Sygn. akt: KIO 623/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz
Krzysztof Sroczyński
Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawcę Mota-Engil Central Europe spółkę akcyjną
z siedzibą w Krakowie przy ul. Opolskiej 110 (31-323 Kraków) w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad
z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu z siedzibą
w Opolu przy ul. Niedziałkowskiego 6 (45-085 Opole)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MIRBUD spółki akcyjnej z siedzibą w Skierniewicach przy ul. Unii Europejskiej 18 (96-100 Skierniewice) oraz KOBYLARNIA spółki akcyjnej z siedzibą
w Kobylarni przy ul. Zakole 1 (86-061 Brzoza)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mota-Engil Central Europe spółkę akcyjną
z siedzibą w Krakowie i:
2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od wykonawcy Mota-Engil Central Europe spółki akcyjnej z siedzibą
w Krakowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MIRBUD spółki akcyjnej z siedzibą w Skierniewicach oraz KOBYLARNIA spółki akcyjnej
z siedzibą w Kobylarni kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:…….
…….
…….

Sygn. akt: KIO 623/24

U z a s a d n i e n i e

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, działając na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą
w Warszawie zwanego dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Budowa drogi ekspresowej S11 Kępno – A1 na odcinku Kępno - granica woj. opolskiego (z wyłączeniem obwodnicy Olesna), odc. III, Gotartów-początek obw. Olesna*o numerze: O/Op.D-3.2411.40.2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 września 2023 r. pod numerem 2023/S 170-535036.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowalne, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.
W dniu 26 lutego 2024 r. wykonawca Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą

w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od następujących czynności zamawiającego w postępowaniu:
- oceny oferty, w tym wyjaśnień dotyczących oferty, złożonej przez wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach (Lider) oraz Kobylarnia S.A. z siedzibą w Kobylarni (Partner) (zwanych dalej jako: „Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia”), w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna ze specyfikacją warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”);
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia;
- uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia
i dokonania wybory tej oferty w postępowaniu.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez brak jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, co znajduje potwierdzenie w treści wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w piśmie z dnia 12 stycznia 2024 r. oraz piśmie z dnia 29 stycznia 2024 r., z treści których wynika że:
a) wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia przewidział w swojej ofercie wykonanie obiektów inżynierskich o parametrach niezgodnych z warunkami zamówienia;
b) wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie uwzględnił w treści oferty wymagań zamawiającego w zakresie technologii wzmocnienia podłoża lub nie uwzględnił konieczności wzmocnienia podłoża w niektórych lokalizacjach;
c) wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie uwzględnił w treści oferty wymagań zamawiającego w zakresie konstrukcji nawierzchni na pasach technologicznych;
a w konsekwencji:
2) art. 16 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- nakazanie zamawiającemu uznania, że oferta wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert;
- przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania na okoliczności tam wskazane;
- nakazanie zamawiającemu zwrotu kosztów postępowania przed Izbą.

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą, który złożył swoją ofertę w postępowaniu. Ponadto wskazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp i prawidłowo ocenił stan faktyczny, doszłoby do odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, co wówczas doprowadziłoby do uzyskania zamówienia przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności stwierdził, że wybrany wykonawca przewidział obiekty inżynierskie sprzeczne z wymaganiami zamawiającego. W tym kontekście odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w pytaniu nr 10 Wezwania 1 wniósł
o wskazanie, *jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej, oddzielnie dla każdego obiektu wyszczególnionego w pkt. 1.1.3.3. Tab. 1.1. PFU zostały przyjęte przez wykonawcę? W ramach odpowiedzi na pytanie prosimy o podanie dla każdego obiektu: rozwiązania konstrukcyjno-budowlanego, sposobu i technologii posadowienia, parametrów przekrojów ruchowych, ilości i rozpiętości przęseł*. W odpowiedzi na powyższe pytanie wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia przedstawił w formie tabelarycznej przyjęte w swojej ofercie parametry obiektów inżynierskich (Załączniku nr 6 do Odpowiedzi 1). Dla obiektów wskazanych w pozycjach 2 (Przejście Zwierząt Małych zintegrowane [PZMz] w km 37+037), 3 (PZMz w km 38+738), 6 (PZMz w km 40+027), 8 (Przejście Zwierząt Małych [PZM] w km 43+759) oraz 9 (PZM w km 43+772) wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia wskazał, że przedmiotem jego oferty jest wykonanie tych obiektów o wysokości w świetle przepustu równej 1,5 metra. Zdaniem odwołującego powyższe przepusty w sposób oczywisty
i niezaprzeczalny nie spełniają natomiast wymogów zamawiającego przedstawionych
w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Stosownie bowiem do treści pkt 2.1.15 PFU *Dla celów właściwego i sprawnego funkcjonowania odwodnienia należy zaprojektować i wykonać przepusty Pod drogą ekspresową i łącznicami węzłów*

należy wykonać przepusty żelbetowe (z betonu monolitycznego, elementów prefabrykowanych) lub z rur wykonanych z żywic wzmacnianych włóknem szklanym (GRP) lub z rur stalowych spiralnie karbowanych. Wloty i wloty przepustów pod drogą należy ukształtować zgodnie z pochyleniem skarp. Przepusty należy wykonać w sposób niewymagający zastosowania dodatkowych zabezpieczeń w postaci urządzeń BRD. Przepusty podlegające przeglądom technicznym tj. o świetle pionowym co najmniej 1,5 m powinny zapewnić korytarz dla celów utrzymaniowych, o szerokości nie mniejszej 0,9 m i wysokości nie mniejszej niż 1,9 m. Zmiany lokalizacji i parametrów przepustów w stosunku do decyzji środowiskowej wymaga uzasadnienia w Raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Dodatkowo, stosownie do pkt 2.1.16.4 podpunkt 9) PFU *Przepusty a także obiekty mostowe pełniące funkcje ekologiczne podlegające przeglądom technicznym tj. o świetle pionowym co najmniej 1,5 m powinny zapewnić korytarz dla celów utrzymaniowych, o szerokości nie mniejszej 0,9 m i wysokości nie mniejszej niż 1,9 m*. Z powyższych postanowień, zdaniem odwołującego, jasno wynika, że oferta wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie spełnia wymagań zawartych w PFU odnośnie spełnienia warunku przełazowości, dla obiektów typu PZMz oraz PZM, dla których wykonawca ten wskazał wysokość 1,5m jako wysokość przepustów uwzględnioną w swojej ofercie. Nie bez znaczenia jest również fakt, że obiekty te powinny spełniać również wymagania Decyzji Środowiskowej, która wskazuje między innymi, że *Obiekty powinny zostać pokryte wyrównaną warstwą mineralnego gruntu lub posiadać przekrój otwarty (z otwartym dnem). Obiekty powinny pozostać nieoświetlone. Powierzchnia stref dla zwierząt powinna zostać pokryta gruntem*. Z powyższych postanowień wynika, że minimalny wymiar jaki należało uwzględnić w ofercie, tak aby była ona zgodna z wymaganiami zamawiającego, to światło pionowe konstrukcji równe 2,0m dla obiektów PZM (uwzględniając 10 cm gruntu, oraz nie biorąc pod uwagę innych aspektów wynikających z geometrii przeszkody lub drogi, pozostanie wymagane 1,9m wysokości korytarza do celów utrzymaniowych, który to jest wymagany przez zapisy PFU). Dla obiektów PZMz, które dodatkowo przeprowadzają ciek/rów wartość ta będzie większa od 2,0m, gdyż należy wziąć pod uwagę geometrię cieku, ukształtowanie dna. Biorąc pod uwagę nawet minimalne wymiary, brakująca wartość to około 33% aktualnie przyjętej wysokości przekroju dla wskazanych obiektów. Co jednak najistotniejsze, odpowiedź ta jasno wskazuje, iż oferta wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, określonymi w PFU.

Kolejna część argumentacji odwołującego dotyczyła sposobu wzmocnienia podłoża, który miał być sprzeczny z wymaganiami zamawiającego. W tym zakresie odwołujący stwierdził, że zamawiający w pytaniu nr 10 Wezwania 1 wniósł o wskazanie, *jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego*. W odpowiedzi na powyższe pytanie (Odpowiedzi 1) wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia wskazał:*Wykonawca informuje, iż do sporządzenia Oferty cenowej założono poniższe technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg: • Wymiana gruntów • Nasyp przeciążający / konsolidacja • Stabilizacja gruntów plastycznych w podłożu • Kolumny przemieszczeniowe Zakresy wzmocnień podłoża opracowane na potrzeby opracowania oferty, przedstawiono w załączniku nr 7 – Tabela wzmocnień podłoża. Wykonawca wskazuje, że szczegółowe rozwiązania zostaną przedstawione na etapie opracowania dokumentacji projektowej, która to będzie stanowić część zobowiązania Wykonawcy wynikającego z realizacji udzielonego Przedmiotu Zamówienia*.

Odwołujący wskazuje przy tym na zapisy pkt 1.1.1. PFU.

W pierwszej kolejności odwołujący stwierdził, że wykonawca Konsorcjum zaniechał udzielenia informacji o którą pytał zamawiający w odniesieniu do wzmocnienia podłoża korpusu pozostałych dróg, ogólnikowo wskazując jedynie w załączniku 7 do wyjaśnień „Tabela wzmocnień podłoża", że: do oferty cenowej założono, iż powyższe lokalizacje wzmocnień dotyczą także odpowiednio podłoża gruntowego pod korpusem dróg towarzyszących. Nie została więc ujęta w ofercie wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia m.in. konieczność wymiany lub wzmocnienia gruntów organicznych głębokości od 0,5 m do 1,8 m ppt pod drogą DK11 klasy G równoległą do S11 na długości 275 mb. Konieczność ta wynika z Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej, według której na przedmiotowym odcinku od 05 m do 1,8 m pod poziomem terenu znajdują się grunty organiczne (torfy, namuły). Dla uwidocznienia powyższych faktów w Załączniku nr 4 do odwołania, odwołujący przekazał wycinek z DGI dla przedmiotowego odcinka. Przy czym odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe dokumenty (w całości) są częścią dokumentów zamówienia. Wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności wzmocnienia podłoża pod korpusem trasy głównej na odcinku od km 36+822 do km 36+900 (brak wskazanego odcinka w Załączniku nr 7 do Odpowiedzi 1). Zgodnie z wiążącą Dokumentacją Geologiczno-Inżynierską (zwaną dalej jako: „DGI") powołaną w pkt 1.2 PFU: „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia", na tym odcinku panują niekorzystne warunki do posadowienia budowli: na głębokości od 3,2 m

do 6,3 m poniżej powierzchni terenu (ppt) zalegają grunty organiczne: Torfy, Namuły i Namuły gliniaste (grunty warstw Or1 i Or2 łącznej miąższości ok. 3,1 m) w stanie plastycznym i miękkoplastycznym. Podłoże to wymaga wymiany lub wzmocnienia, którego oferent na tym odcinku drogi S11 długości 78 metrów nie uwzględnił. Na przedmiotowym zaś odcinku wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia założył w ofercie poprowadzenie niwelety na nasypie (o czym jednoznacznie przesądza treść załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2). Dla uwidocznienia powyższych faktów w Załączniku nr 5 do odwołania, odwołujący przekazał wycinek z DGI dla przedmiotowego odcinka oraz wycinek z załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2 dla przedmiotowego odcinka. Przy czym odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe dokumenty
(w całości) są częścią dokumentów zamówienia (DGI) lub Odpowiedzi 2 (niweleta). Wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia zawarł w swojej ofercie zastosowanie metody wzmocnienia gruntów organicznych (profil geologiczno-inżynierski jak w załączniku powyżej) zalegających od km 36+900 do km 37+015 na głębokość do 6,3 m ppt przy zwierciadle wody gruntowej stabilizującym się 2,0 m ppt metodą sprzeczną z PFU. W załączniku nr 7 do Odpowiedzi 1 wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia wskazał, że w swojej ofercie przyjął wzmocnienie podłoża tego odcinka poprzez konsolidację nasypem przeciążającym wraz z monitoringiem. Na przedmiotowym zaś odcinku wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia założył w ofercie poprowadzenie niwelety na nasypie (o czym jednoznacznie przesądza treść załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2). Dla uwidocznienia powyższych faktów w Załączniku nr 6 do odwołania, odwołujący przekazał wycinek
z załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2 dla przedmiotowego odcinka. Przy czym odwołujący zaznaczył, że przedmiotowy dokument (w całości) jest częścią Odpowiedzi 2. Punkt 3.2 PFU przywołał jako dokument wiążący Zarządzenie nr 8 GDDKiA z 25/02/2002 roku, wprowadzający „Wytyczne wzmacniania podłoża gruntowego w budownictwie drogowym" (Tom II SWZ, Zarządzenia GDDKiA). Wśród dopuszczalnych metod wzmocnienia podłoża zbudowanego z gruntów organicznych i miękkoplastycznych gruntów spoistych (ilastych)
o znacznej miąższości przewidzianych w tych Wytycznych brak jest konsolidacji samoistnym nasypem przeciążającym. Zgodnie z pkt 9.5 przedmiotowych wytycznych należy zastosować środki wspomagające. Zatem oferta w tym zakresie jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego.
Zdaniem odwołującego, wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności wzmocnienia podłoża pod korpusem trasy głównej na odcinku od km 39+960 do km 40+330 (brak wskazanego odcinka w Załączniku nr 7 do Odpowiedzi 1). Zgodnie z DGI na przedmiotowym odcinku do głębokości od 0,5 m do głębokości 0,8 m ppt zalegają nasypy niebudowlane (warstwa nN1). Na przedmiotowym zaś odcinku wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia założył w ofercie poprowadzenie niwelety na nasypie (o czym jednoznacznie przesądza treść załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2), a wobec istnienia warunków gruntowych, o których mowa powyżej, podłoże wymaga wzmocnienia. Dla uwidocznienia powyższych faktów w Załączniku nr 7 do odwołania, odwołujący przekazał wycinek z DGI dla przedmiotowego odcinka oraz wycinek z załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2 dla przedmiotowego odcinka. Przy czym odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe dokumenty (w całości) są częścią dokumentów zamówienia (DGI) lub Odpowiedzi 2 (niweleta).
Ponadto odwołujący stwierdził, że wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności wymiany nasypu niebudowlanego zawierającego śmieci wraz z ich rekultywacją/utylizacją od km 40+640 do km 40+730 (brak wskazanego odcinka
w Załączniku nr 7 do Odpowiedzi 1). Fakt występowania takiego nasypu niebudowlanego zawierającego śmieci na przedmiotowym odcinku znajduje potwierdzenie w DGI (warstwa nN1 zgodnie z DGI zalegająca do głębokości 1,8 m ppt) Na przedmiotowym zaś odcinku wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia założył w ofercie poprowadzenie niwelety na nasypie (o czym jednoznacznie przesądza treść załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2), a wobec istnienia warunków gruntowych, o których mowa powyżej, podłoże korpusu wymaga wymiany. Dla uwidocznienia powyższych faktów w Załączniku nr 8 do odwołania, odwołujący przekazał wycinek z DGI dla przedmiotowego odcinka oraz wycinek z załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2 dla przedmiotowego odcinka. Przy czym odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe dokumenty (w całości) są częścią dokumentów zamówienia (DGI) lub Odpowiedzi 2 (niweleta).
Po za tym odwołujący wskazał, że wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności wzmocnienia podłoża pod korpusem trasy głównej na odcinku od km 41+590 do km 41+615 (brak wskazanego odcinka w Załączniku nr 7 do Odpowiedzi 1). Zgodnie z DGI na przedmiotowym odcinku w podłożu do głębokości 3,8 m ppt zalegają grunty organiczne (Namuły gliniaste, Piasek drobny z Humusem i Gliny pylaste – warstwy Or2, SiCl2, Or5) w stanie plastycznym, zaś na odcinku tym wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia założył w ofercie poprowadzenie niwelety na niskim nasypie (o czym jednoznacznie przesądza treść załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2), a wobec istnienia warunków gruntowych, o których mowa powyżej, podłoże wymaga wymiany lub wzmocnienia. Dla uwidocznienia powyższych faktów w Załączniku nr 9 do odwołania, odwołujący przekazał wycinek z DGI dla przedmiotowego odcinka oraz wycinek z załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2 dla przedmiotowego odcinka. Przy czym odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe dokumenty (w całości) są częścią dokumentów zamówienia (DGI) lub

Odpowiedzi 2 (niweleta).
Odwołujący podniósł także, że Wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie uwzględnił
w swojej ofercie konieczności wzmocnienia podłoża korpusu trasy głównej na odcinku od km 41+820 do km 41+920 po stronie prawej (brak wskazanego odcinka w Załączniku nr 7 do Odpowiedzi 1). Zgodnie z DGI na przedmiotowym odcinku podłożu gruntowym zalegają nasypy niebudowlane (warstwa nN1 o miąższości do 1,4 m), zawierające m.in. cegłę i żużel, zaś na odcinku tym wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia założył w ofercie poprowadzenie niwelety na nasypie (o czym jednoznacznie przesądza treść załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2), a wobec istnienia warunków gruntowych, o których mowa powyżej, podłoże wymaga wymiany lub wzmocnienia. Dla uwidocznienia powyższych faktów
w Załączniku nr 10 do odwołania, odwołujący przekazuje wycinek z DGI dla przedmiotowego odcinka oraz wycinek z załącznika 2.1. do Odpowiedzi 2 dla przedmiotowego odcinka. Przy czym odwołujący zaznaczył, że przedmiotowe dokumenty (w całości) są częścią dokumentów zamówienia (DGI) lub Odpowiedzi 2 (niweleta).
W ocenie odwołującego z przytoczonych fragmentów wiążącej (stanowiącej część opisu przedmiotu zamówienia) Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej, określającej warunki geologiczno-inżynierskie dla przedmiotowego zadania oraz odpowiedzi udzielonych przez wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia, jednoznacznie wynika, że oferta tego wykonawcy jest sprzeczna z wymaganiami zamawiającego.
Kolejna część stanowiska odwołującego kładła nacisk na to, że konstrukcja nawierzchni na pasach technologicznych jest sprzeczna z wymaganiami zamawiającego. Jak zwrócił uwagę odwołujący w pytaniu nr 13 Wezwania 1 zamawiający wniósł
o wskazanie, *Jaką konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie układu (opisu warstw)*
i grubości poszczególnych warstw dla każdej z dróg. W odpowiedzi na powyższe pytanie (Odpowiedzi 1) wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia wskazał: *Wykonawca informuje, że do wyceny Oferty przyjęto konstrukcje nawierzchni zgodnie z wymaganiami zawartymi*
w SWZ, w tym między innymi w PFU oraz Katalogiem Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych. Konstrukcje nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych dróg
z podziałem na kategorie ruchu przedstawiono w załączonym zestawieniu tabelarycznym
w załączniku nr 8 – Tabela warstw konstrukcyjnych nawierzchni. Technologia wykonania nawierzchni będzie zgodna z wymaganiami odpowiednich WWIORB. Ponadto Wykonawca informuje, że przyjęte konstrukcje nawierzchni na etapie oferty nie są ostateczne i mogą ulec zmianie w momencie opracowywania dokumentacji projektowej. W ocenie odwołującego we wskazanej w załączniku nr 8 konstrukcji nawierzchni na pasach technologicznych (a tym samym w ofercie) wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie założył wykonania warstwy odcinającej. W przypadku pasów technologicznych warstwa odcinająca powinna zostać założona (i objęta ofertą) i powinna znajdować się pod warstwą ulepszonego podłoża. Konieczność założenia i wykonania warstwy odcinającej wynika z katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych 2014 (zwanego dalej jako: „KTKNPiP"), stanowiącego załącznik nr 11 do odwołania. Stosownie do treści KTKNPiP dolna warstwa konstrukcyjna powinna być wykonana zgodnie z pkt 8 KTKNPiP, tablica 8.4. Zgodnie
z przedmiotową tablicą wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia wybrał Typ 11 konstrukcji. W dalszej części (punkt 8.23) KTNKPiP wskazuje, że w przypadku, gdy
w podłożu gruntowym z gruntu wątpliwego lub wysadzinowego ułożona jest warstwa
z materiału ziarnistego (mieszanki niezwiązanej lub gruntu niewysadzinowego: żwiru, pospółki, piasku grubego, piasku średniego lub ziarnistego materiału antropogenicznego) to należy zabezpieczyć tę warstwę przed wnikaniem drobnych cząsteczek przez wykonanie warstwy odcinającej. Tablica 7.4 KTNKPiP wskazuje z kolei na konkretne grupy nośności, gdzie grupy G3 i G4 (a więc takie jak wskazane przez wykonawcę Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia w treści Załącznika nr 8 Odpowiedzi 1, Nr 7 – Konstrukcja nawierzchni PPU – pasy technologiczne, dodatkowe jezdnie jeśli zastosowane jest powierzchniowe utrwalenie (wg PFU)) są określone jako grunty wątpliwe lub wysadzinowe (mało wysadzinowe lub bardzo wysadzinowe). Obowiązek wykonania warstwy odcinającej w tych konkretnych przypadkach wynika również z postanowień Warunków Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nr D-04.02.01 (dokumentu, stanowiącego załącznik do PFU). Stosownie do treści pkt 2.6 przedmiotowego dokumentu *W przypadku kategorii ruchu KR1-KR2, o ile to jest ekonomicznie uzasadnione, dopuszcza się wykonanie warstwy odcinającej z drobnego piasku lub materiału antropogenicznego o uziarnieniu zbliżonym do uziarnienia drobnego piasku. Grubość warstwy odcinającej powinna wynosić 10 cm. Materiał warstwy odcinającej powinien spełniać warunek nieprzenikania cząstek drobnych. Warstwa odcinająca z piasku drobnego jest mniej skuteczna i trudniejsza w wykonaniu od warstwy odcinającej*
z geotekstyliów. Grubość warstwy odcinającej nie wlicza się do grubości podanych
w typowych rozwiązaniach, przedstawionych w KTKNPiP w tablicach 8.2, 8.3 i 8.4.oraz

w KTKNSz w tablicach 8.2, 8.3 i 8.4.

Zdaniem odwołującego z przytoczonych fragmentów dokumentacji oraz odpowiedzi udzielonych przez wykonawcę, wynika, iż (pomimo gołosłownych deklaracji) wykonawca objął ofertą wymogów zamawiającego zawartych w PFU oraz innych dokumentach zamówienia. Zachowanie zamawiającego przejawiające się w braku odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia ze względu na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia jest tym bardziej zastanawiające, że ten sam zamawiający, w równolegle prowadzonym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonał odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia za względu na praktycznie tożsame (jak wskazywane w odwołaniu) przypadki niezgodności oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia. Przedmiotowa sytuacja dotyczy prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego: *Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski– Hrebenne", odcinek nr 4:węzeł „Izbica" („Tarzymiechy") bez węzła- węzeł „Zamość Sitaniec"(„Sitaniec") wraz z węzłem*. W przedmiotowym postępowaniu w dniu 6 lutego 2024 r. zamawiający dokonał odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia wskazując, że niezgodności treści oferty wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia z warunkami zamówienia obejmują między innymi następujące elementy:

- przyjęcie w ofercie obiektów inżynierskich o parametrach niezgodnych z PFU – a więc tożsama niezgodność jak przedstawiona w pierwszej części powyżej;
- niedopuszczona przez PFU technologia wzmocnienia podłoża lub ich brak w niektórych lokalizacjach – a więc tożsama niezgodność jak przedstawiona w powyżej w części drugiej odwołania.

Odwołujący w załączeniu przekazał pismo zamawiającego z dnia 6 lutego 2024 r. tj. informację o wyborze oferty najkorzystniejszej dla postępowania udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego: *Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski– Hrebenne", odcinek nr 4: węzeł „Izbica" („Tarzymiechy") bez węzła- węzeł „Zamość Sitaniec" („Sitaniec") wraz z węzłem*, w którym to piśmie (strona 8 13 pisma) zamawiający wskazuje na przyczyny odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia w tym postępowaniu (Załącznik nr 12).

Ostatnia część argumentacji odwołującego wskazywała na brak odpowiedzi na pytania zamawiającego. W tej części odwołujący wskazał dodatkowo na szereg przypadków, w których wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie odpowiedział faktycznie na pytania zadane przez zamawiającego. W przedmiotowym kontekście dziwnym jawi się działanie zamawiającego, który najpierw powziął wątpliwości co do treści oferty wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia w szeregu istotnych aspektów i w związku z tym sformułował szczegółowe pytania co do treści oferty, a następnie, pomimo braku odpowiedzi na te pytania, przeszedł nad tym faktem do porządku dziennego i dokonał wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia. Powyższe przypadki miały dotyczyć następujących pytań z Wezwania 1:

a) Pytanie nr 11 – zdaniem odwołującego odpowiedź na to pytanie była bardzo ogólna i tak naprawdę była odpowiedzią na postawione pytanie, gdyż wskazywała jedynie iż parametry tych obiektów wynikają z Decyzji Środowiskowej, natomiast nie precyzują wartości tych parametrów. Kwestia ta może być połączona z tabelą parametrów obiektów, która została przestawiona w załączniku nr 6 do Odpowiedzi 1. Jednak w odniesieniu do obiektów w km 42+992 (DŚU) oraz km 44+645 (DŚU) w przedstawionej tabeli brak jest wysokości wymaganej zgodnie z DŚU skrajni pionowej. Wobec tak formułowanej odpowiedzi, brak jest praktycznej możliwości weryfikacji przez zamawiającego poprawności przyjętych przez wykonawcę rozwiązań, a tym samym zgodności oferty z OPZ;

b) pytanie nr 14 – zdaniem odwołującego odpowiedź na to pytanie była nieprecyzyjna. Wskazywała jedynie na wymagania zamawiającego, nie udzielając faktycznej odpowiedzi na temat materiału jakiego wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia zamierza użyć do wykonania górnej warstwy nasypu. Dodatkowo grubości warstwy, która została podana powinna wynikać z założeń wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia (czyli brak jest danych odnośnie konstrukcji w nasypie i założeń materiałowych, które definiują spełnienie wymagań WWIORB oraz KTNPiP). Wobec tak formułowanej odpowiedzi, brak jest praktycznej możliwości weryfikacji przez zamawiającego poprawności przyjętych przez wykonawcę rozwiązań, a tym samym zgodności oferty z OPZ;

c) pytanie nr 15 – zdaniem odwołującego odpowiedź na to pytanie została sprowadzona do deklaracji, iż materiał jest zgodny z wymaganiami kontraktu, natomiast faktycznie nie udzieliła zamawiającemu odpowiedzi w kontekście nazwy, parametrów oraz właściwości materiałów. Jedynie precyzuje możliwe źródło danego materiału. Wobec tak formułowanej odpowiedzi, brak jest praktycznej możliwości weryfikacji przez zamawiającego poprawności przyjętych przez wykonawcę rozwiązań, a tym samym zgodności oferty z OPZ;

d) pytanie nr 3 – zdaniem odwołującego w odpowiedzi na to pytanie ponownie wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia nie odpowiada na konkretnie postawione pytanie, i nie precyzuje parametrów, o które zwraca się zamawiający – zwłaszcza jeżeli chodzi

o parametry ronda – co zostało przez zamawiającego podkreślone. Nie zostały przedstawione typowe parametry ronda,

takie jak: średnica zewnętrzna, średnica wewnętrzna, szerokość pasa ruchu itd. Wobec tak formułowanej odpowiedzi, brak jest praktycznej możliwości weryfikacji przez zamawiającego poprawności przyjętych przez wykonawcę rozwiązań, a tym samym zgodności oferty z OPZ.
Podsumowując kwestię braku konkretnych i wyczerpujących odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania, sytuacja – zdaniem odwołującego – wygląda tak, że to wykonawca niejako przejął rolę zamawiającego w kwestii oceny zgodności np. użytych materiałów, zastosowanych rozwiązań z szeroko rozumianymi dokumentami kontraktowymi, oznajmiając iż materiały lub rozwiązania są zgodne z jego (zamawiającego) wymaganiami. To do zamawiającego powinna należeć kwestia oceny poprawności i zgodności z wymaganiami, natomiast rola wykonawcy powinna się ograniczyć do wyczerpującej i konkretnej odpowiedzi na zadane pytanie (czyli np. wskazanie konkretnego materiału, konkretnych rozwiązań przyjętych do oferty itd.).
e) W odniesieniu do Załącznika nr 2.1 do Odpowiedzi 2 odwołujący ponadto stwierdził, że wykonawca Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia w szkicu niwelety zawarł łuki, które nie odpowiadają parametrom wskazanym w Załączniku nr 1 do Odpowiedzi 1. Z przekazanej przez wykonawcę Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia niwelety (Załącznik nr 2.1. do Odpowiedzi 2) odwołujący dokonał odczytu parametrów geometrycznych przyjętych przez tego wykonawcę. W wyniku tej analizy odwołujący stwierdził, że wymienione w treści odwołania łuki wypukłe były niezgodne z treścią Załącznika nr 1 do Odpowiedzi 1.
Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że przekazane w Załączniku nr 1 do Odpowiedzi 1 parametry drogi nie odpowiadają treści Załącznika 2.1 do Odpowiedzi 2,
a odpowiedzi wykonawcy Konsorcjum Mirbud/Kobylarnia w tym zakresie wzajemnie się wykluczają. Dla uwidocznienia powyższych faktów w Załączniku nr 13 do odwołania, odwołujący przekazał załącznik 2.1. do Odpowiedzi 2 z naniesionymi promieniami łuków.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MIRBUD S.A. z siedzibą
w Skierniewicach oraz KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni.

W dniu 7 marca 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,
w której złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych
w odwołaniu.

W dniu 8 marca 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikiem, w którym wniósł o:
a) sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu;
b) o oddalenie odwołania w całości.
Wykonawca zgłaszający przystąpienie w piśmie procesowym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

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

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

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia: MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicachoraz KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarn (zwanych dalej jako: „przystępujący"), do udziału
w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Jak wskazano powyżej zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione
w odwołaniu. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego
w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 523 ust. 3 Pzp rozpoznała przedmiotowe odwołanie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 7 marca 2024 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia obejmującą tomy I-V wraz z załącznikami (zwaną dalej jako: „SWZ");
- ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
- pismo zamawiającego z dnia 29 grudnia 2023 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, stanowiące wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty (zwane dalej jako: „wezwanie 1");
- pismo z dnia 12 stycznia 2024 r., stanowiące odpowiedź przystępującego na pismo zamawiającego z dnia 29 grudnia 2023 r. wraz z załącznikami (zwane dalej jako: „wyjaśnienia 1");
- pismo zamawiającego z dnia 19 stycznia 2024 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, stanowiące kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty (zwane dalej jako: „wezwanie 2");
- pismo z dnia 29 stycznia 2024 r., stanowiące odpowiedź przystępującego na pismo zamawiającego z dnia 19 stycznia 2024 r. wraz z załącznikami (zwane dalej jako: „wyjaśnienia 2");
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 16 lutego 2024 r.;

2)dokumenty załączone do odwołania:

- wycinek z Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej określającej warunki geologiczno-inżynierskie dla zadania objętego postepowaniem (zwaną dalej jako: „DGI") dla odcinka od km 0+745 do km 1+020 (pikietaż DK11>DP);
- wycinek z DGI i niwelety dla odcinka od km 36+822 do km 36+900;
- wycinek z niwelety dla odcinka od km 36+900 do km 37+015;
- wycinek z DGI i niwelety dla odcinka od km 39+960 do km 40+330;
- wycinek z DGI i niwelety dla odcinka od km 40+640 do km 40+730;
- wycinek z DGI i niwelety dla odcinka od km 41+590 do km 41+615;
- wycinek z DGI i niwelety dla odcinka od km 41+820 do km 41+920;
- Katalog typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych 2014;
- informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 6 lutego 2024 r. dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego: *Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski– Hrebenne", odcinek nr 4: węzeł „Izbica" („Tarzymiechy") bez węzła- węzeł „Zamość Sitaniec" („Sitaniec") wraz z węzłem*;
- niweletę z naniesionymi promieniami łuków;

3)dokument załączony do pisma procesowego przystępującego obejmujący zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia ofert oraz o ponownym badaniu i ocenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego: *Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski– Hrebenne", odcinek nr 4: węzeł „Izbica" („Tarzymiechy") bez węzła- węzeł „Zamość Sitaniec" („Sitaniec") wraz z węzłem*;

4)dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego:

- schemat przepustów prefabrykowanych – obiekty suche – stanowiącego część WR-M-21-1 wraz z naniesionymi przez odwołującego, na części rysunkowej schematu, wymiarami przepustów;
- schemat przepustów prefabrykowanych – obiekty mokre – stanowiącego część WR-M-21-1 wraz z naniesionymi przez odwołującego, na części rysunkowej schematu, wymiarami przepustów;
- opinię geologiczną dotyczącą warunków gruntowo-wodnych podłoża drogi ekspresowej przedmiotowej inwestycji – przy czym Izba uznała przedmiotowy dokument jako opinię prywatną, a nie dowód z opinii biegłego;

5)dokumenty złożone na posiedzeniu przez przystępującego:

- wyciąg z Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych (KTKNPIP) oraz wyciąg z pisma procesowego przystępującego złożonego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3734/23;
- materiały dotyczące tego co zostało podniesione w odwołaniu w ramach zarzutu wskazanego w pkt II b) *petitum* odwołania w stosunku do prawidłowości rozwiązaniach przyjętych przez przystępującego;
- rysunki precyzujące sposób prawidłowego wyliczenia parametrów przepustów – strefy wolnej dla zwierząt.

Izba ustaliła co następuje

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia, jest zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej, drogi S11 na odcinku od km ok. 35+266 do km ok. 45+796 (km projektowy, punkt zlokalizowany na istniejącym przebiegu obwodnicy Olesna w km. rzeczywistym S11 ok. 0+550). Szczegółowy opis zadania został zawarty w załącznikach do SWZ, na który składa się m.in. Program Funkcjonalno-Użytkowy (zwany dalej jako: „PFU"). Zamawiający zastosował w postępowaniu w formułę „zaprojektuj

i wybuduj".
Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 21 listopada 2023 r. Do momentu upływu terminu składania ofert wpłynęło łącznie osiem ofert, w tym oferty złożone przez odwołującego i przystępującego.
W toku badania i oceny ofert zamawiający, pismem z dnia 29 grudnia 2023 r., zwrócił się do przystępującego, na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp z wezwaniem o wyjaśnienie treści złożonej oferty. W ramach tego wezwania zamawiający postawił 25 pytań, na które przystępujący odpowiedział w dniu 12 stycznia 2024 r.
Pytania i odpowiedzi nr 10, 11, 12 i 13 z wezwania 1 posiadały następującą treść:
10. Prosimy o wskazanie, jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej, oddzielnie dla każdego obiektu wyszczególnionego w pkt. 1.1.3.3. Tab. 1.1. PFU zostały przyjęte przez Wykonawcę? W ramach odpowiedzi na pytanie prosimy o podanie dla każdego obiektu: rozwiązania konstrukcyjno-budowlanego, sposobu i technologii posadowienia, parametrów przekrojów ruchowych, ilości i rozpiętości przęseł.
Odpowiedź:
Wykonawca informuje, że przyjęte na potrzeby wyceny Oferty rozwiązania projektowe dla branży mostowej dla obiektów z tabeli 1.1 PFU z pkt. 1.1.3.3 PFU są zgodne z wymaganiami zawartymi w SWZ, w tym z zapisami PFU, odpowiedziam Zamawiającego z etapu przetargu oraz Zmianami do treści SWZ i zostały w ramach odpowiedzi przedstawione w formie tabelarycznej, w załączniku nr 6 – Rozwiązania projektowe dla branży mostowej.
11. *Jakie wymagania parametrów przejść dla zwierząt uwzględniają wycenione obiekty inżynierskie pełniące funkcje przejść dla zwierząt, które zostały wyszczególnione w pkt. 1.1.3.3. Tab. 1.1. PFU?*
Odpowiedź:
Wykonawca informuje, iż w wycenionych w ramach Oferty obiektach inżynierskich pełniących funkcję przejść dla zwierząt i wyszczególnionych w pkt. 1.1.3.3, tabela 1.1 PFU, uwzględniono parametry przejść dla zwierząt, zgodnie z wymaganiami opisanymi w SWZ,
w tym w DŚU sygnatura WOOŚ.420.2.2.2019.ES.90 z dnia 20.08.2021 r. w pkt. V ppkt. 10, zmienionej decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska DOOŚ-WDŚZOO.420.68.2021.BL.13 z dnia 28.11.2022 r.
Wykonawca wskazuje również, iż ostateczne parametry przejść dla zwierząt zostaną ustalone w trakcie opracowywania dokumentacji projektowej oraz w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko.
12. *Jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego.*
Odpowiedź:
Wykonawca informuje, iż do sporządzenia Oferty cenowej założono poniższe technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg:
- *Wymiana gruntów*
- *Nasyp przeciążający / konsolidacja*
- *Stabilizacja gruntów plastycznych w podłożu*
- *Kolumny przemieszczeniowe*

Zakresy wzmocnień podłoża opracowane na potrzeby opracowania oferty, przedstawiono
w załączniku nr 7 – Tabela wzmocnień podłoża.
Wykonawca wskazuje, że szczegółowe rozwiązania zostaną przedstawione na etapie opracowania dokumentacji projektowej, która to będzie stanowić część zobowiązania Wykonawcy wynikającego z realizacji udzielonego Przedmiotu Zamówienia.
13. Jaką konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono
w Ofercie? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie układu (opisu warstw) i grubości poszczególnych warstw dla każdej z dróg.
Odpowiedź:
Wykonawca informuje, że do wyceny Oferty przyjęto konstrukcje nawierzchni zgodnie
z wymaganiami zawartymi w SWZ, w tym między innymi w PFU oraz Katalogiem Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych. Konstrukcje nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych dróg z podziałem na kategorie ruchu przedstawiono w załączonym zestawieniu tabelarycznym w załączniku nr 8 – Tabela warstw konstrukcyjnych nawierzchni.
Technologia wykonania nawierzchni będzie zgodna z wymaganiami odpowiednich WWIORB.
Ponadto Wykonawca informuje, że przyjęte konstrukcje nawierzchni na etapie oferty nie są ostateczne i mogą ulec zmianie w momencie opracowywania dokumentacji projektowej.
Zamawiający po zapoznaniu się z treścią złożonych wyjaśnień 1 zdecydował się, pismem z dnia 19 stycznia 2024 r., na zadanie przystępującemu pytań uzupełniających.
W ramach wezwania zadano łącznie 3 pytania. Przystępujący, pismem z dnia 29 stycznia 2024 r. , ustosunkował się do

wątpliwości zamawiającego
W dniu 16 lutego 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*;
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przed szczegółowym odniesieniem się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na zagadnienie związane z przyjętą przez zamawiającego formułą realizacji zamówienia, ponieważ okoliczność ta miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. W tym zakresie skład orzekający w znacznej mierze przyjął i uznał za własną argumentację przystępującego. W związku z tym, jak słusznie zauważył przystępujący, przepisy Pzp przez roboty budowlane nakazują rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (art. 7 pkt 21 Pzp). Oznacza to, że co do zasady, roboty budowlane mogą zostać wykonane w jednym z wyżej wymienionych wariantów. Przedmiotem postępowania było wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj", co miało swoje daleko idące konsekwencje nie tylko dla etapu realizacji zamówienia lecz również dla etapu przygotowania ofert przez potencjalnych wykonawców. 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 niejednoznaczności 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 – oczekiwaniami zamawiającego. W przypadku formuły, w której oferta przygotowywana jest w oparciu o istniejącą dokumentację projektową uchwycenie niezgodności z taką dokumentacją jest relatywnie prostsze (o ile taka niezgodność oczywiście istnieje). Wobec wielości jednoznacznych szczegółów zawartych w dokumentacji niezgodność sprowadzać się najczęściej będzie do braku wyceny określonej pozycji kosztorysu (który zwyczajowo wypełniany jest przy kontraktach w formule „wybuduj") lub np. udzieleniu takiej odpowiedzi na pytanie zamawiającego, z której wynikać będzie, że dany zakres (precyzyjnie wynikający z dokumentacji projektowej) nie został w ofercie przewidziany lub przewidziano zakres odmienny od wymaganego. Z inną sytuacją mamy do czynienia w przypadku powierzenia wykonawcom nie tylko budowy, ale i zaprojektowania inwestycji.
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 (zgodnie 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). Na powyższą okoliczność Izba zwracała już uwagę co znalazło odzwierciedlenie w jej orzecznictwie. Dla przykładu można wskazać wyrok z dnia 24 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1466/21, w którym wskazano m. in., że *Trudno zaś na obecnym etapie*

recenzować poprawność merytoryczną (techniczną i prawną) nieistniejącej jeszcze dokumentacji projektowej, która dopiero po jej wykonaniu zostanie oceniona przez Zamawiającego, jak i uprawnione organy, zwłaszcza pod kątem zgodności
z przepisami i wymaganiami DŚU. Należy tu podkreślić, że wobec takiego sformułowania przedmiotu zamówienia i treści oferty, jaki ma miejsce w niniejszym postępowaniu wykonawcy składają ofertę w oparciu o wstępną koncepcję wykonania zamówienia, która zostanie sprecyzowana dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, która, co oczywiste, będzie musiała uwzględniać wszystkie wymagania PFU, DŚU, przepisów prawa oraz sztuki budowlanej. Zatem na tym etapie głównym elementem rozważań co do poprawności oferty jest to, czy zaoferowana cena pozwoli na wykonanie planowanych robót budowlanych zgodnie z powyższymi wymaganiami. Powyższe stwierdzenie nie oznacza oczywiście, że zastosowanie formuły "projektuj i buduj", jak też wyjaśnień treści oferty, wyklucza stwierdzenie, że w takim wypadku oferta nie może być niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - bo może to mieć miejsce - jednak, tak jak i w pozostałych przypadkach, stwierdzenie to musi być bardziej kategoryczne i jednoznacznie niż ma to miejsce w niniejszej sprawie. Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywała, że, aby odrzucić ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, trzeba wpierw tę niezgodność jasno ustalić.
W podobnym duchu Izba wypowiedziała się w jednym z orzeczeń zapadłych w 2023 r.
W wyroku z dnia 3 listopada 2023 r. o sygn. akt KIO 3077/23 (orzeczenie zostało zaskarżone przez zamawiającego, a skarga została oddalona) wskazano m in., że *Istotna dla oceny zarzutów w niniejszej sprawie jest także kwestia formuły, w jakiej zamawiający zdecydował się prowadzić przedmiotowe postępowanie a więc w formule „zaprojektuj i wybuduj" co oznacza, że opis przedmiotu zamówienia ma charakter wyłącznie ogólny, wiele elementów składających się na jego realizację zostanie skonkretyzowanych dopiero na etapie przygotowania koncepcji czy też prac projektowych. Powyższe z jednej strony daje większą swobodę wykonawcy w zakresie doboru zastosowanych przez niego rozwiązań po stronie zamawiającego z kolei oznacza, że podstawę zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp mogą stanowić wyłącznie jednoznaczne i wyczerpujące postanowienia SWZ, w tym PFU.*
Z kolei to wszystko, co nie zostało ujęte w dokumentach przygotowanych i przekazanych
w toku postępowania wykonawcom jest dopuszczalne, a taka oferta pozostaje w zgodzie
z warunkami zamówienia.
Analiza powyżej wymienionych orzeczeń skłaniała do stwierdzenia, że 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. Przenosząc powyższe ustalenia na okoliczności przedmiotowej sprawy warto również zauważyć, że przystępujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach oświadczył, że oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w PFU, Specyfikacjach na Projektowanie oraz WWiORB oraz potwierdził, że w cenie oferty uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Tymczasem
w ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił, ani nie wykazał, aby złożona przez przystępującego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia. W tym kontekście należało również wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 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 skradania ofert, przy czym niedopuszczalne jest intepretowanie przez zamawiającego tych postanowień wbrew ich literalnej treści (np.
w sposób rozszerzający). W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy powyższe wytyczne musiały zostać zastosowane przez odwołującego, zważywszy na fakt wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej postępowaniu oraz zasadę rozkładu ciężaru dowodu właściwą dla postępowania odwoławczego, przez co to odwołujący był zobowiązany wykazać w sposób niebudzący wątpliwości (jednoznaczny), jakie elementy oferty (np. zaproponowane rozwiązania techniczne, projektowe) były niezgodne z warunkami zamówienia wraz z omówieniem na czym te niezgodności polegały. Izba doszła do przekonania, że odwołujący zestawiając treść wezwań i wyjaśnień z wybranymi dokumentami wyciągnął zbyt daleko idące wnioski. Wracając jeszcze raz do argumentu zastosowanej przez zamawiającego w postępowaniu formuły „zaprojektuj i wybuduj", można było stwierdzić, że mogą powstać różne, konkurujące względem siebie koncepcje wykonania zamówienia. Tym samym koncepcja zaprezentowana przez odwołującego nie była więc jedyną możliwą do rozważenia, a na pewno nie można było nadać jej prymatu względem innych koncepcji. W związku z tym mając na względzie całokształt rozważań w tej materii Izba stwierdziła, że w kontekście stanowiska odwołującego, oferta złożona przez przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.
W dalszej części uzasadnienia Izba odniosła się do poszczególnych zarzutów wskazanych w odwołaniu.

W ramach pierwszego z zarzutów odwołujący zarzucił przystępującemu, że zaproponowane przez niego rozwiązania w zakresie obiektów inżynierskich w postaci przejść dla małych zwierząt, ujęte w pozycji 2, 3, 6, 8 oraz 9

załącznika nr 6 do wyjaśnień 1 były niezgodne z warunkami zamówienia. Zdaniem odwołującego, oferta przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia ponieważ z wyjaśnień 1, a dokładniej z załącznika nr 6 do wyjaśnień wynikało, że przystępujący wskazał wysokość 1,5 m jako wysokość przepustów uwzględnioną w swojej ofercie. Tymczasem zdaniem odwołującego minimalny wymiar jaki należało uwzględnić w ofercie, tak aby była ona zgodna z wymaganiami zamawiającego, to światło pionowe konstrukcji równe 2,0 m dla obiektów PZM (Przejście Zwierząt Małych) – uwzględniając 10 cm gruntu, oraz nie biorąc pod uwagę innych aspektów wynikających z geometrii przeszkody lub drogi, czyli wymagane 1,9 m wysokości korytarza do celów utrzymaniowych. Dla obiektów PZMz (Przejście Zwierząt Małych zintegrowane), które dodatkowo przeprowadzają ciek/rów wartość ta w ocenie odwołującego powinna być większa od 2,0 m, gdyż należy wziąć pod uwagę geometrię cieku, ukształtowanie dna.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut w ocenie składu orzekającego należało wyjść z treści PFU, a dokładniej pkt 1.1.3.3. i zawartej w nim tabeli 1.1. Tabela 1.1. opisana w PFU na str. 30, prezentowała wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejść dla zwierząt). Tym samym w tabeli 1.1 PFU zamawiający wyszczególnił wszystkie obiekty inżynierskie (15 szt.), czyli obiekty mostowe i przejścia dla zwierząt. Kolejna ważna informacja wynikała z treści pytań nr 10 i 11 z wezwania 1. Pytanie nr 10 z wezwania 1 dotyczyło tego *jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej, oddzielnie dla każdego obiektu wyszczególnionego w pkt. 1.1.3.3. Tab. 1.1. PFU zostały przyjęte przez Wykonawcę? W ramach odpowiedzi na pytanie prosimy o podanie dla każdego obiektu: rozwiązania konstrukcyjno-budowlanego, sposobu i technologii posadowienia, parametrów przekrojów ruchowych, ilości i rozpiętości przęseł,* natomiast pytanie nr 11 z wezwania 1 dotyczyło tego *Jakie wymagania parametrów przejść dla zwierząt uwzględniają wycenione obiekty inżynierskie pełniące funkcje przejść dla zwierząt, które zostały wyszczególnione w pkt. 1.1.3.3. Tab. 1.1. PFU.*

Przystępujący w odpowiedzi na pytanie nr 10 w wyjaśnieniach 1 wskazał – *Wykonawca informuje, że przyjęte na potrzeby wyceny Oferty rozwiązania projektowe dla branży mostowej dla obiektów z tabeli 1.1 PFU z pkt. 1.1.3.3 PFU są zgodne z wymaganiami zawartymi w SWZ, w tym z zapisami PFU, odpowiedziami Zamawiającego z etapu przetargu oraz Zmianami do treści SWZ i zostały w ramach odpowiedzi przedstawione w formie tabelarycznej, w załączniku nr 6 – Rozwiązania projektowe dla branży mostowej.* Odpowiedź na pytanie 11 w wyjaśnieniach 1 posiadała następującą treść – *Wykonawca informuje, iż w wycenionych w ramach Oferty obiektach inżynierskich pełniących funkcję przejść dla zwierząt i wyszczególnionych w pkt. 1.1.3.3, tabela 1.1 PFU, uwzględniono parametry przejść dla zwierząt, zgodnie z wymaganiami opisanymi w SWZ, w tym w DŚU sygnatura WOOŚ.420.2.2.2019.ES.90 z dnia 20.08.2021 r. w pkt. V ppkt. 10, zmienionej decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska DOOŚ-WDŚZOO.420.68.2021.BL.13 z dnia 28.11.2022 r. Wykonawca wskazuje również, iż ostateczne parametry przejść dla zwierząt zostaną ustalone w trakcie opracowywania dokumentacji projektowej oraz w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko*. Zdaniem składu orzekającego przystępujący w odpowiedzi na pytanie 10 oświadczył zatem wprost, że zamierza wykonać przedmiot zamówienia w sposób zgodny z założeniami zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji zamówienia, a kluczowe parametry (rozwiązania konstrukcyjno-budowlane, parametry przekroju ruchowego, ilość i rozpiętość przęseł oraz sposób i technologia posadowienia podpór), o które zapytał zamawiający zostały przedstawione w tabeli załączonej do wyjaśnień 1 jako załącznik nr 6.

Ponadto przystępujący w ramach toczącego się postępowania odwoławczego wyjaśnił, że przekazując powyższy załącznik nr 6 do wyjaśnień 1, jego zamiarem było udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 10 do wezwania 1, w zakresie dotyczącym wyłącznie parametrów technicznych obiektów mostowych typu WD, WS, MS (rozwiązania konstrukcyjno-budowlane, parametr przekroju ruchowego, ilości i rozpiętości przęseł oraz sposób i technologię posadowienia podpór). Dalej przystępujący podniósł, że zamawiający kierując do niego pytanie nr 10, wskazał, że oczekuje podania informacji dla kilku parametrów, między innymi parametru dotyczącego ilości i rozpiętości przęseł, które to parametry mogły być podane wyłącznie dla obiektów mostowych, a nie dla przepustów dla małych zwierząt. Przejścia dla małych zwierząt (przepusty) nie posiadają przęseł. Z tego względu przystępujący, w kolumnie *ilość i rozpiętość przęseł* załącznika nr 6 do wyjaśnień 1 – z własnej inicjatywy – wpisał parametr związany z jego funkcją użytkową, czyli parametr przejścia dla zwierząt wymagany w decyzji środowiskowej. Oczywistym dla przystępującego było, że parametr techniczny całkowitej wysokości przepustu, uwzględniający wymagania PFU został uwzględniony w ofercie (jest parametrem wymaganym przez zamawiającego ze względu na funkcje serwisowe) i zostanie zachowany na etapie wykonywania projektu budowlanego w trakcie realizacji zamówienia, co wynikało z treści odpowiedzi na pytanie nr 11 do wezwania 1. Z powyższego w ocenie przystępującego miało więc bezspornie wynikać, że poprawnie podał on parametry, wynikające z decyzji środowiskowej (które zostały wskazane, w tabeli nr 9, będącej integralną częścią decyzji środowiskowej) nakazującej zaprojektować przejścia dla zwierząt w następujących lokalizacjach i o minimalnych parametrach, uwzględniających potrzeby zwierząt.

Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania stanowiska przystępującego. Zestawiając treść wszystkich informacji płynących z wymienionych powyżej fragmentów dokumentacji przetargowej tj. pkt 1.1.3.3 PFU oraz pytań nr 10 i 11 z wezwania 1 jak i odpowiedzi na te pytania z wyjaśnień 1 nie można było jednoznacznie i bez wątpliwości stwierdzić, że przystępujący wskazał w swojej ofercie wysokość 1,5 m jako wysokość przepustów wymienionych w tabeli 1.1. Po pierwsze i najistotniejsze, zamawiający w wezwaniu 1 (w tym w pytaniu nr 10) jak i w wezwaniu 2 nie wymagał od przystępującego podania parametru wysokości przepustów, a dokładniej obiektów oznaczonych w tabeli 1.1. jako PZM i PZMz (pozycje 2, 3, 6, 8 oraz 9 tej tabeli). Pytanie nr 10 z wezwania 1 wskazywało m. in. na podanie rozpiętości przęseł i parametrów przekrojów ruchowych. Przystępujący podał co prawda w tabeli nr 6 załączonej do wyjaśnień 1 w ww. pozycjach w kolumnie ilość
i rozpiętość przęseł informację BxH 3,5x1,5m, jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było kategorycznie uznać, że przystępujący przyjął wysokość przepustu jako wynoszącą 1,5 m. Przystępujący wyjaśniał w trakcie postępowania odwoławczego, że w załączniku nr 6 do wyjaśnień 1 wpisał parametr związany z jego funkcją użytkową, czyli parametr przejścia dla zwierząt wymagany w decyzji środowiskowej. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było wykluczyć, że przystępujący podał ten właśnie parametr tj. parametr przejścia dla zwierząt o świetle pionowym co najmniej 1,5 m określony w decyzji środowiskowej, który był zgodny z SWZ. Warto zwrócić uwagę, że to sam zamawiający dla każdego przejść dla zwierząt z tabeli 1.1 PFU wskazał między innymi parametry do projektowania określone jako „zgodne z DŚU", co mogło sugerować podanie parametrów określonych w decyzji środowiskowej. Tym samym w związku z brakiem pytania w wezwaniu co to wymiaru wysokości przepustu nie można było kategorycznie stwierdzić, że informacja z wyjaśnień 1 odnosiła się do tego parametru. Jak wskazano powyżej odrzucenie oferty następuje jeśli jej niezgodność z warunkami zamówienia nie budzi żadnych wątpliwości. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było w żaden sposób stwierdzić, że doszło do niewątpliwej niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie wymiaru wysokości przejść dla zwierząt, zatem zarzut nie mógł znaleźć potwierdzenia. Po drugie skład orzekający przyjął za zasadne stanowisko przystępującego wskazujące, że pytanie nr 10 dotyczyło wyłącznie obiektów mostowych, natomiast do przejść dla zwierząt odnosiło się pytanie nr 11 z wezwania 1. Treść pytania nr 10 wprost wskazywała na *rozwiązania projektowe dla branży mostowej.* Przy czym użyty
w treści tego pytania zwrot *oddzielnie dla każdego obiektu wyszczególnionego w pkt. 1.1.3.3. Tab. 1.1. PFU,* równie dobrze mógł odnosić się tylko do tych rozwiązań projektowych, które przystępujący uznał za jednoznacznie przynależne dla branży mostowej. Ponadto treść pytania nr 10, należy zestawić z treścią pytania nr 11, które jednoznacznie odnosiło się do przejść dla zwierząt, które zostały wyszczególnione w pkt. 1.1.3.3. tabela 1.1. PFU. Tym samym nie można było odmówić zasadności argumentacji przystępującego, skoro zamawiający w jednym pytaniu pytał się o rozwiązania z branży mostowej, a w drugim
o przejścia dla zwierząt, przez co przystępujący mógł założyć, że konstrukcja obu pytań narzucała rozróżnienie tych dwóch kwestii. Ponadto jak słusznie zauważył przystępujący na rozprawie dokument oznaczony jako WR-M-21-1, do którego referowały dwa dowody złożone przez odwołującego na posiedzeniu, stanowiący katalog typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów już w swoim tytule wymienia osobno obiekty mostowe i przepusty, co potwierdziło, że rozróżnienie tych rodzajów obiektów miało swoje uzasadnienie. W związku z tym Izba uznała, że przystępujący, w odpowiedzi na pytanie nr 11 ramach wyjaśnień 1, udzielił odpowiedzi, z której wynikało, że zamierza on wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z jego warunkami (tj. SWZ, na którą składa się PFU oraz DUŚ). Zamawiający uzyskał więc poprawną odpowiedź, co w okolicznościach przedmiotowej sprawy należało uznać za bezsporne nawet dla odwołującego, który w złożonym odwołaniu w ramach tego zarzutu nie zakwestionował treści odpowiedzi na pytanie nr 11.
Stanowiska odwołującego nie potwierdziły również dwa dowody złożone przez niego
w odniesieniu do tego zarzutu tj. dwa schematy przepustów prefabrykowanych – obiekty suche i mokre – stanowiące część WR-M-21-1 wraz z naniesionymi przez odwołującego wymiarami przepustów, na części rysunkowej schematów. W kontekście powyżej zaprezentowanej argumentacji dowody te okazały się niewystarczające. W związku
z brakiem pytania odnośnie wysokości przepustu czy też przejścia dla zwierząt stwierdzenie, że oznaczenie H w załączniku nr 6 do wyjaśnień 1 należy utożsamiać z wysokością przepustu oznaczoną jako H w dokumencie WR-M-21-1, było zbyt daleko idące.
Tym samym z wyjaśnień przystępującego nie wynikało, że zamierza wykonać przejścia dla zwierząt w sposób niezgodny z SWZ. Z odpowiedzi na pytanie nr 11 z wyjaśnień 1 wynikała okoliczność przeciwna, a dodatkowo przystępujący wyjaśnił, że *ostateczne parametry przejść dla zwierząt zostaną ustalone w trakcie opracowywania dokumentacji projektowej oraz w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko.*
Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt ii.a) *petitum* odwołania.
W odniesieniu do drugiego zarzutu, należało wskazać, że odwołujący zarzucił przystępującemu zaprojektowanie

wzmocnienia podłoża w sposób niezgodny z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu odwołania zostało wymienionych 7 powodów dla jakich, według odwołującego, oferta przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wzmocnienia podłoża. W tym kontekście skład orzekający ustalił, że w pytaniu nr 12 do wezwania 1 zamawiający wymagał od przystępującego określenia technologii wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wycenionych w ofercie. Ponadto zamawiający ramach odpowiedzi poprosił o wskazanie technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego. Przystępujący w odpowiedzi na to pytanie wyjaśnił, że do sporządzenia oferty założył następujące technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg: wymiana gruntów, nasyp przeciążający / konsolidacja, stabilizacja gruntów plastycznych w podłożu, kolumny przemieszczeniowe. Dodatkowo wskazał, że zakresy wzmocnień podłoża opracowane na potrzeby opracowania oferty, zostały zamieszczone w załączniku nr 7 do wyjaśnień 1 – Tabela wzmocnień podłoża.

W dalszej części Izba odniosła się do siedmiu okoliczności podanych przez odwołującego w uzasadnieniu tego zarzutu.

Po pierwsze, odwołujący twierdził, że przystępujący zaniechał udzielenia informacji, o którą pytał zamawiający w odniesieniu do wzmocnienia podłoża gruntowego korpusu pozostałych dróg, ogólnikowo wskazując jedynie w załączniku nr 7 do wyjaśnień 1, że: do oferty cenowej założono, iż powyższe lokalizacje wzmocnień dotyczą także odpowiednio podłoża gruntowego pod korpusem dróg towarzyszących. Zdaniem odwołującego przystępujący nie uwzględnił w ofercie m.in. konieczności wymiany lub wzmocnienia gruntów organicznych na głębokości od 0,5 m do 1,8 m ppt pod drogą DK11 klasy G równoległą do S11 na długości 275 mb. Zgodnie natomiast z odpowiedzią udzieloną przez przystępującego (załącznik nr 7 do wyjaśnień 1) dla przedmiotowego odcinka przyjęto wymianę gruntów. W załączniku nr 7 został podany kilometraż (pikietaż), który zostanie objęty wymianą gruntów. Nie można więc było uznać, jak twierdził odwołujący, że przystępujący nie przewidział wymiany gruntów dla powyższego zakresu. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią dla przedmiotowego odcinka S11 przyjęto wymianę gruntów, łącznie z odcinkami dróg towarzyszących (dopisek pod tabelą w załączniku nr 7 posiadał treść *powyższe lokalizacje wzmocnień dotyczą także odpowiednio podłoża gruntowego pod korpusem dróg towarzyszących*). Ponadto jak zwrócił uwagę przystępujący przedmiotowy zakres – DK11 zlokalizowany jest wzdłuż trasy S11, na odcinku, dla którego przewidziano wymianę gruntów z trasą S11. Tym samym dla przedmiotowego odcinka DK11, z uwagi na jej położenie względem drogi ekspresowej S11 i wchodzenie skosów technologicznych niezbędnych do realizacji wymiany gruntów w trasę drogi DK11, wymiana gruntów została zaplanowana łącznie z wymianą gruntu trasy S11, co zostało opisane w załączniku nr 7 do wyjaśnień 1. W związku z tym Izba uznała, że odpowiedź na pytanie nr 12 w tym zakresie odpowiadała treści wezwania i nie można było z tego fragmentu wyciągnąć wniosku, że w tej części oferta przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia.

Po drugie, zdaniem odwołującego, przystępujący nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej na odcinku od km 36+822 do km 36+900 (co miało wynikać z treści Dokumentacji Geologiczno-Inżynierskiej, dalej nadal jako: „DGI"). W ocenie składu orzekającego odwołujący, na potwierdzenie stawianych przez siebie tez o istnieniu niezgodności oferty z warunkami zamówienia, nie udowodnił, że dla przedmiotowego odcinka inwestycji występują wskazane przez niego warunki gruntowo-wodne. Na potwierdzenie swoich argumentów odwołujący powołał się na załączone do odwołania wycinki z DGI dla przedmiotowego odcinka oraz wycinek z załącznika 2.1. do wyjaśnień 2 dla przedmiotowego odcinka. Argumentacja odwołującego w tej materii sprowadzała się w odwołaniu do gołosłownego stwierdzenia o nieuwzględnieniu przez przystępującego w swojej ofercie konieczności wzmocnienia podłoża pod korpusem na powyżej wskazanym odcinku. Odwołujący dopiero na rozprawie próbował konkretyzować i uszczegóławiać swoje stanowisko w tej kwestii zwracając uwagę, że zgodnie z właściwymi wytycznymi zamawiającego grunty w tym miejscu należy zakwalifikować jako bagna typ II, co nakazuje zastosowanie określonego wzmocnienia podłoża w tym zakresie.

Izba uznała stanowisko odwołującego za niewystarczające i przyjęła argumentację przystępującego, który zwrócił uwagę, że odwołujący pominął fakt, że grunty organiczne znajdują się poniżej ok. 3,5 m warstwy piasku. Warstwy organiczne (poduszka organiczna) zostały pozostawione w podłożu, poniżej warstwy piasku. Tę „poduszkę organiczną" dookoła otaczają piaski, co należało uznać za korzystnie wpływające na proces naturalnej konsolidacji gruntu. Wręcz błędem byłoby naruszać naturalną strukturę gruntów organicznych, zalegających na głębokości 3,5-6,0 m, poniżej 3,5 m warstwy piasku, jak sugerował odwołujący.

Izba stwierdziła, że założenia przyjęte przez odwołującego co do wymiany gruntów, w tej konkretnej sytuacji gruntowo – wodnej nie znalazły swojego potwierdzenia, przez co nie można było jednoznacznie stwierdzić, że przystępujący nieprawidłowo dobrał rozwiązanie projektowe.

Po trzecie, odwołujący założył, że w ofercie przystępującego została przyjęta niewłaściwa metoda, sprzeczna z PFU,

wzmocnienia gruntów organicznych dla odcinka od km 36+900 do km 37+015. Zarzut odwołującego w tym zakresie opierał się na przywołaniu i zastosowaniu norm zawartych w Zarządzeniu nr 8 GDDKiA z dnia 25 lutego 2002 r. W tym zakresie Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania stanowiska przystępującego i uznała, że odwołujący dla przedmiotowego zakresu pominął fakt, że grunty organiczne znajdują się poniżej ok. 2,5 m warstwy piasku, a nie jak sugerował odwołujący, zalegają do głębokości 6,5 m. Warstwy organiczne (poduszka organiczna o miąższości ok. 4,0 m) zalegają, poniżej warstwy piasku. Ponadto, pkt 9.5 przywołanego przez odwołującego Zarządzenia nr 8 GDDKiA z 2002 r. pn. „Metody statycznej konsolidacji podłoża", odnosi się właśnie do możliwości konsolidacji podłoża i metoda ta jest zalecana w przypadku wykonywania budowli ziemnych, między innymi na podłożu organicznym, co umożliwia bezpieczne posadowienie budowli i ograniczenie jej osiadań. Nie znalazł zatem potwierdzenia argument odwołującego wskazujący, że zastosowanie konsolidacji (pkt 30 odwołania) jest metodą sprzeczną
z wymagania PFU. Poza tym, w pkt. 9.5 ww. Zarządzenia opisano metody „wspomagania konsolidacji", które mają, zgodnie z nazwą wspomóc konsolidację, czyli przyśpieszyć odprowadzenie wody wyciskanej z gruntu i ułatwić jej odpływ, dzięki czemu szybciej następuje konsolidacja gruntu i zanik osiadań. Podkreślić należy, że zastosowanie wspomagania konsolidacji, nie jest wymogiem obligatoryjnym przytoczonego Zarządzenia
a jedynie możliwym do zastosowania środkiem wspomagającym i przyspieszającym czas konsolidacji. Tym samym nie można było stwierdzić, że przystępujący nieprawidłowo zastosował technologię wzmocnienia podłoża gruntowego poprzez konsolidację. Ponadto nie można było jednoznacznie stwierdzić, że przystępujący nieprawidłowo zaplanował zastosowanie przeciążenia nasypu z monitoringiem, które ma na celu szybkie dogęszczenie górnej partii podłoża do 2 m od powierzchni, a monitoring ma na celu weryfikację różnicy osiadań korpusu nasypu lub powierzchni wykopu. Przy czym odwołujący nie wykazał, że występowanie wody w podłożu stoi w sprzeczności z Warunkami Kontraktu oraz PFU. Dodatkowo skład orzekający nie doszukał się nieprawidłowości w stanowisku przystępującego wskazującym, że drenaż który zgodnie z PFU, ma zapewnić obniżenie zwierciadła wody gruntowej, ujęty został w części branży drogowej i nie był przedstawiany
w załączniku nr 7, ponieważ nie dotyczył zakresu, o który pytał zamawiający.
Tym samym nie można było kategorycznie stwierdzić, że wyjaśnienie podane przez przystępującego powinno skutkować odrzuceniem jego oferty.
Po czwarte, odwołujący wskazał, że przystępujący nie uwzględnił w złożonej ofercie konieczności wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej na odcinku od km 39+960 do km 40+330. W tym kontekście Izba przyjmując stanowisko przystępującego uznała, że należało zwrócić uwagę na lokalizację punktów badań, na podstawie których opracowano dokumentację geologiczno-inżynierską dla tego zakresu, na co odwołujący nie zwrócił uwagi. Odwołujący nie wskazał także na żadną technologię, a jedynie stwierdził, że przystępujący powinien zastosować wzmocnienie na przedmiotowym odcinku. Przystępujący wykazał przy tym, że punkty badawcze, na podstawie których sporządzono profil geologiczny są zlokalizowane wzdłuż istniejącej trasy, co obrazowały wyciągi z Koncepcji Programowej
i DGI. Co istotne Izba potraktowała jako zbyt daleko idące twierdzenie odwołującego wskazujące, że zamiast rozbiórki należy zastosować wzmocnienie. Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania stanowiska przystępującego wskazującego, że rozbiórki istniejących nawierzchni, dróg, szlaków, tras itd. nie są zaliczane do technologii wzmocnienia, a tym samym nie musiały zostać ujęte w wyjaśnieniach udzielonych zamawiającemu.
W związku z tym również ten fragment argumentacji odwołującego okazał się niewystarczający.
Po piąte, odwołujący zarzucił przystępującemu, że nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności wymiany nasypu niebudowlanego zawierającego śmieci wraz z ich rekultywacją/utylizacją od km 40+640 do km 40+730. Zdaniem składu orzekającego odwołujący niezasadnie założył konieczność wykonania usunięcia odpadów jako technologię wzmocnienia gruntu. Ponadto, jak w powyżej opisanym przypadku, mamy tu do czynienia
z rozbiórką istniejących nawierzchni.
Dodatkowo jak wyjaśnił w piśmie procesowym przystępujący dla wskazanego w pkt 32 odwołania, zakresu nasypu niebudowlanego o średniej miąższości ok. 30 cm, stwierdzono
w składzie głównie piaski drobne i kamienie. Brak było tu wyszczególnienia gruntów wątpliwych, które mogłyby negatywnie wpłynąć na posadowienie nasypu, a więc dla tego zakresu nie można było uznać, że przystępujący przyjął nieprawidłowe dane. Co równie istotne usunięcie z placu budowy odpadów, zlokalizowanych pod rozbieraną nawierzchnią, stanowi odrębne zadanie, które nie może zostać zakwalifikowane jako technologia wzmocnienia podłoża gruntowego, o którą pytał zamawiający. Tym samym skład orzekający nie widział przeszkód w uznaniu stanowiska przystępującego, które wskazywało, że usunięcie odpadów zostało ujęte w innej pozycji ofertowej dotyczącej kompleksowej obsługi usuwania odpadów.
Izba wyszła z założenia, że załącznik nr 7 do wyjaśnień 1 przygotowany przez przystępującego przedstawiał w założeniu tylko technologię wzmocnień podłoża gruntowego i do tego zakresu się odnosił, co wynikało z treści pytania nr 12. W związku z tym można było stwierdzić, że odpowiedź na pytanie nr 12 odpowiadała treści pytania podanej

w wezwaniu 1, a wniosek zmierzający do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia był zdecydowanie zbyt daleko idący.

Po szóste, odwołujący podnosił, że przystępujący nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności wzmocnienia podłoża pod korpusem trasy głównej na odcinku od km 41+590 do km 41+615. Odwołujący twierdził, że na przedmiotowym odcinku w podłożu do głębokości 3,8 m ppt zalegają grunty organiczne i wobec takich warunków gruntowych podłoże wymaga wymiany lub wzmocnienia. Przywołany w załączniku nr 9 do odwołania przez odwołującego wycinek DGI, był przekrojem poprzecznym archiwalnym, co wykazał przystępujący i czego odwołujący nawet nie zakwestionował. Odwołujący pominął także fakt, że w DGI geologiczne przekroje poprzeczne zlokalizowane 50 m za (A484-A484`) i 50 m przed (A482-A482`) wskazanym przekrojem archiwalnym, jak również geologiczny profil podłużny trasy głównej, nie potwierdziły występowania gruntów organicznych. Oznacza to, że przekazana przez zamawiającego, DGI nie potwierdziła występowania gruntów organicznych oraz, że jest niejednoznaczna. Wobec czego, standardową procedurą stosowaną dopiero na etapie przygotowywania dokumentacji projektowej, będzie wykonanie badań konturujących i ewentualne potwierdzenie wystąpienia gruntów organicznych, co zostało przyjęte w ofercie przystępującego, zgodnie z SWZ. Jednakże, nawet analizując archiwalny geologiczny przekrój poprzeczny, należało stwierdzić, że grunty organiczne zalegają poniżej 1,5 m warstwy piasku, a nad tą warstwą znajduje się cienka warstwa gruntu organicznego, która zostanie usunięta wraz z odhumusowaniem terenu do 50 cm. Przy czym nie można traktować odhumusowania jako wzmocnienia gruntu, zatem niewskazanie tej czynności w odpowiedzi na pytanie nr 12 wyjaśnień 1, nie mogło podważyć prawidłowości udzielonej odpowiedzi.

Z uwagi na powyższe Izba nie doszukała się w stanowisku odwołującego potwierdzenia spełnienia tej części zarzutu.

Po siódme, odwołujący stanął na stanowisku, że przystępujący nie uwzględnił w ofercie konieczności wzmocnienia podłoża korpusu trasy głównej na odcinku od km 41+820 do km 41+920 po stronie prawej. W ocenie odwołującego z treści DGI obowiązującej dla zadania wynika, że na tym odcinku zalegają nasypy niebudowlane zawierające m.in. cegłę i żużel i skoro w tym zakresie przystępujący założył w ofercie poprowadzenie niwelety na nasypie to konsekwencją takiego stanu rzeczy jest konieczność wymiany lub wzmocnienia podłoża.

W ocenie składu orzekającego odwołujący, ponownie dokonał z byt daleko idącej interpretacji DGI i dla wskazanego odcinka błędnie założył konieczność ewentualnej utylizacji i wywozu odpadów jako technologię wzmocnienia gruntu (cegła oraz żużel zaliczają się do kategorii opadów w rozumieniu obowiązujących przepisów). Co więcej przedmiotowy fragment dotyczył dojazdu, pod którym występuje nasyp niebudowlany, który powinien być uwzględniony w robotach rozbiórkowych i utylizacji.

Ponadto, czego nie zanegował odwołujący, występowanie cegieł w warstwie podłoża na analizowanym odcinku ma charakter punktowy. Tym samym nie można było zakwestionować stanowiska przystępującego wskazującego, że z uwagi na punktowy charakter występowania cegieł, będą mogły być one usunięte dopiero na etapie realizacji robót, co zostało ujęte w kompleksowej usłudze na utylizację i wywóz odpadów z terenu budowy. Utylizacja i wywóz odpadów nie jest technologią wzmocnienia gruntu, a tym samym brak jej wskazania w odpowiedzi na pytanie nr 12 nie dyskwalifikował wyjaśnień w tym zakresie, ponieważ przystępujący nie był, na kanwie tego pytania, zobowiązany do opisania sposobu postępowania z wyżej wymienionymi odpadami.

Tym samym Izba stwierdziła, że odwołujący również i w powyższym zakresie nie wykazał istnienia niezgodności pomiędzy treścią oferty złożonej przez przystępującego a warunkami zamówienia.

Stanowiska odwołującego nie potwierdziły również złożone przez niego dowody. Odwołujący złożył na posiedzeniu dowód w związku z tym zarzutem w postaci opinii geologicznej dotyczącej warunków gruntowo-wodnych podłoża drogi ekspresowej przedmiotowej inwestycji. Po pierwsze Izba potraktowała przedmiotowy dowód jako opinię prywatną, która stanowiła element stanowiska odwołującego. Po drugie jak słusznie zauważył przystępujący podczas rozprawy opinia ta została sporządzona przez osobę z uprawnieniami dotyczącymi geologii inżynierskiej i hydrologii, a nie przez projektanta, co oznaczało, że autor opinii nie miał uprawnień odnośnie tego, jakie założenia projektowe należy przyjąć w celu wzmocnienia gruntu. Po trzecie z treści opinii nie wynikało czy w jej ramach w ogóle zostały przeanalizowane wyjaśnienia 1 i 2 udzielone przez przystępującego, ani tym bardziej jaki był efekt tej analizy. Tym samym przedmiotowy dowód okazał się niewystarczający dla potwierdzenia oraz uwzględnienia stanowiska odwołującego.

Dowody załączone do odwołania jako załączniki nr 4-10 obejmowały fragmenty dokumentacji przetargowej, a konkretnie DGI, uzupełnione elementami z wyjaśnień przystępującego. Dowody te nie mogły zmienić stanowiska Izby, ponieważ stanowiły niejako punkt wyjścia dla odwołującego, a ponadto argumentacja przystępującego i złożone przez niego dowody potwierdziły, że odwołujący próbował na ich podstawie formułować niepotwierdzone wnioski.

Ponadto do odwołania został załączony dowód w postaci pisma zamawiającego z dnia 6 lutego 2024 r. stanowiącego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej dla postępowania udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego: *Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski– Hrebenne", odcinek nr 4: węzeł*

„Izbica" („Tarzymiechy") bez węzła- węzeł „Zamość Sitaniec" („Sitaniec") wraz z węzłem, w którym to piśmie (strona 8-13 pisma) zamawiający wskazał na przyczyny odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Mirbud/Kobylarnia w powyżej wskazanym postępowaniu. Dowód ten dotyczył *de facto* dwóch pierwszych zarzutów. Przystępujący do swojego pisma procesowego załączył zawiadomienie z dnia 28 lutego 2024 r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia ofert oraz o ponownym badaniu i ocenie ofert
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego: *Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski–Hrebenne", odcinek nr 4: węzeł „Izbica" („Tarzymiechy") bez węzła- węzeł „Zamość Sitaniec" („Sitaniec") wraz*
z węzłem. W treści tego zawiadomienia zamawiający wskazał m. in., że *podjął decyzję*
o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności uznając, iż dokonane uprzednio
w przedmiotowym postępowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia ww. ofert, zostały dokonane z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp w związku
z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie jest usuwalne, a naprawienie przez Zamawiającego podjętych czynności w postępowaniu jest konieczne dla zawarcia ważnej
i niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym przedmiotowy dowód odwołującego został skutecznie podważony przez dowód złożony przez przystępującego. Ponadto dowód przystępującego pośrednio potwierdzał, że zamawiający sam przyznał, że nie było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia
w zakresie objętym dwoma pierwszymi zarzutami.
Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt ii.b) *petitum* odwołania.
W zakresie zarzutu trzeciego odwołujący zarzucił przystępującemu zaprojektowanie konstrukcji nawierzchni na pasach technologicznych niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. W ocenie odwołującego pas technologiczny winien zostać wykonany zgodnie z katalogiem typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych, co oznacza m.in., że przy ich projektowaniu konieczne jest uwzględnienie warstwy odcinającej.
Pytaniem nr 13 z wezwania 1 zamawiający zwrócił się do przystępującego z prośbą
o udzielenie odpowiedzi jaką konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w ofercie. W ramach odpowiedzi zamawiający poprosił o wskazanie układu (opisu warstw) i grubości poszczególnych warstw dla każdej z dróg. W ramach wyjaśnień 1 przystępujący w odpowiedzi na powyższe pytanie wskazał, że *Wykonawca informuje, że do wyceny Oferty przyjęto konstrukcje nawierzchni zgodnie z wymaganiami zawartymi w SWZ, w tym między innymi w PFU oraz Katalogiem Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych*
i Półsztywnych. Konstrukcje nawierzchni trasy głównej oraz pozostałych dróg z podziałem na kategorie ruchu przedstawiono w załączonym zestawieniu tabelarycznym w załączniku nr 8 – Tabela warstw konstrukcyjnych nawierzchni. Technologia wykonania nawierzchni będzie zgodna z wymaganiami odpowiednich WWIORB. Ponadto Wykonawca informuje, że przyjęte konstrukcje nawierzchni na etapie oferty nie są ostateczne i mogą ulec zmianie w momencie opracowywania dokumentacji projektowej.
Z powyższego wynikało, że przystępujący był zobowiązany do wskazania konstrukcji nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg, a także wskazania układu (opisu warstw) i grubości warstw dla każdej z dróg – i tylko w takim zakresie udzielił zamawiającemu odpowiedzi.
W pierwszej kolejności skład orzekający odniósł się do pojęcia *konstrukcji nawierzchni*,
o której parametry zwrócił się zamawiający. Określenie tego co należy rozumieć pod pojęciem konstrukcji nawierzchni na potrzeby rozstrzygnięcia można było znaleźć
w Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych (zwany dalej nadal jako: „KTKNPiP"), który stanowił załącznik nr 11 do odwołania. Jak słusznie wyjaśnił przystępujący, definicja zaprezentowana w tym dokumencie wskazuje, że warstwa odcinająca nie stanowi elementu konstrukcji nawierzchni, o którą pytał zamawiający. Ponadto przystępujący przedstawił wyciąg z KTKNPiP, w którym wskazano, że warstwa odcinająca nie stanowi elementu konstrukcji nawierzchni, przedstawiono możliwe położenie warstwy odcinającej oraz oznaczono zakres referencyjny pytania nr 13 z wyjaśnień 1. Ponadto pojęcie „warstwy odcinającej" zostało zdefiniowane w pkt 4.15 KTKNPiP jako *warstwa separująca dolne warstwy konstrukcji nawierzchni lub warstwę ulepszonego podłoża, o ile wykonane są z materiału ziarnistego, od przenikania do nich drobnych cząstek ze spoistego podłoża gruntowego. Materiałami do wykonania warstwy odcinającej mogą być geotekstylia (geowłókniny i geotkaniny separacyjne) lub w ekonomicznie uzasadnionych przypadkach odpowiednio uziarniony piasek*. Innymi słowy warstwa odcinająca nie jest elementem konstrukcji nawierzchni a więc przystępujący nie był zobowiązany do jej ujęcia
w wykazie warstw konstrukcyjnych, o których mowa w załączniku nr 8 do wyjaśnień 1. Warstwa odcinająca w uzasadnionych przypadkach może wystąpić na gruncie rodzimym (jednakże pod konstrukcją nawierzchni).
Dodatkowo jak wskazał przystępujący analogiczna sprawa była przedmiotem rozważań Izby w stanie faktycznym, w

którym zamawiający (Generalny Dyrektor Dróg Krajowych
i Autostrad) zadał dokładnie takie samo pytanie o konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg. W wyroku z dnia 3 stycznia 2024 r. (sygn. akt KIO 3734/23) Izba stanęła na stanowisku, że *Konstrukcja nawierzchni stanowi odrębną warstwę od podłoża gruntowego, a tym samym wyjaśnienia nie mogły uzasadniać tezy o braku uwzględnienia warstwy separującej, o którą Zamawiający się nie pytał* (przedmiotowy wyrok został zaskarżony do Sądu Zamówień Publicznych, jednakże nie w zakresie dotyczącym warstwy odcinającej).
Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że przystępujący, prawidłowo wskazał
w załączniku nr 8 do wyjaśnień układ warstw konstrukcji nawierzchni, zgodny
z wymaganiami zamawiającego, opisanymi w PFU, w tym zgodny między innymi z tablicą nr 8.4 z KTKNPiP. W ocenie składu orzekającego odwołujący, dopuścił się nadinterpretacji postanowień załącznika nr 8 do wyjaśnień 1, twierdząc, że brak w wykazie konstrukcji nawierzchni warstwy odcinającej (która nie jest warstwą konstrukcyjną), stanowił o tym, że przystępujący nie zamierza jej zastosować. Tymczasem przystępujący potwierdził, że
w uzasadnionych przypadkach, opisanych w KTKNPiP przewidział w złożonej przez siebie ofercie konieczność wykonania warstwy odcinającej. Nie jest to jednak element konstrukcji nawierzchni, o którą pytał zamawiający, dlatego nie miał on obowiązku do jej uwzględnienia w wyjaśnieniach 1.
Wracając do tabeli nr 8 stanowiącej załącznik do wyjaśnień 1 Izba ustaliła, że zawierał on tabelę, która składała się niejako z 7 części opisujących konstrukcje nawierzchni oznaczonych KR1-KR6 oraz konstrukcję nawierzchni PPU – pasy technologiczne, dodatkowe jezdnie jeśli zastosowane jest powierzchniowe utrwalenie (wg PFU). W części konstrukcji nawierzchni oznaczonych jako KR3-KR6 znajdowała się informacja o braku konieczności stosowania warstwy odcinającej, natomiast w pozostałych konstrukcjach nawierzchni jak np. KR1, czy KR2 taka informacja nie została podana. Brak podania takiej informacji w tabeli nie można było potraktować jako jednoznacznej deklaracji przystępującego wskazującej, że nie przewidział on warstwy odcinającej w tych pozycjach. Jak ustalono powyżej warstwa odcinająca nie stanowiła elementu konstrukcji nawierzchni,
o którą pytał zamawiający, dlatego przystępujący nie miał obowiązku jej uwzględnienia
w wyjaśnieniach 1. W związku z tym w okolicznościach przedmiotowej sprawy skład orzekający doszedł do przekonania, że skoro przystępujący w części konstrukcji nawierzchni zdecydował się wskazać informację o braku konieczności stosowania warstwy odcinającej, to brak wzmianki o warstwie odcinającej w innych pozycjach, równie dobrze można było potraktować jako przewidzenie jej zastosowania szczególnie, że przystępujący nie miał obowiązku jej uwzględnienia w wyjaśnieniach.
Dodowem złożonym przez odwołującego w ramach przedmiotowego zarzutu była wyłącznie treść KTKNPiP (załącznik nr 11 do odwołania). Dokument ten nie potwierdził zasadności zarzutu, co więcej z postanowień wynikających z jego treści wynikało, że na akceptację zasługiwała argumentacja przystępującego.
Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt ii.c) *petitum* odwołania.
W ostatniej części uzasadnienia odwołania, oznaczonej pkt 4.4 odwołujący kwestionował treść odpowiedzi udzielonych przez przystępującego na pytania nr 3, 11, 14
i 15 w ramach wyjaśnień 1, a także podanie niewłaściwych parametrów łuków dla niwelety
w ramach wyjaśnień 1 i 2. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby udzielone przez przystępującego odpowiedzi na ww. pytania i kwestie z nimi związane były niezgodne
z treścią dokumentów zamówienia. Ponadto zarzut w tym zakresie – o ile w ogóle można było uznać, że okoliczności podniesione w tej materii przez odwołującego należy potraktować jako zarzut – miał w zasadzie charakter blankietowy. Jak słusznie podniósł przystępujący podczas rozprawy nie wiadomo co dokładnie w tej materii zarzucał odwołujący. Już z powyżej wskazanych powodów nie było możliwości uznania słuszności stanowiska odwołującego, jednakże Izba odniosła się w dalszej części do twierdzeń odwołującego.
Analizując treść pytania nr 11 zawartą w wezwaniu 1 oraz odpowiedź przystępującego, które zostały w całości przytoczone w ramach zarzutu pierwszego Izba uznała, że przystępujący poinformował zamawiającego o tym, że przy przygotowaniu koncepcji realizacji zamówienia uwzględnił parametry i warunki określone przez zamawiającego w treści dokumentów zamówienia, w tym aktualnie obowiązującej decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych. Jednocześnie zasygnalizował, że parametry te, na etapie realizacji inwestycji, mogą ulec zmianie. Odwołujący zdawał się oczekiwać, że na tak postawione pytanie przystępujący powinien przedstawić bardzo szczegółowe dane, które – co należy raz jeszcze podkreślić – na dzień złożenia oferty nie istniały z uwagi na wybraną przez zamawiającego formułę realizacji zamówienia. Względnie, odwołujący oczekiwał od przystępującego, aby ten przepisał do swojej odpowiedzi treść dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia, co było żądaniem *de facto* formalistycznym.
Dalej odwołujący dopatrywał się lakoniczności w odpowiedzi na pytanie nr 14 z wezwania 1. Pytanie zamawiającego brzmiało w sposób następujący: *Z jakiego materiału i o jakiej grubości wyceniono w Ofercie wykonanie górnej warstwy nasypu?* Przystępujący poinformował zamawiającego w odpowiedzi z wyjaśnień 1, że *do wyceny Oferty przyjęto*

wykonanie górnej warstwy nasypu, z materiału zgodnego z opisem w SWZ, w tym zgodnie
z WWiORB D-02.03.01, o grubości minimum 20 cm W ocenie składu orzekającego z treści przytoczonej powyżej odpowiedzi nie można było stwierdzić nic ponadto, że odpowiadała ona treści pytania. Przystępujący wskazał, że w swoich założeniach uwzględnił wymagania postawione przez zamawiającego w treści dokumentów zamówienia. Odwołujący tymczasem zdawał się oczekiwać, aby przystępujący na tym etapie postępowania (które nie jest nawet w fazie projektowej) przedstawił konkretną nazwę lub markę materiału, jego deklaracje właściwości itp., gdyż tylko wtedy (zdaniem odwołującego) zamawiający miałby pewność, że zamówienie zostanie wykonane zgodnie z postanowieniami SWZ. Jak zasadnie argumentował przystępujący proces zatwierdzania materiałów (dla tego typu kontraktów), odbywa się przy udziale Inżyniera Kontraktu po przedłożeniu dokumentów i certyfikacji wymaganych Warunkami Kontraktu – co jest możliwe na etapie realizacji / wykonania umowy. Na dzień otwarcia ofert żaden wykonawca nie jest zobowiązany do zakontraktowania konkretnego materiału i zdobycia dla niego wszystkich wymaganych dokumentów, jest natomiast zobowiązany do uwzględnienia wykonania zamówienia z jego wykorzystaniem. Taka sytuacja miała miejsce w przypadku przystępującego, który potwierdził, że przy składaniu oferty uwzględnił treść WWiORB D-02.03.01 i tym samym potwierdził, że nie odstąpi od wymagań zamawiającego w tym zakresie.
Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 15 do wezwania 1. Zamawiający oczekiwał od przystępującego, aby ten wskazał: *Z jakiego materiału wycenione zostało w Ofercie wykonanie warstwy mrozoochronnej oraz odsączającej? Prosimy o podanie nazwy, właściwości i parametrów materiałów, lokalizacji źródła*. Przystępujący wyjaśnił w tym zakresie, że do *wyceny Oferty przyjęto wykonanie warstwy mrozoochronnej / odsączającej z materiału spełniającego wymagania określone w SWZ,*
w tym między innymi w WWiORB D-04.02.02. Wykonawca planuje zakup materiałów na wykonanie warstw mrozoochronnych / odsaczających, spełniających ww. parametry,
z kopalni Transkom Białdyga Sp. z o.o. oraz kopalni Strzelce Opolskie – Górażdże
i Paruszowice. W ramach udzielonej odpowiedzi przystępujący wskazał parametry materiałów jakie zostaną zastosowane (tj., że będą zgodne z dokumentami zamówienia),
a także wskazał sposób ich pozyskania (lokalizację źródła). Na tym etapie postępowania były to informacje wystarczające do uznania, że złożona przez niego oferta jest zgodna
z warunkami zamówienia.
Odwołujący zakwestionował również odpowiedź przystępującego na pytanie nr 3 z wezwania 1. Zamawiający w ramach tego pytania wniósł o wskazanie *Jakie przyjęto rozwiązanie projektowe (w tym szczególnie geometria w planie, parametry łącznic, parametry ronda, dróg z którymi krzyżuje się trasa S11) w obrębie węzła Kluczbork Południe? W ramach odpowiedzi prosimy o przekazanie planu sytuacyjnego w. Kluczbork Południe*. Przystępujący w wyjaśnieniach 1 udzielił zamawiającemu następującej odpowiedzi na powyżej wskazane pytanie: *Wykonawca informuje, że przyjęte rozwiązania projektowe (w tym geometria*
w planie, parametry łącznic, parametry ronda i dróg, z którymi się krzyżuje trasa S11)
w obrębie węzła Kluczbork Południe, przedstawiono w formie tabelarycznej w załączniku nr 3 – Zestawienie rozwiązań projektowych w obrębie węzła Kluczbork Południe. Wykonawca wskazuje również, że rozwiązania projektowe w obrębie węzła Kluczbork Południe i samego węzła Kluczbork Południe, zostały przyjęte zgodnie z zapisami SWZ, w tym między innymi
z zapisami pkt. 1.1.3.2 PFU [Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz jezdnie dodatkowe], z zapisami WWiORB oraz zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z etapu przetargu
i Zmianami do treści SWZ. Do przygotowania Oferty przyjęto dla Węzła Kluczbork Południe parametry łącznic, ronda, dróg krzyżujących się z trasą S11 w obrębie węzła, zgodne
z opisem SWZ, umożliwiające między innymi przejezdność pojazdu miarodajnego, pojazdu ponadnormatywnego oraz pojazdu miarodajnego wojskowego, w zakresie i o parametrach zgodnym z zapisami pkt. 1.1.3.2 PFU, z uwzględnieniem odpowiedzi Zamawiającego z etapu przetargu i Zmian do treści SWZ. Wykonawca w załączeniu przekazuje także poglądowe materiały – załącznik nr 2 – Szkice planów sytuacyjnych.
Izba uznała, że wbrew twierdzeniom odwołującego, przystępujący odpowiedział na pytanie zamawiającego w sposób adekwatny i wystarczający. W szczególności w ramach załącznika nr 3 przystępujący opisał parametry ronda jednocześnie sygnalizując, że *Do przygotowania Oferty przyjęto dla Węzła Kluczbork Południe parametry łącznic, ronda, dróg krzyżujących się z trasą S11 w obrębie węzła, zgodne z opisem SWZ* Oznaczało to, że w przygotowanej przez siebie ofercie przystępujący uwzględnił wymagania wynikającą z warunków zamówienia (nie zmodyfikował ich w niedozwolony sposób). Argumentacja odwołującego
w tym zakresie sprowadzała się, po raz kolejny zresztą, do oczekiwania, że przystępujący powinien przepisać treść opisu przedmiotu zamówienia do przygotowanej przez siebie odpowiedzi – co było oczekiwaniem niepraktycznym i nadmiarowym.

Odnosząc się do niezgodności parametrów geometrycznych łuków niwelety określonych przez przystępującego skład orzekający ustalił, że przystępujący opisał w załączniku nr 1 do wyjaśnień 1, że podane tam parametry techniczne dla trasy głównej S11, zostały przyjęte na potrzeby sporządzenia oferty cenowej. Następnie zamawiający wezwał przystępującego
o przedstawienie szkicu profilu podłużnego ze wskazaniem lokalizacji obiektów inżynierskich oraz przepustów o funkcji ekologicznej. Dla przedmiotowego szkicu nie wskazano skali pionowej i podłużnej, i służył on jedynie wskazaniu lokalizacji obiektów, o które wnosił zamawiający. Przystępujący zasadnie argumentował, że odwołujący dokonał bezcelowej interpretacji dwóch niepowiązanych ze sobą dokumentów (z uwagi na ich różne funkcje
w ramach poszczególnych wyjaśnień), która miała uprawdopodobnić tezę odwołującego
o niezgodności oferty przystępującego z wymaganiami zamawiającego. Przystępujący przekazał załącznik z wykazem parametrów trasy głównej S11, zgodnych z wymaganiami techniczno-budowlanymi (założenia do przyszłego zaprojektowania profilu i trasy głównej), jakie uwzględniono w ofercie. Odwołujący natomiast twierdził, że dokonał odczytu parametrów geometrycznych przyjętych przez przystępującego, co było oczywistą nadinterpretacją dokumentów złożonych przez przystępującego. Odwołujący oparł się na szkicu, który służył pokazaniu lokalizacji obiektów inżynierskich i przepustów ekologicznych, przez co za zbyt daleko idące należało uznać stwierdzenie, że przyjęte przez przystępującego łuki wypukłe były niezgodne z treścią załącznika nr 1 do wyjaśnień 1. Ponadto przystępujący w treści tego załącznika nie zamieścił wykazu łuków. Odwołujący
w żaden sposób nie wykazał, aby opisane przez niego w odwołaniu wyjaśnienia przystępującego potwierdzały istnienie jakiekolwiek niezgodności z warunkami zamówienia. W odniesieniu do tej okoliczności odwołujący załączył do odwołania dowód w postaci niwelety z naniesionymi promieniami łuków. Dowód ten został sporządzony w oparciu
o szkic, który siłą rzeczy był obarczony błędem skali i służył pokazaniu lokalizacji obiektów inżynierskich i przepustów ekologicznych. Ze szkicu obarczonego błędem nie można było uzyskać prawidłowych wyliczeń, można było co najwyżej sporządzić obliczenia, które również były obarczone błędem. Tym samym przedmiotowy dowód okazał się nieprzydatny na potrzeby rozstrzygnięcia.
Poza tym w ramach zasady rozkładu ciężaru dowodu to na odwołującym ciążył obowiązek wskazania w treści oferty przystępującego postanowienia / parametrów / danych lub tym podobnych, które były jednoznacznie niezgodne z wprost określonymi warunkami zamówienia. W tym zakresie odwołujący ograniczył się tak naprawdę jedynie do stwierdzenia, że nie odpowiadał mu zakres udzielonych wyjaśnień.
Tym samym Izba uznała za nieprzekonującą grupę argumentów podniesionych w pkt 4.4. uzasadnienia odwołania.
Podsumowując Izba w całości oddaliła zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.
W konsekwencji, oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, który w ocenie składu orzekającego miał charakter wynikowy i pomocniczy w stosunku do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz przystępującego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie rachunku złożonego na rozprawie.

Przewodniczący:…….
…….
…….