowujących na jego bazie projekty budowlane i wykonawcze oraz realizujących następnie roboty budowlane w nich określone. Nie mniej jednak, określając rolę PFU w ramach zamówienia publicznego realizowanego w formule „zaprojektuj i wybuduj”, należy wziąć też pod uwagę specyfikę tego typu realizacji, która zakłada, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. System ten, w swojej idei zakłada minimalizację ryzyka związanego z projektowaniem i roszczeniami z tytułu wadliwej, niekompletnej lub zawierającej nieoptymalne rozwiązania dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego. Innymi słowy, modyfikacje względem PFU są dopuszczalne wówczas, gdy rozwiązania w niej zawarte nie pozwalają wykonawcy realizacji zamówienia w sposób zgodny ze sztuką budowlaną. Choć zatem charakter PFU zakłada pewną elastyczność pozostawioną wykonawcy, odpowiedzialnemu za cały proces inwestycyjny, to elastyczność ta nie jest bezwzględna, a tym bardziej nie pozwala na oferowanie i wycenianie w ofercie rozwiązania A, a następnie zmianę tego rozwiązania – jeżeliby się okazało niezgodnie z SWZ – na rozwiązanie B, które nie zostało wyartykułowane w ofercie, a tym bardziej wycenione.

Odwołujący dodał, iż z § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej: „Rozporządzenie”) wynika, że postanowienia PFU powinny być na tyle precyzyjne, aby umożliwić wycenę oferty, stąd zasadne jest wskazanie, jako wiążącej, liczby obiektów inżynierskich oraz sposobu obejścia przeszkody. Przepis ten brzmi „*Program funkcjonalno-użytkowy służy do opisu przedmiotu zamówienia, ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty - szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych*”. Zatem, zamawiający, nawet w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj”, obowiązani są do udostępnienia wykonawcom w PFU danych, pozwalających na dokonanie kalkulacji oferty w oparciu o konkretne rozwiązanie projektowe. Dlatego też, Zamawiający, wypełniając obowiązek z § 15 rozporządzenia, wyszczególnił w PFU w sposób wiążący obiekty inżynierskie oraz sposób obejścia przeszkody, równocześnie formułując warunki na tyle elastycznie, że pozwalają wykonawcom indywidualnie dobrać zaoferowaną długość obiektu i ilość przęseł. Przyznana wykonawcom swoboda jest ograniczona jedynie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego i celem jaki chce on osiągnąć w ramach przedmiotowej inwestycji, czyli wiążącymi warunkami SWZ.

Zdaniem Odwołującego Budimex zdaje się nie dostrzegać różnicy pomiędzy możliwością modyfikacji niewiązących założeń PFU w celu zaoferowania optymalnej oferty, a (nie)możliwością modyfikacji treści oferty. O ile pierwsza modyfikacja jest dopuszczalna (w granicach niewiązących wykonawców postanowień) o tyle modyfikacja oferty po jej otwarciu nie jest dopuszczalna, z zastrzeżeniem art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Tymczasem w powoływanej odpowiedzi na pytanie nr 3 Budimex wskazuje: „*Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia kolejnych rozważań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania*”. Rozwiązania koncepcyjne są zawarte w koncepcji Programowej oraz częściowo w PFU, a nie w ofercie. Ustawa Pzp narzuca, że w ofercie zostaje zaoferowany jeden, skonkretyzowany sposób wykonania zamówienia, którego koszt wykonawstwa został precyzyjnie obliczony i odzwierciedlony w cenie ofertowej wykonawcy. Tylko taka konstrukcja, pozwala Zamawiającemu na weryfikację, czy zaoferowany przedmiot jest zgodny z warunkami zamówienia oraz realnie wyceniony. Tym samym, Zamawiający nie weryfikuje luźnej koncepcji, która na etapie projektowania zostanie zmieniona i zupełnie inne rozwiązania zostaną wprowadzone za zupełnie inne koszty. Zamawiający weryfikuje konkretną ofertę, zero-jedynkowo decydując o jej zgodności lub niezgodności z SWZ.

Odwołujący wskazał również z ostrożności, że Budimex nie kwestionował wiążącego charakteru sposobu wykonania wiaduktu drogowego, obchodzącego przeszkody w km 10+168,25. Nawet jeżeliby jednak Budimex wniósł takie odwołanie, to Odwołujący wskazuje, że w podobnym stanie faktyczno-prawnym Krajowa Izba Odwoławcza orzekła o legalności narzucenia przez Zamawiającego określonych metod projektowych w zakresie obejścia przeszkody w pasie drogi realizowanej, w przetargu „zaprojektuj i wybuduj”. Jako przykład Odwołujący wskazał na wyrok z dnia 08.11.2016 r., sygn. akt KIO 1978/16. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdził, że zaoferowany i wyceniony przez Budimex obiekt WD w km 10+168,25 jest niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia – nie daje możliwości poprawnego rozmieszczenia i przeprowadzenia pod obiektem wszystkich wymaganych i opisanych w PFU dróg wraz z infrastrukturą

towarzyszącą. Tym samym, oferta Budimex podlega odrzuceniu.

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący podniósł, iż zgodnie z pkt. 1.1.1. PFU „Charakterystyczne parametry określające zakres Robót”, str. 10 i str. 12, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania następującego zakresu prac: „*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: (...) 29) wzmocnienie podłoża gruntowego i zapewnienie stateczności skarp wykopów i nasypów w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych, z uwzględnieniem: – właściwości gruntów, skał i materiałów, w tym materiałów antropogenicznych (nasypów niekontrolowanych); – przewidywanych oddziaływań, które mogą być przyłożonymi obciążeniami (należy przyjmować obciążenie od pojazdów samochodowych równomiernie rozłożone o wielkości 25 KPa) lub zadanymi przemieszczeniami (np. spowodowanymi ruchami podłoża); – wartości granicznych odkształceń; – wymagań określonych w polskich normach; – właściwości nasypów niekontrolowanych spowodowanych działalnością człowieka takich jak wyrobiska kopalni kruszyw, nielegalne składowiska odpadów wraz z ich rekultywacją.*” Dalej, w punkcie 1.2.2) PFU „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia”, str. 41, Zamawiający stawia warunek, zgodnie z którym należy zaprojektować i wykonać roboty na podstawie wiążących dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego, między innymi wyników badań gruntowo-wodnych w formie szczegółowej charakterystyki warunków geologicznych, zawartych w przekazanych dokumentacjach geologiczno-inżynierskich, dokumentacji hydrogeologicznej, opinii geotechnicznej, dokumentacji z badań geofizycznych. Zatem, także w odniesieniu do tego zakresu Budimex nie może planować wykonania świadczenia w sposób odmienny od zaoferowanego, pod pozorem „zmiany przyjętej koncepcji”. Istotnym warunkiem dla wykazania zasadności stawianego zarzutu, jest także w pkt. 3.2.6) PFU „Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad aktualne lub dotychczasowe (w zakresie wiedzy technicznej)”, str. 198, który stanowi: „*Wykonawca zobowiązany jest do realizacji zamówienia zgodnie z Zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad obowiązującymi na dzień podpisania umowy. (...) Dokument techniczny w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym – nieobowiązujące zarządzenie Nr 8 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie wprowadzenia wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie*”. W Zarządzeniu tym została uregulowana m.in. sposób wymiany gruntów organicznych, potwierdzający, że zastosowana przez Budimex technologia wymiany gruntów organicznych zalegających na głębokości 9,0m jest niewłaściwa. Zgodnie bowiem z przedmiotowym Zarządzeniem wykonawcy zobowiązani byli dla gruntów organicznych o miąższości >5,0m do wyboru innej metody statycznej, a nie wymiany gruntu, która to jest metodą najtańszą, lecz niewłaściwą i niezgodną z SWZ.

Odwołujący wskazał, iż z cytowanych fragmentów PFU wynika, że wykonawcy zobowiązani byli zaoferować świadczenie, które uwzględni warunki gruntowe opisane w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, opracowanej przez DATABOUT sp. z o.o. w maju 2022 r. W przedmiotowej dokumentacji, zostały zamieszczone przekroje, które wskazują na ukształtowanie i rodzaj warstw gruntu, zalegającego w podłożu, pod poszczególnymi drogami. Dokumentacja geologiczno-inżynierska wraz z załącznikami opisuje układ, miąższość, skład itp., czyli parametry gruntów. Na jej podstawie wykonawcy zobowiązani byli do uwzględnienia w ofercie wzmocnienia podłoża, na wskazanych w DGI odcinkach. Wykonawcy mieli możliwość zastosowania różnorodnej, dopuszczalnej technologii, aby wzmocnić te grunty, które obecnie nie mogą stanowić podłoża pod konstrukcje. I choć Budimex w części przypadków prawidłowo zidentyfikował konieczność wzmocnień, to jednak w szeregu lokalizacji w ogóle wzmocnień nie przewidział (nie zaoferował). Odwołujący przy tym wskazał, że kwestia należytego wzmocnienia podłoża stanowiła istotną okoliczność dla Zamawiającego. Mianowicie, w piśmie z dnia 08.01.2024 r., Zamawiający zapytuje Budimex: „*Na których odcinkach, w jakiej technologii i do jakiej głębokości Wykonawca zaplanował wzmocnienia podłoża? Należy podać dla drogi głównej i wszystkich innych dróg przewidzianych do realizacji oraz dla wszystkich elementów inwestycji, w przypadkach w których istnieje konieczność wzmocnienia podłoża (w tym obszar węzłów, podłoża zbiorników, etc.). Proszę podać pikietaż odcinka, przewidywaną powierzchnię wzmocnienia, technologię, zakładaną głębokość oraz koszty jednostkowe dla poszczególnych planowanych do zastosowania rodzajów wzmocnień*”. Odpowiadając na powyższe pytanie, Budimex wskazuje: „*Technologie wzmocnień podłoża przyjęto na podstawie analizy wszystkich dostępnych danych – w uzasadnionych przypadkach również analizy obliczeniowej (SGN oraz SGU). W doborze właściwych technologii oraz zakresów wzmocnień Wykonawca kierował się szerokim doświadczeniem z realizacji wielu podobnych inwestycji w przeszłości. Wykonawca przedstawia przyjęte na etapie składania oferty rozwiązania w formie tabelarycznej – załącznik nr 1. Jednakże Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia kolejnych rozwiązań uwzględniających uzupełniające badania gruntu, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania*.” Zdaniem Odwołującego o ile zasadne jest wprowadzanie zmian w przypadku wystąpienia nowych okoliczności, nieznanych na podstawie przekazanej dokumentacji Postępowania, o tyle Budimex nie jest w prawie

zamierzając zmieniać zaoferowane świadczenie z uwagi na odkryte po otwarciu ofert niezgodności własnej oferty z treścią dokumentacji geologiczno-inżynierskiej.

Analizując treść załącznika nr 1 do wyjaśnień, Odwołujący stwierdził, że Budimex nie zaoferował szeregu wzmocnień, które są konieczne, a zatem świadczą o niezgodności oferty Budimex z SWZ. W celu prostego przedstawienia wszystkich zarzutów dotyczących niespełnienia warunków SWZ, tyczących się nieuwzględnienia w zakresie oferty ani w cenie ofertowej działań, niezbędnych dla prawidłowego wykonania świadczenia, Odwołujący przedstawił tabelarycznie zestawienie wymagań oraz treść oferty Budimex.

Nr	Fragment DGI	Zakres	Niezgodność	Oferta Budimex
a)	Załącznik do DGI nr 3/6.1.1.1	S10 od km 0+980 do km 1+050, długość: 70 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują nasypy niekontrolowane	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
b)	Załącznik do DGI nr 3/6.1.1.2	S10 od km 1+900 do km 2+000, długość: 100 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują piaski luźne	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
c)	Załącznik do DGI nr 3/6.1.1.2	S10 od km 2+050 do km 2+150, długość: 100 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują piaski luźne	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
d)	Załącznik do DGI nr 3/6.1.1.2	S10 od km 2+735 do km 2+755, długość: 20 m	Budimex przyjął (zaoferował) niewłaściwą i niezgodną z wytycznymi wymianę gruntu organicznego do głębokości 9m, a w podłożu występuje głęboka niecka erozyjna wypełniona gruntami organicznymi, zaś wymiana gruntu na krótkim odcinku 20m jest technologicznie i praktycznie niemożliwa	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex oświadczył, że przyjął dla tego zakresu technologię wymiany gruntu, która jest niezgodna z SWZ
e)	Załącznik do DGI 3/6.1.1.3	S10 od km 4+930 do km 4+960 długość: 30 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują grunty organiczne	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
f)	Załącznik do DGI nr 3/6.1.1.4	S10 od km 5+830 do km 5+970, długość: 140 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują piaski luźne, plastyczne grunty spójne wraz z częściami organicznymi	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
g)	Załącznik do DGI nr 3/6.1.1.4	S10 od km 6+740 do km 6+830, długość: 90 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują plastyczne grunty spójne wraz z częściami organicznymi	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
h)	Załącznik do DGI nr 3/6.1.1.6	S10 od km 10+000 do km 10+050, długość: 50 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują miękkoplastyczne grunty spójne	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
i)	Załącznik do DGI nr 3/6.4.3	DJ 1.01 od km 0+350 do km 0+450, długość: 100 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują nasypy niekontrolowane	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
j)	Załącznik do DGI nr 3/6.4.25	DP1934Z od km 0+550 do km 0+592, długość: 42 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują nasypy niekontrolowane	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie

k)	Załącznik do DGI nr 3/6.4.1	DW01 od km 0+270 do km 0+310, długość: 40 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują nasypy niekontrolowane	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
l)	Załącznik do DGI nr 3/6.4.1	DW01 od km 0+620 do km 0+750, długość: 130 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują nasypy niekontrolowane	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
m)	Załącznik do DGI nr 3/6.4.28	DW04 od km 0+480 do km 0+520, długość: 40 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują nasypy niekontrolowane	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie
n)	Załącznik do DGI nr 3/6.4.40	DW07 od km 0+300 do km 0+500 – długość: 200 m	Budimex nie uwzględnił (nie zaoferował) wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji, a w podłożu występują mieszanina gruntów niespoistych i spoistych z częściami organicznymi	Załącznika nr 1 do wyjaśnień – Budimex nie oświadczył, że uwzględnił w ofercie wzmocnienie tej lokalizację, ani że uwzględnił ten zakres w wycenie

Odwolujący wskazał, iż zgodnie § 73 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych, budowla ziemna powinna być tak zaprojektowana, aby osiadania eksploatacyjne powierzchni korpusu nasypu i podłoża drogowej budowli ziemnej nie przekraczały wartości równej 10 cm, z wyjątkiem styku z obiektem inżynierskim. W miejscu styku z obiektem inżynierskim zastosowanie winny znaleźć rozwiązania konstrukcyjne zapobiegającego powstaniu uskoków. Z kolei osiadania nasypu powinny być równe osiadaniu obiektu inżynierskiego i nie powinny powodować deformacji profilu nawierzchni. Brak uwzględnienia przez Budimex wzmocnień na ww. odcinkach stanowi o niezgodności treści oferty z przepisami odrębnymi. Wbrew zatem deklaracjom Budimex, doświadczenie Budimex z przeszłości nie przełożyło się na dobór właściwych technologii oraz zakresów wzmocnień. Wzmocnienie gruntów słabonośnych pod drogą jest często bardzo kosztowne, w związku z powyższym ważne jest dokładnie rozpoznanie zasięgu występowania gruntów słabych już na etapie ofertowania. W Postępowaniu występuje co prawda możliwość, iż w stosownych przypadkach wykonawca wykona dodatkowe badania geologiczne (otworów badawczych). Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że konieczność wykonania dodatkowych otworów badawczych może w ogóle nie wystąpić przez cały okres realizacji umowy. Zatem, aktualny stan wiedzy o gruncie, przedstawiony w SWZ, powinien być zaoferowany i w kalkulowany w cenę ofertową. Zaś ujawnienie się w toku wykonywanych badań geologicznych konieczności wykonania dalszych wzmocnień/ulepszeń podłoża, wykonawcy powinni byli uwzględnić w koszcie ryzyka związanego z koniecznością wykonania kolejnych wzmocnień. Budimex nie jest zatem uprawniony do zaoferowania na etapie przetargowym dowolnych wzmocnień, bez uwzględnienia treści dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, wskazując że podczas etapu realizacji przedstawi kolejną ofertę, tym razem uwzględniającą nie tylko ewentualne dodatkowe badania geologiczne, lecz również treść SWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe definicje, Odwołujący stwierdził, że Budimex nie jest uprawniony do pominięcia przedstawionych w SWZ warunków geologicznych przy określaniu zakresu świadczenia i jego wycenie, podobnie jak nie byłby uprawniony do pominięcia tego zakresu prac w fazie realizacyjnej. Oferta ma bowiem wiernie odzwierciedlać zakres znany wszystkim wykonawcom, gdyż dopiero wówczas jest porównywalna z innymi ofertami, również odzwierciedlającymi warunki zamówienia. I choć zakres kosztów ryzyka dot. zastania odmiennych warunków geologicznych od wskazanych w dokumentacji geologiczno - inżynierskiej, może być różnie wyceniony, to jednak każdorazowo musi być w ofercie uwzględniony. Nie uwzględnienie przez Budimex w zakresie świadczenia i wycenie własnej oferty stosownych wzmocnień gruntu, powoduje niezgodność tej oferty z SWZ i jej nieporównywalność z np. ofertą Odwołującego, który uwzględnił w swym zakresie świadczenia i wycenie wszystkie warunki realizacyjne. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazał, że zaoferowane i wycenione przez Budimex wzmocnienia gruntu są niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie uwzględniają wymaganego dokumentacją geodezyjno-inżynierską (która stanowi wiążący zakres SWZ) minimalnego poziomu wzmocnień. Tym samym, oferta Budimex podlega odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W dniu 9 kwietnia 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył również Przystępujący, wnosząc o oddalenie

odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wnosząc środek ochrony prawnej dąży do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

a)załączonych do pisma procesowego Odwołującego:

- rysunek pomocniczy dotyczący szerokości przęsła w osiach podpór;
- tabele zawierające wyciąg z DGI wraz z opisem niezgodności oferty Przystępującego z DGI (pliki 1_DGI – 13_DGI);

b)załączonych do pisma procesowego Przystępującego:

- opinia techniczna GT Projekt;
- załączniki 1.1. – 1.3 obejmujące dokumenty dotyczące dokonanych przez Przystępującego głębokich wymian gruntu;
- zestawienie przypadków, w których Odwołujący nie uwzględnił wzmocnień w postępowaniu dotyczącym Odcinka nr 3, w sytuacjach analogicznych do objętych obecnie zarzutami odwołania;

c)złożonych przez Odwołującego podczas rozprawy:

- O1: wyjaśnienia i zmiany treści SWZ w przedmiotowym postępowaniu – pismo z dnia 10 listopada 2023 r. (również w dokumentacji o udzielenie zamówienia);
- O2: wyjaśnienia i zmiany treści SWZ w postępowaniu „Budowa drogi S10 Szczecin-Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, odcinek 6, węzeł Łowicz Wałecki (z węzłem) – węzeł Piecnik (bez węzła) – pismo z dnia 10 listopada 2023 r.;
- O3: wyjaśnienia SWZ w postępowaniu „Budowa obwodnicy Metropolii Trójmiejskiej z podziałem na 2 części: Część nr 1: Budowa obwodnicy Metropolii Trójmiejskiej. Zadanie 1: Węzeł Chwaszczyno (bez węzła) – węzeł Żukowo (bez węzła) – pismo z dnia 18 września 2020 r.;
- O4a: wydruk rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych;
- O4b: wydruk Wytycznych projektowania odcinków dróg zamiejskich. Część 2: Kształtowanie geometryczne. WR-D-22-2 (01-2023.01.23);
- O5: wydruk Wytycznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym (Warszawa 2002);
- O6: Wydruk zestawienia wzmocnień złożonego przez Przystępującego w postępowaniu „Budowa drogi S10 Szczecin-Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, odcinek 6, węzeł Łowicz Wałecki (z węzłem) – węzeł Piecnik (bez węzła);

d)złożonych przez Przystępującego podczas rozprawy:

- P1: rysunek techniczny dotyczący rozpiętości przęsła obiektu inżynierskiego (wiaduktu drogowego) zaprojektowanego przez Odwołującego w postępowaniu „Budowa drogi S10 Szczecin-Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, odcinek 3: Suchań (z węzłem) – Recz (z węzłem);
- P2: wyciąg z PFU w postępowaniu „Zaprojektowanie i budowa drogi S11 Koszalin Szczecinek (...)” oraz rysunki techniczne zawierające przekroje podłużne obiektów inżynierskich zaprojektowanych przez Odwołującego; na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, w zakresie wskazywanym odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego w tezach dowodowych.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem 1 pkt 6 Tomu I SWZ – IDW - przedmiotem zamówienia jest Budowa drogi S10 Szczecin – Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, Odcinek 2: węzeł „Stargard Wschód” /bez węzła/ - węzeł „Suchań” /bez węzła/. Zakres zadania

obejmuje w szczególności: 1. opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji ZRD, 2. budowę drogi ekspresowej, 3. węzeł drogowy Krąpiel, 4. dowiązanie do istniejącego węzła „ Stargard Wschód”, 5. przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową, 6. budowę dróg innych niż droga ekspresowa w tym zmiana przebiegu istniejących dróg, 7. budowę jezdni dodatkowych, 8. budowę lub/i przebudowę infrastruktury dla pieszych i rowerzystów, 9. budowa MOP o funkcji wypoczynkowo – usługowej, 10. przejazdy awaryjne oraz wjazdy awaryjne na drogę ekspresową, 11. pasy technologiczne, 12. obiekty inżynierskie w ciągu drogi ekspresowej i w ciągu dróg krzyżujących się z drogą ekspresową, 13. system odwodnienia terenu, 14. urządzenia ochrony środowiska, 15. usunięcie z terenu budowy i utylizacja wszelkich zidentyfikowanych roślin będących inwazyjnymi gatunkami obcymi, 16. usunięcie z terenu budowy i utylizacja zidentyfikowanych we wcześniej opracowanej dokumentacji odpadów, 17. infrastrukturę dla potrzeb obiektów drogi ekspresowej, 18. przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej, 19. wyburzenia budynków i obiektów budowlanych, rozbiórkę elementów dróg, przepustów i innych, 20. sieć teletechniczną na potrzeby Zamawiającego, 21. oświetlenie drogowe, 22. organizację ruchu, w tym urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego, 23. oczyszczenie i udrożnienie istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników, 24. roboty wynikające z konieczności podłączenia odcinka do istniejącego układu komunikacyjnego, 25. system Zarządzania Ruchem, 26. wzmocnienie podłoża gruntowego i zapewnienie stateczności skarp. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania usług projektowych oraz robót budowlanych zgodnie z prawem polskim, w szczególności z przepisami techniczno-budowlanymi, przepisami dotyczącymi samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz przepisami dotyczącymi wyrobów, materiałów stosowanych w budownictwie Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II-IV SWZ (Tom II – Warunki Kontraktu, Tom III Program funkcjonalno – użytkowy wraz z załącznikami, Tom IV Wykaz płatności).

W pkt 1.1.1. PFU wskazano, iż „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: (...) 29) wzmocnienie podłoża gruntowego i zapewnienie stateczności skarp wykopów i nasypów w zakresie dostosowanym do warunków gruntowo-wodnych, z uwzględnieniem: - właściwości gruntów, skał i materiałów, w tym materiałów antropogenicznych (nasypów niekontrolowanych); - przewidywanych oddziaływań, które mogą być przyłożonymi obciążeniami (należy przyjmować obciążenie od pojazdów samochodowych równomiernie rozłożone o wielkości 25 KPa) lub zadanymi przemieszczeniami (np. spowodowanymi ruchami podłoża); - wartości granicznych odkształceń; - wymagań określonych w polskich normach; - właściwości nasypów niekontrolowanych spowodowanych działalnością człowieka takich jak wyrobiska kopalni kruszyw, nielegalne składowiska odpadów wraz z ich rekultywacją.”

W pkt 1.1.3.3. PFU określono parametry przewidywanych obiektów inżynierskich, a wykaz tych obiektów przedstawiono w tabeli nr 1.1. W poz. 11 tej tabeli wskazano obiekt 10+168,25 oraz następującą kolizję z przeszkodą „Droga powiatowa nr 1731Z z Trasą główną oraz jezdnią dodatkową DJ 1.03 i drogą DW04.”

Zgodnie z pkt 1.2 PFU „Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie zaprojektuje rozwiązania i wykona Roboty zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego na podstawie poniższych wiążących dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego: 1) aktualnej prognozy ruchu - uzgodnionej przez właściwy Departament GDDKiA pismem nr DSS.WSD-ZI-ZMR.4084.56.2022.AN z dnia 28.10.2022, 2) wyników badań gruntowo-wodnych w formie szczegółowej charakterystyki warunków geologicznych opracowanej na podstawie danych uzyskanych bezpośrednio z badań podłoża budowlanego (wierceń, sondowań, badań geofizycznych, badań laboratoryjnych, środowiskowych itp.), zawartej w: - (Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej) – Dokumentacja geologiczno- inżynierska, DATABOUT Sp. z o.o, opracował M.Ż. – w trakcie opracowania; - (Dokumentacji hydrogeologicznej) - DATABOUT Sp. z o.o, - w trakcie opracowania, - Opinia geotechniczna – DATABOUT Sp z o.o , data opracowania 02.2022, - Dokumentacja z badań geofizycznych – DATABOUT Sp z o.o , opracował A.Ł. , data opracowania 05.2022, 3) decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wydanej przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie nr 9/2021 sygnatura WONSOS. 420.72.2019.AW.109 z dnia 21.07.2021 r z wyłączeniem zakresu zmian, przewidzianych w PFU, które należy usankcjonować w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko (...).”

Rozdział 2 PFU stanowi „Wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Punkt 2.1 PFU miał tytuł „Droga ekspresowa.” Pkt 2.1.16 PFU dotyczył drogowych obiektów inżynierskich. Punkt 2.1.16.1.2 brzmi: „Wymagania dotyczące doboru rozpiętości przeseł i sytuowania podpór obiektów nad drogą ekspresową:

1) skrajnie poziome powinny być zgodne z wymaganiami PFU dla dróg, z zastrzeżeniem, aby lica przyczółków oraz podstawy skarp (stożków) przy przyczółkach usytuowane były nie bliżej niż 6 m od krawędzi jej korony. Warunek odległości ściany czołowej przyczółku od korony drogi nie dotyczy obiektów pełniących funkcję górnych przejść dla zwierząt.

2) filar obiektu mostowego, sytuowany w pasie dzielącym autostrady/drogi ekspresowej należy lokalizować w środku pasa dzielącego, o ile nie spowoduje to ograniczenia widoczności. Pozostałe filary należy lokalizować w odległości nie mniejszej niż 1,0 m od krawędzi przeciwskarp rowu do lica filara.

3) obiekty nad drogą ekspresową powinny być zaprojektowane dla docelowego przekroju drogi ekspresowej.”

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach wyjaśnień treści SWZ na pytanie nr 80 o treści: „Prosimy o informację, czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie pasa technologicznego przylegającego do lica przyczółków. Jeżeli Zamawiający nie dopuszcza zastosowania pasa technologicznego przylegającego do lica przyczółków, prosimy o określenie, w jakiej odległości od lica przyczółka Zamawiający dopuszcza zaprojektowanie krawędzi pasa technologicznego.” Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Zgodnie z PFU i dokumentami związanymi.” Z kolei na pytanie nr 152 o treści „Prosimy o informację, czy Zamawiający dopuszcza usytuowanie pasa technologicznego wewnątrz odcinka 6m od korony drogi do lica przyczółka?” Zamawiający odpowiedział: „Należy postępować zgodnie z zapisami PFU i dokumentami związanymi.”

W postępowaniu wpłynęły cztery oferty, w tym Odwołującego i Przystępującego. Zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Zamawiający wezwał Przystępującego m.in. do wyjaśnienia:

– „na których odcinkach, w jakiej technologii i do jakiej głębokości Wykonawca zaplanował wzmocnienia podłoża? Należy podać dla drogi głównej i wszystkich innych dróg przewidzianych do realizacji oraz dla wszystkich elementów inwestycji, w przypadkach w których istnieje konieczność wzmocnienia podłoża (w tym obszar węzłów, podłoża zbiorników, etc.). Proszę podać pikietaż odcinka, przewidywaną powierzchnię wzmocnienia, technologię, zakładaną głębokość oraz koszty jednostkowe dla poszczególnych planowanych do zastosowania rodzajów wzmocnień” (punkt 1 wezwania);

– „Prosimy o podanie, wszystkich drogowych obiektów inżynierskich jakie wykonawca przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU, wraz z następującymi informacjami dla każdego obiektu osobno: a) przeszkoda, b) sposób pokonania przeszkody, c) przewidywany kilometraż drogi, d) rodzaj obiektu inżynierskiego/rodzaj obiektu mostowego, e) przewidywana długość całkowita i rozpiętości przęsła w [m], f) elementy drogi na obiekcie w [m], g) całkowita szerokość obiektu [m], h) rodzaj konstrukcji, i) rodzaj posadowienia, j) koszt wskaźnikowy w PLN/m² (punkt 3 wezwania).

W odpowiedzi na punkt 1 Przystępujący wskazał: „Technologie wzmocnień podłoża przyjęto na podstawie analizy wszystkich dostępnych danych – w uzasadnionych przypadkach również analizy obliczeniowej (SGN oraz SGU). W doborze właściwych technologii oraz zakresów wzmocnień Wykonawca kierował się szerokim doświadczeniem z realizacji wielu podobnych inwestycji w przeszłości. Wykonawca przedstawia przyjęte na etapie składania oferty rozwiązania w formie tabelarycznej – załącznik nr 1. Jednakże Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia kolejnych rozwiązań uwzględniających uzupełniające badania gruntu, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania.” W załączniku nr 1 przedstawiono zestawienie wzmocnień ze wskazaniem lokalizacji, przewidywanej powierzchni, technologii oraz zakładanej głębokości.

W odpowiedzi na punkt 3 Przystępujący wskazał: „Wszystkie drogowe obiekty inżynierskie przyjęte do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU zamieszczono w zestawieniu tabelarycznym w załączniku nr 3 do niniejszej odpowiedzi. Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania.” W zestawieniu stanowiącym załącznik nr 3 w poz. 11 dotyczącej obiektu WD-10+168,25 Przystępujący w kolumnie „Przewidywana długość całkowita i rozpiętości przęsła w [m]” wskazał: „długość całkowita: 66.60 m rozpiętość przęsła: 26.70 + 20.50 + 18.50 m.”

Zamawiający pismem z dnia 9 lutego 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, w tym w punkcie 1 wezwania wskazał: „W nawiązaniu do udzielonej odpowiedzi w zakresie pytania nr 3 (Pyt.3: Prosimy o podanie, wszystkich drogowych obiektów inżynierskich jakie Oferent przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU, wraz z następującymi informacjami dla każdego obiektu osobno: a) przeszkoda; b) sposób pokonania przeszkody; c) przewidywany kilometraż drogi; d) rodzaj obiektu inżynierskiego/rodzaj obiektu mostowego; e) przewidywana długość całkowita i rozpiętości przęsła w [m]; f) elementy drogi na obiekcie w [m]; g) całkowita szerokość obiektu [m]; h) rodzaj konstrukcji; i) rodzaj posadowienia; j) koszt wskaźnikowy w PLN/m² prosimy o uzupełnienie swojej odpowiedzi o wskazanie wysokości (światło pionowe) [m] oraz szerokości obiektu (światło

poziome) [m] dla wszystkich obiektów inżynierskich pełniących funkcje ekologiczne w ciągu Trasy Głównej jakie Oferent przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU.” W odpowiedzi na powyższe pytanie Przystępujący wskazał: „W załączniku nr 1 Wykonawca przekazuje uzupełnienie do tabeli, o którym mowa w pytaniu, tj. wskazanie wysokości (światło pionowe) [m] oraz szerokości obiektu (światło poziome) [m] dla wszystkich obiektów inżynierskich pełniących funkcje ekologiczne w ciągu Trasy Głównej, jakie Oferent przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU.” Do wyjaśnień załączono tabelę uzupełnioną o wymagane dane.

Zamawiający w dniu 13 marca 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania, wskazując, iż jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Przystępującego. Oferta Odwołującego była drugą w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

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

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono, Izba wskazuje, iż 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. Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W myśl zaś art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z taką sytuacją mamy do czynienia m.in. wtedy, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z wiążącymi wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w programie funkcjonalno-użytkowym. Dodatkowo Izba wskazuje, iż możliwość odrzucenia oferty z powodu takiej niezgodności warunkowana jest precyzyjnym i jednoznacznym określeniem wymagań przez zamawiającego. Innymi słowy, podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp materializuje się w przypadku, gdy niezgodność oferty z warunkami zamówienia jest po pierwsze oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, a po drugie postanowienia dokumentów zamówienia, z których wywodzona jest niezgodność są jasne i klarowne. Negatywne konsekwencje względem wykonawców mogą zostać wywiedzione tylko wtedy, gdy treść dokumentów zamówienia nie budzi uzasadnionych wątpliwości.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący, na którym w postępowaniu odwoławczym spoczywał ciężar dowiedzenia niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, nie wykazał, iż Przystępujący w swojej ofercie nie uwzględnił wiążących wymagań wynikających z PFU i załączników do PFU.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego w zakresie przyjętego rozwiązania projektowo-konstrukcyjnego dla obiektu inżynierskiego w km 10+168,25 (poz. 11 tabeli nr 1.1. z pkt 1.1.3.3. PFU), Izba ustaliła, iż okolicznością bezsporną pomiędzy Stronami oraz Uczestnikiem było to, że w celu rozwiązania kolizji z opisanymi przeszkodami droga powiatowa 1731Z powinna zostać zlokalizowana na obiekcie inżynierskim (wiadukcie drogowym), zaś pod tym obiektem powinna przebiegać droga ekspresowa, droga wojewódzka DW04 oraz jezdnia dodatkowa DJ 1.03. Nie było także sporne to, że PFU nie narzucało wykonawcom długości obiektu inżynierskiego, ilości przęseł czy ich rozpiętości.

Spór koncentrował się wokół kwestii czy istnieje techniczna możliwość zlokalizowania pod obiektem inżynierskim o rozpiętości przęseł przyjętej przez Przystępującego jezdni dodatkowej DJ 1.03 oraz jezdni drogi ekspresowej S10 z uwagi na konieczność zachowania opisanych w PFU i wynikających z zarządzeń i wytycznych wymagań. W odwołaniu powołano się na sześć wymagań wskazujących na konieczność założenia minimalnych dopuszczalnych wartości wpływających na ustalenie niezbędnej rozpiętości przęseł (pkt 10 lit. a-f, str. 8 odwołania), w oparciu o które Odwołujący wywodził, iż przyjęta przez Przystępującego rozpiętość przęseł 26,7m w osiach podpór jest niewystarczająca i powinna wynosić min. 28,85m. Na podstawie treści stanowisk pisemnych i ustnych przedstawionych w tym zakresie przez Zamawiającego i Przystępującego, Izba stwierdziła, iż osią sporu stała się okoliczność, czy Przystępujący w planowanym rozwiązaniu uwzględnił wynikającą z pkt 2.1.16.1.2 ppkt 1) PFU minimalną odległość 6m międzylicami przyczółków oraz podstawami skarp (stożków) przy przyczółkach a krawędzią korony drogi. Odwołujący interpretował

treść ww. punktu PFU w sposób odmienny niż interpretował go Zamawiający i Przystępujący, wskazując, iż dotyczy on usytuowania lica przyczółków oraz podstawy skarp (stożków) przy przyczółkach nie bliżej niż 6m od krawędzi korony drogi, przy czym jako „koronę drogi” należy rozumieć koronę każdej drogi, a więc w omawianym przypadku też drogi DJ 1.03 (jezdni dodatkowej). Jego przeciwnicy procesowi podnosili zaś, że chodzi tutaj wyłącznie o koronę drogi ekspresowej. Tym samym zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu miała wykładnia punktu 2.1.16.1.2 PFU, a konkretniej jego pierwszego podpunktu.

Skład orzekający Izby przychylił się do interpretacji spornego postanowienia PFU prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego, stwierdzając, iż wykładnia literalna i celowościowa tego postanowienia wskazuje, że wymóg zachowania odległości 6m przy sytuowaniu przyczółków odnosił się do korony drogi ekspresowej.

Izba w tym miejscu ponownie przytacza sporne postanowienie:

„Wymagania dotyczące doboru rozpiętości przęseł i sytuowania podpór obiektów nad drogą ekspresową:

- 1) skrajnie poziome powinny być zgodne z wymaganiami PFU dla dróg, z zastrzeżeniem, aby lica przyczółków oraz podstawy skarp (stożków) przy przyczółkach usytuowane były nie bliżej niż 6 m od krawędzi jej korony. Warunek odległości ściany czołowej przyczółku od korony drogi nie dotyczy obiektów pełniących funkcję górnych przejść dla zwierząt.
- 2) filar obiektu mostowego, sytuowany w pasie dzielącym autostrady/drogi ekspresowej należy lokalizować w środku pasa dzielącego, o ile nie spowoduje to ograniczenia widoczności. Pozostałe filary należy lokalizować w odległości nie mniejszej niż 1,0 m od krawędzi przeciwskarp rowu do lica filara.
- 3) obiekty nad drogą ekspresową powinny być zaprojektowane dla docelowego przekroju drogi ekspresowej.”

Dokonując wykładni ww. postanowienia zauważyć należy, iż zostało ono umiejscowione w punkcie 2.1 PFU zatytułowanym „Droga ekspresowa”. Co do zasady cały ten punkt (rozdział) odnosi się zatem do wymagań dla drogi ekspresowej. Idąc dalej, pierwsze zdanie punktu 2.1.16.1.2 PFU wskazuje wprost, iż przewiduje on wymagania dotyczące doboru rozpiętości przęseł i sytuowania podpór obiektów nad drogą ekspresową. Podpunkt 1) zawierający wytyczne co do odległości usytuowania przyczółków od korony drogi był właśnie jednym z wymagań dotyczących doboru rozpiętości przęseł i sytuowania podpór obiektów nad drogą ekspresową. Czytając punkt 2.1.16.1.2 PFU w sposób kompleksowy, a zatem z uwzględnieniem jego wstępnej części, należy stwierdzić, iż sformułowanie „nie bliżej niż 6 m od krawędzi jej korony” oznacza „nie bliżej niż 6m od krawędzi korony drogi ekspresowej”. Powyższe potwierdza również użycie w pierwszym zdaniu ppkt 1) liczby pojedynczej: „jej korony”, czyli korony drogi do której odnosi się punkt 2.1.16.1.2 PFU, tj. drogi ekspresowej.

W ocenie Izby brak jest podstaw do interpretowania tego postanowienia w ten sposób, że wymóg zachowania wskazanej odległości odnosi się do wszelkiego rodzaju dróg, w tym – jak w rozpoznawanym przypadku – jezdni dodatkowej (DJ 1.03). Odwołujący nie przedstawił racjonalnego i logicznego uzasadnienia, opartego o reguły wykładni, które wykazywałyby, że to jego interpretacja jest interpretacją właściwą. W odwołaniu nie zawarto żadnych rozważań, co do sposobu rozumienia punktu 2.1.16.1.2 PFU, z kolei w piśmie procesowym z dnia 17 kwietnia 2024 r. odniesiono się w dużej mierze do okoliczności, które w sprawie nie były sporne (dotyczących innych wymagań wpływających na rozpiętość przęseł). W kontekście interpretacji ww. postanowienia PFU Odwołujący w piśmie procesowym stwierdził, że „na etapie sporządzania ofert dla wykonawców jasne było, że od lica przyczółka do korony drogi DJ 1.03 szerokość min. 6m musi zostać zachowana. W tym zakresie nie zostało sformułowane żadne pytanie do SWZ.” Powyższe stanowi jedynie gołosłowną tezę, z której nie sposób wywieść konstruktywnych wniosków. Równie dobrze można byłoby stwierdzić, że „na etapie sporządzania ofert dla wykonawców jasne było, że szerokość min. 6 m musi zostać zachowana od lica przyczółka do korony drogi ekspresowej. W tym zakresie nie zostało sformułowane żadne pytanie do SWZ.” Nie jest ponadto w ocenie Izby właściwe wywodzenie przez Odwołującego, że punkt 2.1.16.1.2 ppkt 1) PFU odnosi się do korony dróg w ogólności, a nie korony drogi ekspresowej, w oparciu o zawarte w ww. postanowieniu sformułowanie „skrajnie poziome powinny być zgodne z wymaganiami PFU dla dróg”. Odwołujący niesłusznie utożsamia wymagania dotyczące skrajni poziomych dróg z dodatkowym wymaganiem dotyczącym zachowania odpowiedniej odległości od drogi do przyczółków. Skrajnie poziome mają być zgodne z PFU dla dróg, ponieważ PFU określa różne klasy dróg, które mają różne wymagane skrajnie, regulowane innymi postanowieniami i wytycznymi. Natomiast konieczność zachowania odległości 6m to dodatkowy wymóg, inny niż wymogi określone dla skrajni poziomych, który został wprowadzony wyłącznie dla drogi klasy S (drogi ekspresowej). Nie jest zatem prawdziwe stwierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający „zawęży wymóg dotyczący skrajni poziomych wyłącznie do drogi S10, gdy tymczasem treść opublikowana odnosi się do wszystkich dróg.”

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający próbuje obecnie zmienić treść dokumentów zamówienia po upływie terminu składania ofert i odpowiednio zawęża lub rozszerza wymagania opisane w punkcie 2.1.16.1.2 PFU. W ocenie Izby nie ma podstaw do uznania tych twierdzeń za właściwe, gdyż literalna wykładnia spornego postanowienia prowadzi do wniosków przeciwnych niż wywodzi Odwołujący. Odwołujący nie przedstawił przy tym twierdzeń i dowodów, które podważyłyby stanowisko Przystępującego, iż rozumienie pkt 2.1.16.1.2 PFU prezentowane przez Przystępującego i Zamawiającego jest zgodne z praktyką rynkową, a takie założenia konstrukcyjne przyjęto w szeregu inwestycji i nie były one kwestionowane przez Inżynierów Kontraktu czy Zamawiającego (różne oddziały). Co więcej, Przystępujący wskazywał, że sam Odwołujący projektował rozwiązania, w których nie zachowano odległości 6m od lica przyczółka do korony jezdni dodatkowej, a okoliczność tą poparł dowodami. Odwołujący nie odparł tych twierdzeń.

Ponadto Izba stwierdziła, iż Odwołujący podczas rozprawy podniósł nową argumentację, niewskazaną w odwołaniu ani nawet w później złożonym piśmie procesowym, twierdząc, że dodatkowa jezdnia DJ 1.03 jest częścią drogi ekspresowej, a zatem zachodzi wobec niej konieczność zachowania odległości 6m, o której mowa w punkcie 2.1.16.1.2 ppkt a) PFU. Jest to argumentacja spóźniona, a w dodatku bezzasadna. Sam Odwołujący przedstawił jako dowód Wytyczne WR-D-22-2, w których pojęcie „korona drogi” zdefiniowano następująco: „pas obejmujący podstawowe części drogi, w tym: jezdnie główne lub jezdnie zbierające, pobocza, zatoki postojowe lub przystankowe, drogi dla pieszych, drogi dla rowerów lub drogi dla pieszych i rowerów oraz pasy dzielące i pasy roślinności położone między wymienionymi częściami dróg”. Definicja ta obejmuje podstawowe części drogi, a nie dodatkowe jezdnie jak DJ 1.03. Odwołujący nie przedstawił argumentów, które przemawiałyby za przeciwnym wnioskiem. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego można byłoby stwierdzić, że projektując odpowiednią szerokość korony drogi ekspresowej trzeba było uwzględnić również szerokość DJ 1.03, skoro miałyby być ona elementem „korony drogi ekspresowej”. Odwołujący jest przy tym niekonsekwentny w prezentowanej argumentacji, z jednej strony wskazuje bowiem na fakt, że punkt 2.1.16.1.2 PFU odnosi się ogólnie do korony dróg, a nie jedynie do korony drogi ekspresowej i z tego wywodzi konieczność zachowania odległości 6m, a z drugiej strony, na późniejszym etapie postępowania odwoławczego, wskazuje na to, że DJ 1.03 jest częścią drogi ekspresowej i z tego wywodzi konieczność zachowania odległości 6m.

Niezależnie od powyższego Izba zwróciła uwagę, iż argumentacja Odwołującego abstrahowała od celu, jakiemu służyć miało wymaganie opisane w punkcie 2.1.16.1.2 PFU. Zamawiający wyjaśnił, iż wymóg zachowania odległości 6m służy m.in. zabezpieczeniu elementów betonowych przed zabrudzeniami, szczególnie w okresie zimowym. Przystępujący ponadto wskazywał, iż odległość ta ma służyć zapewnieniu możliwości prowadzenia obsługi i utrzymania obiektu, w tym ma umożliwić lokalizację pasów technologicznych lub dróg (jeśli występują) do prowadzenia takiej obsługi. Odwołujący nie podjął ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego żadnej polemiki, w szczególności zaś nie przedstawił twierdzeń, które mogłyby wskazywać, że umiejscowienie DJ 1.03 w odległości mniejszej niż 6m od lica przyczółka, w sytuacji gdy Przystępujący założył dla obiektu WD w km 10+168 zachowanie odległości ponad 12m od krawędzi korony drogi ekspresowej, zniweczy wyżej przywołane cele. Tym samym Izba stwierdziła, iż również wykładnia celowościowa spornego postanowienia PFU przemawia za racją Zamawiającego i Przystępującego.

Nie jest również w ocenie Izby zasadne twierdzenie zawarte na str. 5 pisma procesowego Odwołującego, iż „skoro Zamawiający nie zmienił PFU i nie wyraził zgody na to, by pas technologiczny biegł wewnątrz odcinka 6m od krawędzi korony do lica przyczółka, to tym bardziej nie wyrażał zgody, by sprzecznie z treścią SWZ jezdnia dodatkowa zlokalizowana była wewnątrz odcinka 6m.” Pomijając okoliczność, że Odwołujący w zasadzie nie wyjaśnił z czego wywiódł powyższy wniosek, to należy zauważyć, że oparł swoją tezę na błędnym założeniu, że Zamawiający wyjaśniając treść SWZ nie wyraził zgody na to, by pas technologiczny biegł wewnątrz odcinka 6m. Zamawiający zarówno w odpowiedzi na pytanie nr 80, jak i na pytanie nr 152 nie wskazał, że nie dopuszcza takiego rozwiązania, a jedynie wskazał na konieczność postępowania zgodnie z zapisami PFU i dokumentami związanymi. Tego czy taki zakaz faktycznie wynika z PFU i dokumentów związanych Odwołujący nie wykazał.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają złożone przez Odwołującego podczas rozprawy dowody stanowiące wyjaśnienia treści SWZ udzielone przez Zamawiającego (Oddział w Szczecinie, Oddział w Gdańsku). Po pierwsze, Izba dokonuje oceny zgodności działania Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp w oparciu o okoliczności stanu faktycznego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i dokumentację tego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie dokumentację innych postępowań. W związku z tym nie ma znaczenia to, czy w innych postępowaniach Zamawiający dopuszczał możliwość usytuowania pasa technologicznego przylegającego do lica przyczółków, czy też nie, ani w jaki sposób formułował swoją wypowiedź. Po drugie, odpowiedzi na pytania, na które wskazywał Odwołujący, udzielone w innych niż obecne postępowaniach, dotyczyły usytuowania pasa technologicznego, a nie dodatkowej jezdni, która jest przedmiotem sporu w niniejszej sprawie. Po trzecie, dowody te wskazują, że Zamawiający co do zasady potwierdzał, iż dopuszcza takie rozwiązanie. Fakt, iż w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, którego dotyczy odwołanie, Zamawiający nie wypowiedział się wprost, lecz odesłał do PFU bynajmniej nie oznacza, że tego rodzaju rozważań nie dopuszcza, Odwołujący takiej okoliczności nie dowiódł.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do przyjęcia, aby rozwiązanie konstrukcyjne zaoferowane przez Przystępującego było niezgodne z wymaganiami wynikającymi z PFU.

W ocenie Izby nie został wykazany także drugi z zarzutów podniesionych w odwołaniu, dotyczący niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, która wywodzona była z braku uwzględnienia przez Przystępującego w zakresie świadczenia prawidłowych wzmocnień gruntu przynajmniej na 14 odcinkach oraz braku uwzględnienia pełnych kosztów należnego wzmocnienia podłoża tych odcinków w cenie ofertowej.

Izba w ślad za wyrokiem z dnia 15 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 1003/24, wskazuje, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zamawiający jest w stanie wykazać, że oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna z konkretnymi postanowieniami dokumentów zamówienia, istniejącymi na dzień upływu terminu składania ofert. Zważywszy na fakt wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zasadę rozkładu ciężaru dowodu właściwą dla postępowania odwoławczego, to Odwołujący był zobowiązany wykazać w sposób niebudzący wątpliwości (jednoznaczny), jakie elementy oferty Przystępującego były niezgodne z warunkami zamówienia, z jakimi konkretnymi postanowieniami dokumentów zamówienia zachodziła niezgodność oraz na czym te niezgodności polegały. Odwołujący postawił tezę, że Przystępujący nie zaoferował szeregu wzmocnień, które są jego zdaniem konieczne, niemniej nie zawarł w odwołaniu żadnej rzeczowej analizy potwierdzającej taką tezę. Argumentacja przedstawiona w odwołaniu na poparcie omawianego zarzutu była wyłącznie hasłowa. Odwołujący w tabeli zawartej na stronach 12-15 odwołania jedynie wymienił 14 lokalizacji, w których zdaniem Odwołującego powinno mieć miejsce wzmocnienie podłoża, jednak w kolumnie „niezgodność” poprzestał wyłącznie na ogółstównych stwierdzeniach, że „Budimex nie uwzględnił wzmocnienia podłoża, a w podłożu występują nasypy/piaski luźne/grunty organiczne/niecki”. W odniesieniu do każdej z lokalizacji Odwołujący poprzestał na jednozdaniowym uzasadnieniu niezgodności, które nawet ciężko uznać za jakiegokolwiek wyjaśnienie. Jest to jedynie stwierdzenie faktu, nie poparte ani argumentacją, ani dowodami. Pozostała zawarta w odwołaniu argumentacja ma charakter ogólny i nie odnosi się do konkretnych niezgodności ujętych w ww. tabeli. W oparciu o treść odwołania nie da się ustalić dlaczego zdaniem Odwołującego wynikające z dokumentacji geologiczno – inżynierskiej konkretne warunki geologiczne implikują konieczność uwzględnienia wzmocnień podłoża. Samo stwierdzenie, że w danym miejscu występują określone grunty, piaski, niecki czy nasypy nie jest równoznaczne z tym, że wzmocnienie podłoża jest faktycznie niezbędne ani z tym, że Przystępujący nie uwzględnił w złożonej ofercie w sposób prawidłowy uwarunkowań terenu wynikających z DGI. Odwołujący zaniechał przedstawienia jakiegokolwiek szerszej, rzeczowej analizy. Już tylko powyższe wskazuje na bezzasadność zarzutu.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż Izba za wiarygodne uznała twierdzenia Przystępującego wyrażone w piśmie procesowym. Przystępujący w tym piśmie odniósł się po kolei, konkretnie do każdej z kategorii gruntów występujących w kwestionowanych lokalizacjach, powołując się na dokumentację geologiczno-inżynierską, przekroje geologiczne oraz wyniki badań i wyjaśniając rzetelnie dlaczego w jego ocenie konieczność wzmocnienia podłoża w danym przypadku nie występuje. W tym miejscu Izba odsyła do szczegółowej argumentacji zawartej na stronach 19-42 pisma procesowego Przystępującego. Na poparcie swojego stanowiska Przystępujący przedstawił także opinię techniczną oraz dodatkowe dowody, które dotyczyły pozycji zawartej pod lit. d) tabeli na str. 13 odwołania (dokumenty dotyczące dokonanych przez Przystępującego głębokich wymian gruntu). Przystępujący wskazał ponadto na wybiórczość twierdzeń Odwołującego, podając jako dobitny przykład okoliczność, że Odwołujący jako jedną z czternastu lokalizacji podał lokalizację, w której zlokalizowany jest obiekt mostowy. Przystępujący przedstawił też zestawienie zawierające przykłady sytuacji, w których Odwołujący w analogicznych warunkach jak kwestionowane sam nie przewidział wzmocnień (zestawienie odnosi się do 34 lokalizacji na odcinku 3 S10).

Odwołujący w piśmie procesowym stanowiącym replikę na odpowiedź na odwołanie oraz pismo Przystępującego nie podjął w zasadzie żadnej polemiki z argumentacją Przystępującego. Po raz kolejny przedstawił argumenty natury ogólnej, typu że wykonawcy powinni byli ocenić jakość i przydatność podłoża gruntowego, czy że wykonawcy mają szeroką gamę metod wzmocniania gruntu. Są to okoliczności oczywiste, niemniej w żaden sposób nie wykazują one, że Przystępujący nieodpowiednio ocenił uwarunkowania wynikające z dokumentów zamówienia. Izba nie neguje stanowiska Odwołującego, iż do oferty należało przyjąć takie wzmocnienia podłoża, jakich konieczność dokonania wynika z dokumentacji geologicznej, niemniej to zadaniem Odwołującego było wykazać, że w oparciu o treść DGI lub innych właściwych dokumentów należało uwzględnić stosowne wzmocnienia we wszystkich 14 wskazanych w odwołaniu lokalizacjach – Odwołujący powinien był wprost wskazać dlaczego dane uwarunkowania wynikające z DGI, z uwzględnieniem przekrojów, badań, sondowań, etc., wskazują na konieczność zastosowania wzmocnień i wyjaśnić

dłaczego, a nie poprzestać na hasłowych stwierdzeniach. Izba stwierdziła, iż Odwołujący co prawda w piśmie procesowym wskazał, iż „przedkłada w załączeniu 14 kart, na których jest zobrazowany dany odcinek gruntu w dokumentacji geodezyjno-inżynierskiej oraz dalsze wyjaśnienie, dlaczego dane założenia Zamawiającego i Budimex są błędne, tj. wyjaśnienie wadliwości twierdzeń o braku konieczności wzmocnienia tych odcinków” niemniej z tych dokumentów również niewiele wynika. W każdym z plików (jest ich 13, nie 14) jedynie wklejono opis warunków z DGI, a w kolumnie „niezgodność z DGI” wskazano wyłącznie hasłowe tezy (analogicznie jak w odwołaniu): „nie przewidziano wzmocnienia podłoża, w podłożu występują piaski luźne/plastyczne grunty spoiiste wraz z częściami organicznymi/grunty organiczne/miękkoplastyczne grunty spoiiste/nasypy niekontrolowane” (pliki 1_DGI, 2_DGI, 4_DGI, 5_DGI, 6_DGI, 7_DGI), „w podłożu występuje głęboka niecka erozyjna wypełniona gruntami organicznymi, wymiana gruntu na krótkim odcinku 20m jest technologicznie i praktycznie niemożliwa” (plik 3_DGI), „w podłożu występują nasypy niekontrolowane” (pliki 8_DGI, 9_DGI, 10_DGI, 11_DGI, 12_DGI), „w podłożu występują mieszanina gruntów niespoistych i spoiстых z częściami organicznymi” (plik 13_DGI). Dlaczego fakt takich uwarunkowań implikuje konieczność dokonania wzmocnień Odwołujący po raz kolejny nie wyjaśnił. Odwołujący w złożonym piśmie nie odniósł się też w ogóle do stanowiska Przystępującego, który uzasadnił dlaczego przewidzenie wzmocnień w danych warunkach geologicznych nie było niezbędne, nie kwestionował też w tym piśmie złożonej opinii technicznej.

Odwołujący dopiero podczas rozprawy podjął pewne próby uszczegółowienia swojego stanowiska (głównie w kontekście poz. d) tabeli zawartej w odwołaniu i zarzucanej niemożliwości wymiany gruntu do głębokości 9m), niemniej skoro w odwołaniu zaniechał skonkretyzowania okoliczności faktycznych stawianego zarzutu, co więcej – nie zrobił tego nawet w piśmie procesowym, to jego dalsza argumentacja stanowi argumentację spóźnioną. Ponadto Izba wskazuje, iż Przystępujący przewidział konieczność wzmocnienia podłoża w tej lokalizacji (co wynika z wyjaśnień złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia), Odwołujący nie wykazał zaś w żaden sposób, że wskazana w zestawieniu Przystępującego załączonym do wyjaśnień technologia, nie może być uznana za właściwą. Przystępujący zaś załączył do pisma procesowego dokumenty (załączniki nr 1.1-1.3), które dotyczyły dokonanych przez Przystępującego głębokich wymian. Z Wytocznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym wynika zaś – jak wskazano w piśmie Przystępującego – że technologia wzmocnień powinna być dobierana na podstawie m.in. wcześniejszego doświadczenia z podobnych robót.

Izba podkreśla ponadto, że stanowisko Odwołującego nie zostało poparte wiarygodnymi, rzeczowymi dowodami – ani w zakresie wzmocnień głębokich ani w żadnym innym zakresie. Odwołujący (poza wspomnianymi już kartami załączonymi do pisma procesowego) złożył tylko zestawienie wzmocnień przedstawione przez Przystępującego w innym postępowaniu dotyczącym drogi S10 (odcinek 6), niemniej dowód taki nie wykazuje stawianych w odwołaniu tez. Dotyczy on innego odcinka drogi ekspresowej, a co za tym idzie siłą rzeczy również innych uwarunkowań geologiczno-technicznych. Jeżeli Odwołujący twierdził że warunki te były analogiczne (czego nie sposób ustalić już chociażby z tego względu, że nie złożono DGI dotyczącej odcinka 6), to powinien okoliczność tę wykazać, a przynajmniej przedstawić analizę porównawczą warunków istniejących w danej lokalizacji objętej odwołaniem i odpowiedniej lokalizacji na odcinku 6. Drugi ze złożonych na rozprawie dowodów stanowi jedynie wyciąg z Wytocznych wzmocnienia podłoża gruntowego w budownictwie drogowym i nie stanowi dokumentu wykazującego, że przyjęte przez Przystępującego założenia co do wzmocnień gruntów w 14 konkretnych lokalizacjach są niewłaściwe.

Z uwagi na powyższe nie było żadnych podstaw do tego, aby chociażby powziąć wątpliwość co do prawidłowego uwzględnienia przez Przystępującego założeń wynikających z dokumentów zamówienia (w tym z DGI) oraz związanych z tym kosztów, nie mówiąc o stwierdzeniu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, która – jak podniesiono wcześniej – musi być jednoznaczna i niewątpliwa. To na Odwołującym spoczywał ciężar dowiedzenia tej niezgodności i Odwołujący ciężarowi temu nie sprostał.

Jedynie uzupełniająco należy wskazać, iż skład orzekający podziela w pełni stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 13 marca 2024 r., sygn. akt KIO 623/24, w którym stwierdzono, iż „w przypadku zamówień, w których roboty budowlane mają zostać zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” zakres materiałów, jaki otrzymuje wykonawca od zamawiającego, m.in. w ramach opisu przedmiotu zamówienia, jest znacznie ograniczony (w stosunku do występującego w przypadku formuły „wybuduj”), a co za tym idzie założenia koncepcyjne czy też finansowe przyszłej, planowanej inwestycji opracowane są w odmiennych warunkach niż dla formuły „wybuduj”. Powyższe ustalenie nie oznaczało oczywiście, że z uwagi na zastosowaną w postępowaniu formułę wykonania zamówienia wykonawcom należało pozwolić na składanie ofert nieodpowiadających wymaganiom PFU, w tym w zakresie jakości i funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Nie można było jednak pomijać faktu, że specyfika tego rodzaju inwestycji sprowadza się do powierzenia wykonawcom opracowania dokumentacji projektowej (co nastąpi dopiero po zawarciu umowy), która nie istnieje na etapie oceny ofert. Generuje to ten skutek, że chcąc wykazać, że dany wykonawca złożył ofertę niezgodną z przedmiotem zamówienia zamawiający czy też inny wykonawca podnoszący zarzuty w tej materii w ramach środka

ochrony prawnej (tak jak miało miejsce w tym przypadku) nie może bazować na ewentualnych wątpliwościach, nieścisłościach czy niejednoznacznościach wynikających z udzielanych wyjaśnień, lecz zobligowany jest do wykazania (udowodnienia), że ponad wszelką wątpliwość złożona oferta przez wykonawcę jest niezgodna ze stypizowanymi w dokumentacji zamówienia, w tym

w PFU – oczekiwaniach zamawiającego. (...) W tego typu przypadkach uchwycenie niezgodności obarczone jest koniecznością wykazania jej pomimo braku szczegółowej dokumentacji projektowej. Nie można zatem pomijać, że wiążąca dokumentacja projektowa jeszcze nie istnieje (gdyż zostanie dopiero opracowana), a opracowaniem, które formułuje opis przedmiotu zamówienia jest wyłącznie PFU, a więc dokument służący ustaleniu planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowaniu oferty. (...) zastosowanie formuły „zaprojektuj i wybuduj” daje wykonawcom pewną swobodę w zakresie zaprojektowania i wykonania inwestycji, o ile założenia te nie są sprzeczne z jednoznacznymi postanowieniami zawartymi w dokumentach zamówienia.” Takiej sprzeczności Odwołujący nie dowiódł, co uzasadniono powyżej.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący składając ofertę nie uwzględnił uwarunkowań wynikających z dokumentacji geologicznej, w tym z badań podłoża. Niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia nie została dowiedziona.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze wszystko powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....
.....