Sygn. akt KIO 3444/23
Sygn. akt KIO 3448/23

WYROK
z dnia 15 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska
Członkowie: Robert Skrzeszewski
Maksym Smorczewski
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 30 listopada 2023 r. oraz 11 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2023 r. przez:

A. wykonawcę **STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny (KIO 3444/23)**

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIRBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Skierniewicach, KOBYLARNIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Kobylarni, PRYWATNA SPÓŁKA AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ", Ukraina działająca przez PRYWATNA SPÓŁKA AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ" ODDZIAŁ W POLSCE z siedzibą w Skierniewicach (KIO 3448/23)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

przy udziale

1. wykonawcy **KOLIN INŞAAT, TURIZM SANAYI VE TICARET ANONIM ŞIRKETI, Turcja działający przez KOLIN INŞAAT, TURIZM SANAYI VE TICARET SPÓŁKA AKCYJNA ODDZIAŁ W POLSCE**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3444/23 oraz KIO 3448/23 po stronie Zamawiającego
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIRBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Skierniewicach, KOBYLARNIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Kobylarni, PRYWATNA SPÓŁKA AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ" Ukraina działająca przez PRYWATNA SPÓŁKA AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ" ODDZIAŁ W POLSCE z siedzibą w Skierniew** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3444/23 po stronie Odwołującego
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie, GULERMAK AGIR SANAYI INSAAT VE TAAHHUT ANONIM SIRKETI SPÓŁKA AKCYJNA, T działający przez GULERMAK AGIR SANAYI INSAAT VE TAAHHUT ANONIM SIRKETI SPÓŁKA AKC ODDZIAŁ W POLSCE, GÜLERMAK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z sied Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3444/23 po stronie Odwołującego oraz KIO 3448/23 po stronie Zamawiającego
4. wykonawcę **STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3448/23 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3444/23
2. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3448/23
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża: wykonawcę **STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chin** (KIO 3444/23) **oraz** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, KOBYLARNIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Kobylarni, PRYWATNA SPÓŁKA AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ" Ukraina działająca przez PRYWATNA SPÓŁKA AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ" ODDZIAŁ W POLSCE z siedzibą w Skierniewicach (KIO 3448/23) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisów od odwołań przez:

a) wykonawcę **STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny** kwocie 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) w sprawie o sygn. akt KIO 3444/23

b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIRBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzib w Skierniewicach, KOBYLARNIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Kobylarni, PRYWATNA SPÓŁ AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ" Ukraina działająca przez PRYWA SPÓŁKA AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ" ODDZIAŁ W POLSCE z si**

w Skierniewicach w kwocie 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) w sprawie o sygn. akt KIO 3448/23

3.2. zasądza od wykonawcy **STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny** a rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 3444/23

3.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MIRBUD SPÓŁKA AKCYJN z siedzibą w Skierniewicach, KOBYLARNIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Kobylarni, PRYWATN SPÓŁKA AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ" Ukraina działająca p PRYWATNA SPÓŁKA AKCYJNA "ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ" ODDZIAŁ W PC z siedzibą w Skierniewicach** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt KIO 3448/23.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 3444/23
Sygn. akt KIO 3448/23

UZASADNIENIE:

Zamawiający - Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km", nr referencyjny: O.RZ.D-3.2410.8.2022.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejw dniu 23 grudnia 2022 r. pod numerem: 2022/S 248-722672.

KIO 3444/23

W postępowaniu tym wykonawca STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chiny (dalej „Odwołujący") w dniu 17 listopada 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, tj.:

1) badaniu i ocenie ofert;
2) wyborze oferty najkorzystniejszej;
3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Kolin Inşaat, Turizm Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi (dalej: „Kolin") względnie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kolin, który to wykonawca złożył ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego w zakresie:
   a) wzmocnień podłoża
   b) zabezpieczenia osuwiska OS-20

Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również naruszenie:

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Kolin do złożenia wyjaśnień dotyczących wzmocnień podłoża i zabezpieczenia osuwiska OS-20 w sytuacji, gdy ze złożonych wyjaśnień wynika, że w miejscach wskazanych w uzasadnieniu odwołania Kolin nie przewidział wzmocnienia podłoża oraz zabezpieczenia osuwiska OS-20 pomimo, że obowiązek taki wynikał z wymagań Zamawiającego oraz w zakresie wskazanym w pyt. nr 2 z wezwania Zamawiającego z dnia 20.10.2023r. tj. braku wyjaśnień co do obszaru i zakresu zabezpieczeń przed ruchami masowymi w pikietażach 43+150-43+250 i 44+500-44+800.

Odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Kolin względnie
- nakazanie Zamawiającemu wezwania do wyjaśnień Kolin w zakresie wątpliwości dot. wzmocnienia podłoża oraz zabezpieczenia osuwiska OS-20.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:
Odwołujący wskazał, że w pkt 3.3 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (dalej: „PFU"), wskazano dokumenty wiążące wykonawców, wśród których wymienione zostały m.in. *„(…)*
21. Dokumentacja geologiczno – inżynierska – załącznik nr 21;
22. Dokumentacja hydrologiczna – załącznik nr 22;
23. Dokumentacja badań podłoża gruntowego – załącznik nr 23 (…)
30. Raporty z monitoringu osuwisk geotechnicznego obszarów osuwiskowych. Raport końcowy – załącznik nr 30; (…)"
W załączniku nr 23 do PFU tj. część opisowa Dokumentacji Badań Podłoża Gruntowego (dalej: „DBPG"), na stronie 18 jest zawarta informacja o lokalizacji tunelu, który ma początek w km 42+150 i koniec w km 43+140:
Zamawiający, pismem z dnia 19.07.2023r., znak O.RZ.D-3.2410.8.2022 zwrócił się do Kolin z prośbą o wyjaśnienie czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno – Użytkowym.
Kolin pismem z dnia 31-07-2023 w odpowiedzi na pytanie nr 4 podał długość tunelu wskazując: długość nawy lewej: 802 m, długość nawy prawej: 780 m.
Pismem z dnia 20.10.2023r., Zamawiający wezwał Kolin do złożenia wyjaśnień, zadając następujące pytania:
1. „Na których odcinkach, w jakiej technologii i do jakiej głębokości Wykonawca zaplanował wzmocnienia podłoża? Proszę podać pikietaż, technologię, zakładaną głębokość i zakres. Należy podać dla drogi głównej i wszystkich innych dróg przewidzianych do realizacji oraz dla wszystkich elementów inwestycji, w przypadku których istnieje konieczność wzmocnienia podłoża (w tym obszar węzłów, podłoże zbiorników, etc.)."
oraz
2. Na których odcinkach i w jakiej technologii Wykonawca zaplanował rozwiązania związane z zabezpieczeniem przed ruchami masowymi? Proszę podać pikietaż, obszar, technologię, zakładaną głębokość i zakres. Należy podać dla każdego osuwiska.
W odpowiedzi na pyt. nr 1, Kolin pismem z dnia 26.10.2023r., wskazał:
„Plan wzmocnienia podłoża w oparciu o który Wykonawca przygotował ofertę opracowano na podstawie SWZ i wiążących materiałów udostępnionych przez Zamawiającego. W zakresie wzmocnień podłoża do sporządzenia oferty przyjęto następujące założenia (dla czytelności przedstawiono je w formie stabelaryzowanej):

Pikietaż	Obiekt	Typ	Technologia	Głębokość
38+546 ÷ 38+630	TG	Powierzchniowe	Stabilizacja podłoża	0,3
38+630 ÷ 38+650	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	6,0
38+664 ÷ 38+684	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	6,5
38+684 ÷ 39+070	TG	Wgłębne	Konsolidacja wspomagana drenami pionowymi VD	5,5
39+070 ÷ 39+240	TG	Powierzchniowe	Materac geosyntetyczny	0,5
39+240 ÷ 39+590	TG	Wgłębne	Konsolidacja wspomagana drenami pionowymi VD	5,5
39+590 ÷ 39+620	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	4,0
39+677 ÷ 39+707	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	3,5
39+707 ÷ 39+756	TG	Wgłębne	Konsolidacja wspomagana drenami pionowymi VD	3,0
39+756 ÷ 39+834	TG	Powierzchniowe	Stabilizacja podłoża	0,3
40+520 ÷ 40+572	TG	Powierzchniowe	Stabilizacja podłoża	0,3
40+572 ÷ 40+598	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	6,0
40+776 ÷ 40+810	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	5,5
40+967 ÷ 41+248	TG	Powierzchniowe	Stabilizacja podłoża	0,3
41+248 ÷ 41+278	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	10

41+293 ÷ 41+323	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	9,5
41+323 ÷ 41+494	TG	Wgłębne	Konsolidacja wspomagana drenami pionowymi VD	6,0
41+494 ÷ 41+533	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	7,5
41+608 ÷ 41+664	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	4,0
41+664 ÷ 42+218	TG	Powierzchniowe	Stabilizacja podłoża	0,3
43+230 ÷ 43+320	TG	Powierzchniowe	Materac geosyntetyczny	0,5
43+320 ÷ 43+340	TG	Powierzchniowe	Wymiana gruntu	1,5
43+353 ÷ 43+373	TG	Powierzchniowe	Wymiana gruntu	1,5
43+373 ÷ 43+385	TG	Powierzchniowe	Materac geosyntetyczny	0,5
43+550 ÷ 43+709	TG	Powierzchniowe	Materac geosyntetyczny	0,5
43+709 ÷ 43+995	TG	Wgłębne	Konsolidacja wspomagana drenami pionowymi VD	5,0
43+995 ÷ 44+025	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	4,5
44+042 ÷ 44+079	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	4,0
44+079 ÷ 44+206	TG	Wgłębne	Konsolidacja wspomagana drenami pionowymi VD	5,0
44+206 ÷ 44+236	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	3,5
44+471 ÷ 44+515	TG	Wgłębne	Wgłębne mieszanie gruntu w technologii CDMM	7,5
44+515 ÷ 44+634	TG	Wgłębne	Konsolidacja wspomagana drenami pionowymi VD	4,0
0+050 ÷ 1+050	Węzeł „Domaradz" DW886	Wgłębne	Konsolidacja wspomagana drenami pionowymi VD	6,0
	Węzeł „Domaradz" Łącznice	Wgłębne	Konsolidacja wspomagana drenami pionowymi VD	6,0
	Węzeł „Domaradz" OUD	Powierzchniowe	Stabilizacja podłoża	0,3

Na odcinkach dróg, poza opisaną Trasą Główną i rejonem węzła ,,Domaradz" na których nie opisano proponowanych rozwiązań dotyczących wzmocnienia podłoża gruntowego (np. drogi poprzeczne, dodatkowe jezdnie), gdzie w podłożu występują grunty organiczne, grunty spoiste o konsystencji miękkoplastycznej/plastycznej, bądź grunty piaszczyste w stanie luźnym, Wykonawca przewiduje wzmacnianie podłoża gruntowego przy użyciu następujących metod (w zależności od warunków geotechnicznych):

- wymiana gruntów słabonośnych,

- konsolidacja podłoża gruntowego wraz z prowadzeniem monitoringu osiadania,

- technologiczne ulepszenie podłoża wg. dowolnej metody (np. ulepszenie spoiwem drogowym, doziarnienie, dogęszczenie) umożliwiającej uzyskanie na podłożu wymaganych parametrów odbiorowych,

- stosowanie wzmocnienia przy pomocy materaca/półmateraca geosyntetycznego.

Szczegółowe rozwiązania w tym zakresie zostaną ustalone na etapie prac projektowych, po uzyskaniu wyników uzupełniających badań geotechnicznych.

Ponadto, w tym samym wezwaniu

W odpowiedzi na pyt. nr 2 Kolin wskazał: *Plan zabezpieczenia osuwisk w oparciu o który Wykonawca przygotował ofertę opracowano na podstawie SWZ i wiążących materiałów udostępnionych przez Zamawiającego. W zakresie zabezpieczeń osuwisk do sporządzenia oferty przyjęto następujące założenia (dla czytelności przedstawiono je w formie stabelaryzowanej):*

				Obszar/Zakres
ok. 39+925 ÷ 40+050	TG	OS-18	Konstrukcja: palisada z pali wierconych ϕ1000 kotwiona kotwami ϕ240 o nośności 900kN stanowiąca główny poziom zabezpieczenia uzupełniona palisadą podpierającą z pali wierconych ϕ500. Odwodnienie: dreny wiercone oraz system drenaży liniowych	Długość pali – 25m. Długość palisady ϕ1000 – 70m; palisady ϕ500 – 90m

ok. 40+250 ÷ 40+380	TG	OS-18	Konstrukcja: palisada z pali wierconych ϕ1000 kotwiona kotwami ϕ240 o nośności 900kN stanowiąca główny poziom zabezpieczenia uzupełniona palisadą podpierającą z pali wierconych ϕ500. Odwodnienie: dreny wiercone oraz system drenaży liniowych	Długość pali – 25m. Długość palisady ϕ1000 – 135m; palisady ϕ500 – 100m
ok. 42+225	TG	OS-19	Konstrukcja: palisada z pali wierconych ϕ1200 mm zwieńczona oczepem żelbetowym – w obrębie portalu tworząca ruszt stanowiący pierwszy poziom zabezpieczenia. Odwodnienie: dreny wiercone oraz drenaż powierzchniowy.	Długość pali – 30m; Założona łączna długość pali przekracza 10,5km
	JD nad portalem tunelu	OS-19	Konstrukcja: palisada z pali wierconych ϕ1000 mm kotwiona kotwami ϕ240 mm stanowiąca drugi poziom zabezpieczenia osuwiska. Jako uzupełnienie rozwiązania przewidziano wzmocnienie wgłębne pod JD w technologii CDMM. Odwodnienie: dreny wiercone oraz drenaż powierzchniowy.	Długość pali – 20m; Założona łączna długość pali wynosi 1,8km. Założona łączna długość kotew wynosi 1,3km
ok. 43+150 ÷ 43+250	TG	OS-20	Redukcja oddziaływania związana z całkowitym usunięciem mas koluwium związana z prowadzeniem niwelety w głębokim wykopie	
ok. 43+400 ÷ 40+585	TG	OS-20	Ruszt żelbetowy kotwiony kotwami ϕ240 mm. Odwodnienie: dreny wiercone oraz system drenaży liniowych.	Długość rusztu 185m
44+500 ÷ 44+800	TG	OSp-21	Redukcja oddziaływania poprzez poprowadzenie drogi i jej niwelety tak, by stanowiła przyporę dla terenu predysponowanego	

ARGUMENTACJA DOT. ZARZUTÓW

Ad. zarzutu nr 1a

Mając na uwadze wiążące wymagania Zamawiającego oraz wyjaśnienia składane przez Kolin, należy stwierdzić, że Kolin przyjął w swojej ofercie, że początek Tunelu T3 będzie w km 42+225, ponieważ w tym kilometrze będzie wykonane zabezpieczenie osuwiska nad portalem tunelu. Tym samym, biorąc pod uwagę długości podane przez Kolin w wyjaśnieniach z dnia 31.07.2023r., należy przyjąć, że nitka lewa skończy się w kilometrze 42+937, natomiast nitka prawa w kilometrze 42+927.

Uwzględniając wyjaśnienia Kolin z dnia 26.10.2023r., należy stwierdzić, że Kolin nie przewidział wzmocnienia podłoża w miejscach, gdzie wymóg taki wynika z wiążącej dokumentacji.

Z tabeli zamieszczonej w przywołanych wyjaśnieniach wynika bowiem, że Kolin nie przewidział wzmocnień podłoża:

- około km 43+000 - km 43+250,
- około km 43+400 – km 43+585

Odcinek od km 43+000 -km 43+250. Jest to odcinek, na którym po skróceniu tunelu trzeba wykonać nawierzchnię drogową oraz towarzyszącą mu przed wjazdem do tunelu infrastrukturę.

Podłoże na tym odcinku oceniono na podstawie odwiertów nr 17/T3 w km 43+000, 18/T3 w km 43+120, 19/T3 w km 43+130, 20/T3 w km 20/T3 w km 43+120, 21/T3 w km 43+140, 22/T3 w km 43+190, 23/T3 w km 43+190 – dokumenty te stanowią załączniki do DGI.

Poziom prowadzenia drogi na tym fragmencie (niweleta) przebiega w warstwie geotechnicznej IXB2. Według Dokumentacji geologiczno – inżynierskiej (dalej: „DGI), strona 150 opisu, warstwa ta została opisana w następujący sposób:

Warstwa geologiczno - inżynierska IXb2

Do warstwy tej zaliczono górno kredowe utwory skalne, wykształcone w postaci łupków ilastych, łupków piaszczystych, łupków ilastych o charakterystycznej czerwonej barwie oraz łupków z przewarstwieniami warstw piaskowcowych. Utwory skalne tej warstwy zaliczono do III strefy zwietrzenia, określanej jako skała umiarkowanie zwietrzała, charakteryzująca się stopniem zwietrzenia Rw = 10-35%, oraz współczynnikiem redukcji wytrzymałości WRW = 0,05-0,25. Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z badań laboratoryjnych. Wyznaczono wilgotność naturalną (wn), gęstość objętościową (ρ), wartości kąta tarcia wewnętrznego (φ) i spojności (c) wyznaczone w warunkach bez odpływu oraz wytrzymałość na jednoosiowe ściskanie (Rc). Wytrzymałość mechaniczna na jednoosiowe ściskanie, w zależności od stopnia zwietrzenia i spękania tych skał, wynosi od 0,48 do 4,88 MPa.

Warstwa opisana jest jako warstwa zwietrzała a parametr opisujący jej stan (wytrzymałość na ściskanie) wskazuje na dość słaby charakter skały. W badaniach zamieszczonych na stronie 302 DGI podano zestawienie otrzymanych wyników otrzymanych dla tej skały:

Z przedstawionego zestawienia wynika wyraźnie, że większość otrzymanych wartości mieści się w dolnej granicy przedziału podanego w opisie(0,48 – 4,88 MPa).

Według oceny szczegółowej przebiegu drogi, podanej na stronie 168 DGI rozpatrywany odcinek ma skomplikowane warunki gruntowe, wysoki i dość zmienny poziom wód gruntowych oraz złe warunki geologiczno-inżynierskie. Zestawienie to wskazuje na oraz konieczność wykonania wzmocnienia podłoża ze względu na jego niewystarczającą nośność:

Podsumowując, z wiążącej dokumentacji w zakresie badań podłoża wynika, że w kilometrażu 43+400 do 43+585 wymagane jest wzmocnienia podłoża wykraczające poza standardowe rozwiązanie, natomiast – co istotne – z wyjaśnień Kolin wynika, że na tym odcinku podmiot ten w ogóle nie przewidział wzmocnienia..

Odcinek od km 43+400 -km 43+585. Jest to odcinek, na którym droga biegnie w wykopie w podłożu o dość skomplikowanej budowie.

Podłoże na tym odcinku oceniono na podstawie odwiertów nr 569 w km 43+440, 570 w km 43+430, 571 w km 43+520, 572 w km 43+520, 573 w km 43+580, 574 w km 43+580, 575 w km 43+560 zawartych w DGI.

Poziom prowadzenia drogi na tym fragmencie (niweleta) przebiega w warstwie geotechnicznej złożonych głownie ze skał o rożnym właściwościach fizycznych i mechanicznych. Według DGI, strona 150 opisu, warstwy ta zostały opisana a następujący sposób:

Warstwa geologiczno - inżynierska IXa 1.1

Do warstwy tej zaliczono wilgotne, zwietrzelinowe grunty spoiste, litologicznie wykształcone w postaci twardoplastycznych glin pylastych zwięzłych, glin pylastych, glin pylastych zwięzłych przewarstwionych iłem z domieszką okruchów skalnych oraz słabo zdiagenezowanych łupków ilastych. Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z badań laboratoryjnych, sondowań CPT oraz z zależności korelacyjnych. Wyznaczono: stopień plastyczności (IL), wilgotność naturalną (wn), gęstość objętościową (ρ), wartości kąta tarcia wewnętrznego (φ) i spójności (c) wyznaczone w warunkach bez odpływu i z odpływem, moduły pseudosprężystości (E), moduł ściśliwości pierwotnej (M CPT) i wytrzymałość na ścinanie (suCPT) z interpretacji sondowań statycznych. Jako uogólnioną wartość stopnia plastyczności przyjęto: IL=0,10.

Warstwa geologiczno - inżynierska IXa 1.2

Do warstwy tej zaliczono wilgotne i mało wilgotne, zwietrzelinowe grunty spoiste, litologicznie wykształcone w postaci półzwartych i zwartych glin pylastych zwięzłych, glin pylastych z domieszką okruchów skalnych oraz słabo zdiagenezowanych łupków ilastych. Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z badań laboratoryjnych, sondowań CPT oraz z zależności korelacyjnych. Wyznaczono: stopień plastyczności (IL), wilgotność naturalną (wn), gęstość objętościową (ρ), wartości kąta tarcia wewnętrznego (φ) i spójności (c) wyznaczone w warunkach bez odpływu, moduł ściśliwości pierwotnej (MCPT) i wytrzymałość na ścinanie (suCPT) z interpretacji sondowań statycznych. Jako uogólnioną wartość stopnia plastyczności przyjęto: IL =0,00.

Warstwa geologiczno - inżynierska IXa 2.1

Do warstwy tej zaliczono wilgotne, zwietrzelinowe grunty niespoiste, litologicznie wykształcone w postaci średniozagęszczonych piasków średnich, piasków grubych z okruchami skalnymi piaskowca. Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z sondowań statycznych oraz na podstawie zależności korelacyjnych. Wyznaczono stopień zagęszczenia (ID), moduł ściśliwości pierwotnej (M CPT) oraz kąt tarcia wewnętrznego (φCPT) z interpretacji sondowań statycznych. Pozostałe parametry (wilgotność naturalna - wn , gęstość objętościowa - ρ, moduł odkształcenia pierwotnego - Eo) wyznaczono z zależności korelacyjnych. Jako uogólnioną wartość stopnia zagęszczenia przyjęto: I D=0,40.

Warstwa geologiczno - inżynierska IXa 2.2

Do warstwy tej zaliczono mało wilgotne, zwietrzelinowe grunty niespoiste, litologicznie wykształcone w postaci średniozagęszczonych i zagęszczonych piasków średnich, piasków grubych, żwirów, miejscami przewarstwione skałą miękką piaskowca. Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z sondowań statycznych oraz na podstawie zależności korelacyjnych. Wyznaczono stopień zagęszczenia (ID), moduł ściśliwości pierwotnej (M CPT) oraz kąt tarcia wewnętrznego (φCPT) z interpretacji sondowań statycznych. Pozostałe parametry (wilgotność naturalna - wn , gęstość objętościowa - ρ, moduł odkształcenia pierwotnego - Eo) wyznaczono z zależności korelacyjnych. Jako uogólnioną wartość stopnia zagęszczenia przyjęto: I D=0,67.

Warstwa geologiczno - inżynierska IXb 1

Do warstwy tej zaliczono górno kredowe utwory skalne, wykształcone w postaci łupków ilastych, łupków piaszczystych, łupków ilastych o charakterystycznej czerwonej barwie oraz łupków z przewarstwieniami warstw piaskowcowych. Utwory

skalne tej warstwy zaliczono do IV strefy zwietrzenia, określanej jako skała silnie zwietrzała, charakteryzująca się stopniem zwietrzenia R w = 35-75%, oraz współczynnikiem redukcji wytrzymałości WRW = 0,01-0,05.
Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z badań laboratoryjnych. Wyznaczono wilgotność naturalną (wn), gęstość objętościową (ρ), wartości kąta tarcia wewnętrznego (φ) i spójności (c) wyznaczone w warunkach bez odpływu, ciśnienie pęcznienia (P c) i pęcznienie swobodne (Fs) oraz wytrzymałość na jednoosiowe ściskanie (Rc). Wytrzymałość mechaniczna na jednoosiowe ściskanie, w zależności od stopnia zwietrzenia i spękania tych skał, wynosi od 0,13 do 0,48 MPa.
Warstwa geologiczno - inżynierska IXb 2
Do warstwy tej zaliczono górno kredowe utwory skalne, wykształcone w postaci łupków ilastych, łupków piaszczystych, łupków ilastych o charakterystycznej czerwonej barwie oraz łupków z przewarstwieniami warstw piaskowcowych. Utwory skalne tej warstwy zaliczono do III strefy zwietrzenia, określanej jako skała umiarkowanie zwietrzała, charakteryzująca się stopniem zwietrzenia Rw = 10-35%, oraz współczynnikiem redukcji wytrzymałości WRW = 0,05-0,25. Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z badań laboratoryjnych. Wyznaczono wilgotność naturalną (wn), gęstość objętościową (ρ), wartości kąta tarcia wewnętrznego (φ) i spójności (c) wyznaczone w warunkach bez odpływu oraz wytrzymałość na jednoosiowe ściskanie (Rc). Wytrzymałość mechaniczna na jednoosiowe ściskanie (…)
Warstwa geologiczno - inżynierska IXd 1
Do warstwy tej zaliczono górno kredowe utwory skalne, wykształcone w postaci miękkich piaskowców, mułowców, miejscami piaskowców gruboziarnistych, podrzędnie z przewarstwieniami łupków ilastych. Utwory skalne tej warstwy zaliczono do III strefy zwietrzenia, określanej skały umiarkowanie zwietrzałej, charakteryzująca się stopniem zwietrzenia R w = 10-35%, oraz współczynnikiem redukcji wytrzymałości WRW = 0,05-0,25. Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z badań laboratoryjnych. Wyznaczono wilgotność naturalną (wn), gęstość objętościową (ρ), wartości kąta tarcia wewnętrznego (φ) i spójności (c) wyznaczone w warunkach bez odpływu oraz wytrzymałość na jednoosiowe ściskanie (Rc). Wytrzymałość mechaniczna na jednoosiowe ściskanie w zależności od stopnia zwietrzenia i spękania tych skał, wynosi od 1,27 do 3,87 MPa.
Warstwa geologiczno - inżynierska IXd 2
Do warstwy tej zaliczono górno kredowe utwory skalne, wykształcone w postaci twardych i miękkich piaskowców, mułowców podrzędnie z przewarstwieniami łupków ilastych. Utwory skalne tej warstwy zaliczono do III strefy zwietrzenia, określanej jako skała umiarkowanie zwietrzała, charakteryzująca się stopniem zwietrzenia R w = 10-35%, oraz współczynnikiem redukcji wytrzymałości WRW = 0,05-0,25. Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z badań laboratoryjnych. Wyznaczono wilgotność naturalną (wn), gęstość objętościową (ρ), wartości kąta tarcia wewnętrznego (φ) i spójności (c) wyznaczone w warunkach bez odpływu oraz wytrzymałość na jednoosiowe ściskanie (R c). Wytrzymałość mechaniczna na jednoosiowe ściskanie, w zależności od stopnia zwietrzenia i spękania tych skał, wynosi od 4,88 do 9,16 MPa.
Warstwa geologiczno - inżynierska IXd 3
Do warstwy tej zaliczono górno kredowe utwory skalne, wykształcone w postaci twardych piaskowców, podrzędnie z przewarstwieniami łupków ilastych. Utwory skalne tej warstwy zaliczono do II – III strefy zwietrzenia, określanej jako skała słabo zwietrzała do skały umiarkowanie zwietrzałej, charakteryzująca się stopniem zwietrzenia R w = 5-20%, oraz współczynnikiem redukcji wytrzymałości WRW = 0,15-0,25. Parametry dla tej warstwy wyznaczono bezpośrednio z badań laboratoryjnych.
Wyznaczono wilgotność naturalną (wn), gęstość objętościową (ρ), wartości kąta tarcia wewnętrznego (φ) i spójności (c) wyznaczone w warunkach bez odpływu oraz wytrzymałość na jednoosiowe ściskanie (R c). Wytrzymałość mechaniczna na jednoosiowe ściskanie, w zależności od stopnia zwietrzenia i spękania tych skał, wynosi od 17,62 do 28,90 MPa
Przekrój podłużny (Załącznik do DGI – rys. 5/5 załącznik 2.2.1.A) pokazuje, że wymienione skały wsypują na przemiennie i trudno jednoznacznie wytypować dłuższy odcinek o jednorodnym podłożu.
Według oceny szczegółowej przebiegu drogi, podanej na stronie 168/169 DGI rozpatrywany odcinek ma złożone/skomplikowane warunki gruntowe, wysoki i dość zmienny poziom wód gruntowych (warunki wodne złe) oraz dostateczne warunki geologiczno-inżynierskie.
Zestawienie to wskazuje na konieczność wykonania wzmocnienia podłoża ze względu na jego niewystarczającą nośność:
W swoich wyjaśnieniach, Kolin wskazał, że na tym odcinku drogi w ogóle nie będzie wzmocnienia podłoża. Tym samym, oferta w tym zakresie jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.
Ad. zarzutu nr 1b
Z DGBP wynika że osuwisko OS-20 zlokalizowane jest w od km 43+150 do km 44+100 (tab. 8 strona 37 DBPG) co daje 0,950 km. Z wyjaśnień Kolin z dnia 26.10.2023r. wynika, że wykonawca uwzględnił w swojej ofercie zabezpieczenie osuwiska tylko częściowo w/w sekcjach na łącznej długości 0,285 km, gdyż wskazał w wyjaśnieniach następujący

pikietaż ok. 42+225, 43+150-43+250 oraz 43+400-40+585.
Jak wskazano już powyżej, Kolin skrócił długość tunelu i jego koniec znajduje się w kilometrze ok. 43+000.
Zgodnie mapą dokumentacyjną (załącznik Nr 5.2.0 do DGI) oraz kartą dokumentacyjną otworu 17/T3 w km 43+000 (załącznik 5.2.2 do DGI) nad portalem mamy do czynienia z osuwiskiem na co wskazują pokazane na karcie otworu powierzchnie poślizgu.
Ze wskazanych w pkt 28 dokumentów jednoznacznie wynika, że w lokalizacji 43+000 km – czyli na końcu tunelu wg. KOLIN występuje osuwisko – rodzaj gruntu oraz pokazana powierzchnia poślizgu.
Ponadto DBPG (jak i DGI) wskazuje w Tab. Nr 23 na str. 134, że w tym rejonie (km 42+620- 43+045) występują stoki grzbietów z formami osuwiskowymi. Potwierdza to również Tabela 47 na str. 272 gdzie powołują się na kartę otworu badawczego 17/T3, która stwierdza osuwisko i głębokość powierzchni poślizgu nad stropem tunelu.
W wyniku optymalizacji długości tunelu zmieniła się lokalizacji portali południowych – ich lokalizacja została przesunięta w kierunku północnym. Zmiany tej nie przewidywała dokumentacja Zamawiającego pod kątem osuwisk i wpływu tej zmiany na nie. Osuwiska nawet nieaktywne w wyniku zmiany mogą się uaktywnić. Wykonawca Kolin, w odpowiedziach na pytania w zakresie osuwisk nie uwzględnił zabezpieczenia tego obszaru ww. zakresie.
Dodatkowo w DGI na załączniku nr 5.2.1.2 pokazany jest przekrój geologiczno-inżynierski w km 43+190.
Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 31-07-2023, KOLIN planuje zmianę niwelety w poniższych pikietażach:
Biorąc pod uwagę fakt, że przekrój wskazany w pkt 32 powyżej, jest wykonany w km 43+190 oraz fakt że Kolin od km 43+200 nie planował zmiany niwelety względem Koncepcji Programowej należy stwierdzić że Droga S19 będzie prowadzona w wykopie w gruntach które zgodnie z dokumentacją DBPG i DGI wymagają wykonania zabezpieczenia powstałych osuwisk po wykonaniu wykopów pod korpus drogi oraz wykonania wzmocnienia podłoża.

Ad. zarzutu 2

Odwołujący wskazał również, że pismem z dnia 20.10.2023r., Zamawiający wezwał Kolin do wyjaśnienia:*„2. Na których odcinkach i w jakiej technologii Wykonawca zaplanował rozwiązania związane z zabezpieczeniem przed ruchami masowymi? Proszę podać pikietaż, obszar, technologię, zakładaną głębokość i zakres. Należy podać dla każdego osuwiska.”*
W odpowiedzi na powyższe, Kolin dla pikietaży 43+150-43+250 oraz 44+500-44+800 nie podał ani obszaru, ani zakresu, których to informacji żądał Zamawiający.
Zdaniem Odwołującego, brak odpowiedzi na zadane pytania, nie rozwiał wątpliwości Zamawiającego, a jedynie mógł je pogłębić. Z uwagi na fakt, że procedura wyjaśniania treści oferty nie jest ograniczona do jednorazowego wezwania, Zamawiający winien ponowić żądanie złożenia wyjaśnień w tym zakresie.
Odwołujący wskazał również, że w razie nieuwzględnienia zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty Kolin, Zamawiający winien co najmniej wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w odwołaniu tj. wzmocnień podłoża i zabezpieczenia osuwisk.

W złożonej pismem z 28 listopada 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu i wniósł o ich oddalenie w całości.

<u>W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:</u>

Zamawiający w toku postępowania przetargowego podjął decyzję o wystosowaniu wezwania do wykonawcy KOLIN o udzielenie uzupełniających wyjaśnień, w zakresie jak w treści wezwania.

Zamawiający podkreślił, że zadając pytania w przedmiotowym trybie, oczekiwał wyłącznie potwierdzenia ze strony wykonawcy Kolin przyjęcia do oferty zakresu robót wymienionego w wiążących dokumentach przetargowych i jednoznacznie określonych w Tabeli nr 32 Dokumentacji Geologiczno Inżynierskiej (dalej: DGI). Szczegółowy oraz docelowy zakres przedmiotowych wzmocnień podłoża oraz zabezpieczeń osuwisk będzie bowiem możliwy do ustalenia dopiero na podstawie rozwiązań projektowych przedstawionych przez przyszłego Wykonawcę Robót - wstępnie na etapie sporządzania projektu budowlanego, a finalnie w projekcie technicznym. Wykonawca KOLIN w wyjaśnieniu nr 16 w piśmie z dnia 31 lipca 2023 r. zadeklarował:
„Zamawiający w postępowaniu udostępnił wyniki wykonanego rozpoznania geologicznoinżynierskiego, hydrogeologicznego, geotechnicznego i geofizycznego oraz monitoringu geotechnicznego pozwalające Wykonawcy na ocenę skali trudności terenu i jego ewentualny wpływ na prowadzenie robót. Zjawiska osuwiskowe na etapie robót budowlanych można podzielić na dwie grupy. Pierwsza to grupa zjawisk, o której Wykonawca na podstawie istniejącego rozpoznania i monitoringu ma wiedzę tzn. np. obszary, na których osuwiska udokumentowano i w związku z ich udokumentowaniem zaprojektowano rozwiązania trwałe. W takiej sytuacji Wykonawca uwzględnił i jednocześnie zamierza ograniczyć ryzyka zjawisk osuwiskowych na etapie robót poprzez przyjęcie odpowiedniej technologii związanej z docelowym rozwiązaniem. W szczególności technologia robót będzie polegać na instalacji tymczasowego odwodnienia,

instalacji dodatkowych punktów monitoringu, zwiększeniu ilości etapów technologicznych oraz zawężeniu odcinków robót. W drugiej grupie znajdą się zjawiska, które mogą wystąpić, ale na podstawie dotychczasowego rozpoznania i monitoringu nie mogły zostać zidentyfikowane. W takim przypadku Wykonawca dobierze oraz przedstawi Zamawiającemu odpowiednie rozwiązanie uwzględniając przyczyny i skalę zjawiska.".

Zdaniem Zamawiającego wszelkie dyskusje i analizy co do zasadności przyjęcia określonej technologii oraz szczegółowego zakresu wzmocnień wyłącznie na podstawie opisu warstw geologicznych [opisanych w Tab. nr 23 *Charakterystyka i ocena warunków geotechnicznych podłoża budowlanego projektowanych dróg* Dokumentacji Badań Podłoża Gruntowego (dalej: DBPG)] oraz Tab. 31*Charakterystyka i ocena warunków geologiczno – inżynierskich podłoża budowlanego projektowanych dróg* DGI są bezpodstawne. Powyższe tabele informują o możliwości niespełnienia stanów granicznych nośności użytkowania konstrukcji (podłoża), są informacjami miękkimi, mającymi jedynie uświadomić wykonawców co do potencjalnych ryzyk (nie narzucają jednak wprost konieczności i zakresu wzmocnień podłoża). Wobec powyższego opisy warstw geologicznych nie mogą być podstawą jednoznacznego wymagania wzmocnienia podłoża, a tym samym, zarzutu niezgodności rozwiązań z SWZ. Dla przykładu w miejscu, gdzie występuje grunt słabonośny docelowo, przyszły wykonawca zaplanuje poprowadzić drogę w wykopie i w wyniku prac ziemnych przedmiotowa warstwa zostanie usunięta, więc nie ma potrzeby wzmacniać podłoża. Zakres, który został obligatoryjnie wskazany w wiążącej DGI (tabela 32) pokrywa się natomiast zakresem z wykazem przedstawionym przez wykonawcę KOLIN.

Zdaniem Zamawiającego, zarzuty Odwołującego zostały sformułowane w oparciu o subiektywną interpretację oferty wykonawcy Kolin oraz postanowień SWZ, która nie znajduje potwierdzenia w rzeczywiście stawianych wykonawcom wymaganiach.

1) Zaniechanie odrzucenia oferty Kolin, w sytuacji, gdy Wykonawca złożył ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego w zakresie: a) wzmocnień podłoża

Wykonawca Kolin w udzielonych odpowiedziach nie określił kilometrażu, zarówno początku jak i końców tunelu, jak to przedstawia pośrednio Odwołujący. Z przedłożonych przez Kolin dokumentów również nie można jednoznacznie, kategorycznie wywieść ww. danych. Wykonawca KOLIN udzielił w zakresie przewidywanej zmiany niwelety następujących wyjaśnień:

Na podstawie informacji o zmianie niwelety na odcinku od km 41+200 ÷ 43+200 nie można wyciągnąć jednoznacznych wniosków jak przyjęta zmiana niwelety – względem niwelety zawartej w Koncepcji Programowej (dalej: KP) - wpływa na zmianę położenia portali tunelu względem ich lokalizacji zamieszczonej w KP.

Analogicznie, nie znając szczegółowych rozwiązań projektowych/konstrukcyjnych w zakresie portalu tunelu brak jest możliwości jednoznacznego, kategorycznego określenia jego początku - na podstawie przywołanej przez Odwołującego informacji wykonawcy KOLIN o zabezpieczeniu osuwiskaok. km 42+225 oraz, że zabezpieczenie to dotyczy osuwiska w obrębie portalu. Zatem stanowisko Odwołującego, oparte na odpowiedzi wykonawcy Kolin w zakresie osuwisk, prowadzące do wywiedzenia dokładnego kilometrażu początku tunelu i w nawiązaniu do niego końca tunelu (km 42+937 – nitka lewa, 42+927 – nitka prawa), należy uznać za nadinterpretację. Tym samym, w oparciu o przedmiotowe dane podnoszenie niezgodności przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań projektowych z warunkami zawartymi SWZ, nie zasługuje na uwzględnienie. Wobec powyższego należy zaznaczyć, że Odwołujący już na wstępie przyjął subiektywne założenia, nie mające odzwierciedlenia w stanie faktycznym.

Zamawiający zaznaczył, że celem dokumentacji geologicznej (m.in. DGI oraz DBPG) jest opisanie warunków geologicznych dla danego obszaru w oparciu o dokonane rozpoznanie, badania geologiczne. Oznacza to, że dokumentacja zawiera informacje całościowe, ogólne odnoszące się do warunków geologicznych. Zatem w tabeli nr 23 – na którą powołuje się Odwołujący – opisano warunki geologiczne od poziomu terenu (górnych, „pierwszych" warstw geologicznych). Może zdarzyć się, że rozwiązania projektowe przyjęte przez Wykonawcę wyeliminują „problemy" geologiczne np. poprowadzenie niwelety w wykopie spowoduje usunięcie gruntów słabonośnych a tym samym, nie zajdzie na tym odcinku konieczność wzmocnienia podłoża bądź dolina w której występują grunty słabonośne zostanie przekroczona obiektem inżynierskim (estakadą, wiaduktem, mostem), co będzie wiązało się z tym, że na odcinku obiektu inżynierskiego nie zajdzie konieczność wzmocnienia podłoża.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że zarówno w DGI (Tabela nr 31), jak i w DBPG (Tabela nr 23) Charakterystyka i ocena warunków geologiczno – inżynierskich podłoża budowlanego projektowanych dróg dla odcinków 43+140 ÷ 43+320 oraz 43+380 ÷ 43+600, na które powołuje się Odwołujący w pkt 17 i 23 Odwołania w kolumnie: *„Rejonizacja i ocena warunków geologiczno-inżynierskich oraz nośności podłoża"*Zamawiający wskazał, że: *„Pod projektowaną konstrukcją nawierzchni występują grunty wysadzinowe (…), o wytrzymałości i ściśliwości <u>mogącej nie spełniać</u> wymagań dotyczących stanów granicznych nośności i użytkowania konstrukcji (…)"* . Oznacza to, że w ww. tabeli nie wskazano dla przedmiotowych odcinków obligatoryjnie konieczności wykonania wzmocnienia podłoża gruntowego, a taką konieczność należy rozpatrywać w powiązaniu z ostatecznymi rozwiązaniami projektowymi – które

na obecną chwilę nie są znane Zamawiającemu. Dodatkowo, DGI zawiera Tabelę nr 32, gdzie wskazano odcinki, dla których obligatoryjne jest wzmocnienie podłoża gruntowego oraz zabezpieczenie ścian wykopów. W przedmiotowej tabeli nie wskazano dla odcinków 43+000 ÷ 43+250 oraz 43+400 ÷ 43+585 konieczności wzmocnienia podłoża gruntowego (w zakresie ww. odcinków wskazano jedynie występowanie obszaru osuwiskowego). (…)

*1)**Zaniechanie odrzucenia oferty Kolin, który to Wykonawca złożył ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego w zakresie: b) zabezpieczenia osuwiska OS-20*** oraz

*2)**zaniechanie wezwania Kolin do złożenia wyjaśnień dotyczących wzmocnień podłoża i zabezpieczenia osuwiska OS-20 w sytuacji, gdy ze złożonych wyjaśnień wynika, że w miejscach wskazanych w uzasadnieniu odwołania Kolin nie przewidział wzmocnienia podłoża oraz zabezpieczenia osuwiska OS-20 pomimo, że obowiązek taki wynikał z wymagań Zamawiającego oraz w zakresie wskazanym w pyt. nr 2 z wezwania Zamawiającego z dnia 20.10.2023 r. tj. braku wyjaśnień co do obszaru i zakresu zabezpieczeń przed ruchami masowymi w pikietażach 43+150-43+250 i 44+500-44+800.***

Odwołujący w pkt 25 odwołania wskazuje, że: *„Z DGBP wynika, że osuwisko OS-20 zlokalizowane jest w od km 43+150 do km 44+100 (tab. 8 strona 37 DBPG) co daje 0,950 km. Z wyjaśnień Kolin z dnia 26.10.2023r. wynika, że wykonawca uwzględnił w swojej ofercie zabezpieczenie osuwiska tylko częściowo w/w sekcjach na łącznej długości 0,285 km, gdyż wskazał w wyjaśnieniach następujący pikietaż ok. 42+225, 43+150-43+250 oraz 43+400-40+585.”.*

Zamawiający zwrócił uwagę, że w DBPG przed Tabelą nr 8 zamieszczono opis:

„Zgodnie z zakresem prac przyjętym w Projekcie Robót Geologicznych oraz wymogami SIWZ (Dokument 7), dotyczących prowadzenia Monitoringu Geotechnicznego dla obszarów osuwiskowych znajdujących się w bezpośrednim sąsiedztwie projektowanego odcinka drogi ekspresowej S 19, wykonano sieć monitoringu geotechnicznego, obejmującą obszary osuwiskowe oraz obszary predysponowane osuwiskowo.”

Tabelę nr 8 opatrzono tytułem *„Zestawienie osuwisk i terenów predysponowanych osuwiskowo objętych monitoringiem.*”

Zatem w DBPG jednoznacznie wskazano, że w przedmiotowa tabela zawiera osuwiska nie tylko leżące w trasie drogi ekspresowej, ale również w jej sąsiedztwie (w odniesieniu do kilometraża drogi ekspresowej).

Równocześnie z Tabeli nr 8 jednoznacznie wynika, że osuwisko dla którego w DGI przypisano nr OS-20 składa się z 5 obszarów osuwiskowych/predysponowanych osuwiskowo zamieszczonych w SOPO (System osłony przeciwosuwiskowej)

Rozkład ww. obszarów obrazuje zamieszczony w DBPG załącznik 1.2 Mapa dokumentacyjna arkusz 11.

Z przedmiotowego załącznika jednoznacznie wynika, że obszar osuwiskowy OS-20 nie koliduje z trasą drogi ekspresowej S19 na całym odcinku od km 43+150 do km 44+100, a jedynie na jej poszczególnych fragmentach.

Zatem stanowisko Odwołującego (podnoszone m.in. w pkt 25) o występowaniu osuwiska na całym odcinku drogi ekspresowej w km 43+150 ÷ 44+100, które nie zostało przewidziane do zabezpieczenia (zgodnie z rzekomymi wymaganymi SWZ) przez wykonawcę Kolin, nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji geologicznej i – ponownie - oparte jest na błędnym, subiektywnym odczytaniu fragmentu dokumentacji w celu poparcia własnej tezy.

Również twierdzenie Odwołującego zawarte w pkt 33 Odwołania, z którego wynika, że spółka KOLIN w swoich rozwiązaniach od km 43+200 nie planuje zmiany niwelety względem rozwiązań zawartych w KP, zatem zobowiązana była do zabezpieczenia osuwiska w strefie, gdzie przebiega ona w wykopie tj. od km 43+200 do km 44+100, jest sprzeczne z rzeczywistymi wymogami Zamawiającego stawianymi w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z rozwiązaniami zawartymi w KP niweleta drogi ekspresowej na przedmiotowym odcinku od km ok. 43+240 ÷ 43+380 oraz od km ok. 43+575 przebiega w nasypie.

Również stanowisko Odwołującego podniesione w pkt od 27 do 30 Odwołania, wedle którego w km 43+000 występuje osuwisko, które nie zostało przewidziane do zabezpieczenia (zgodnie z rzekomymi wymaganymi SWZ) przez wykonawcę Kolin nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji geologicznej. Załącznik nr 5.2.0 do DGI (o którym mowa w pkt 27 Odwołania) wskazuje występowanie terenów osuwisk, a zatem również stoków grzbietów z formami osuwiskowymi (forma osuwiska to część składowa osuwiska) w km 42+620 ÷ 43+045, o których mowa w pkt 29 Odwołania. Z przedmiotowego załącznika jednoznacznie wynika, że w km 43+000 nie występuje osuwisko oraz, że otwór 17/T3 wykonany został również poza obszarem osuwiska.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że powierzchnia poślizgu zaznaczona w karcie otworu 17/T3 przez Opracowującego dokumentację jest omyłką, która przy obszerności przedmiotowej dokumentacji może się zdarzyć, a profesjonalny wykonawca dysponujący dokumentacją udostępnioną w ramach postepowania przetargowego, w ocenie Zamawiającego, mógł samodzielnie wyciągnąć tożsame wnioski.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający ponownie zwraca uwagę na Tabelę nr 32 zawartą w DGI, gdzie wskazano odcinki, dla których wymagane jest wzmocnienie podłoża gruntowego oraz zabezpieczenie ścian wykopów (wymóg zabezpieczenia dotyczy jedynie ścian wykopów). W przedmiotowej tabeli nie wskazano odcinka, który zawierałby km 43+000. Rozpatrując przedmiotową tabelę całościowo wynika z niej, że w przypadku prowadzenia niwelety w wykopie,

konieczne jest zabezpieczenie skarp w km 43+152 ÷ 43+386 oraz w km 43+518÷43+810. Z odpowiedzi udzielonych przez wykonawcę Kolin wynika, że odcinki, na których niweleta przebiega za wylotem tunelu w wykopie to km ok. 43+250 oraz na odcinku 43+380÷43+575. Zabezpieczenie osuwisk firma Kolin przewidziała w zakresie ok. 43+150÷43+250 oraz ok. 43+400 ÷ 43+585.

W świetle powyższego Zamawiający uznał, że wykonawca Kolin potwierdził zgodność jego założeń projektowych w przedmiotowym zakresie z wymaganiami SWZ, a zarzuty stawiane w odwołaniu nie znajdują potwierdzenia w faktach oraz w dokumentacji.

W zakresie zabezpieczenia terenu predysponowanego osuwiskowo opisanego w KP jako Osp21 położnego w km ok. 44+460 ÷ 44+700 Zamawiający wskazał, że w Tabeli nr 32 zawartej w DGI nie wskazano przedmiotowego odcinka jako obszaru osuwiskowego. Zatem należy stwierdzić, że wykonawca Kolin informując, iż w km 44+500÷44+800 zabezpieczyła drogę przed negatywnym oddziaływaniem terenu predysponowanego osuwiskowo stosując rozwiązanie: *„Redukcję oddziaływania poprzez poprowadzenie drogi i niwelety tak by stanowiła przyporę dla terenu predysponowanego”* wypełniła z naddatkiem wymagania określone w SWZ. Należy zaznaczyć, że rozwiązanie to jest identyczne z rozwiązaniami zawartymi w Koncepcji Programowej. (…)

Wykonawca KOLIN INŞAAT, TURIZM SANAYI VE TICARET ANONIM ŞIRKETI, Turcja działający przez K(INŞAAT, TURIZM SANAYI VE TICARET SPÓŁKA AKCYJNA ODDZIAŁ W POLSCE (dalej jako: „KOLIN”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W piśmie z dnia 28 października 2023 r. odniósł się do zarzutów odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MIRBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą v Skierniewicach, KOBYLARNIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Kobylarni, PRYWATNA SPÓŁKA AKCY. ”ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ” Ukraina działająca przez PRYWATNA SPÓŁKA AKC ”ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ” ODDZIAŁ W POLSCE z siedzibą w Skierniewicach (dalej „MIRBUD”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.W piśmie z dnia 28 października 2023 r. odnieśli się do zarzutów odwołania i wnieśli o jego oddalenie w całości.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą v Warszawie, GULERMAK AGIR SANAYI INSAAT VE TAAHHUT ANONIM SIRKETI SPÓŁKA AKCYJNA, Turcja dzia przez GULERMAK AGIR SANAYI INSAAT VE TAAHHUT ANONIM SIRKETI SPÓŁKA AKCYJNA ODDZIAŁ W PC GÜLERMAK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „BUDI zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

KIO 3448/23

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MIRBUD SPÓŁKA AKCYJN z siedzibą w Skierniewicach, KOBYLARNIA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Kobylarni, PRYWATNA SPÓŁKA AKCYJNA ”ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ”, Ukraina działająca przez PRYWATNA SPÓŁKA AKC ”ZRZESZENIE BUDOWLANE INTERBUDMONTAŻ” ODDZIAŁ W POLSCE z siedzibą w Skierniewicach („Odwołujący”) w dniu 17 listopada 2023 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, tj.:

a)czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie oferty Odwołującego;

b)czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia

ewentualnie

c)zaniechanie wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień treści oferty;

d)zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

e)czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy KOLIN Insaat, Turizm Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(dot. NIEZGODNOŚCI NR 1 z INFORMACJI O WYBORZE OFERTY NAJKORZYTSNIEJSZEJ)

a)naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. z art. 16 Pzp, mające wpływ na wynik postępowania poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgoda z warunkami zamówienia w zakresie - wykonanie drogi zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego o jezdni szerokości 3,0 m zamiast min. 5,0 m - w sytuacji gdy oferta Odwołującego pozostawała zgodna z ww. wymaganiami - co do cech przedmiotowych prac i Odwołujący skalkulował przedmiotowe prace w cenie oferty;

b)naruszenie art. 65 § 1 K. c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, mające wpływ na wynik postępowania poprzez dokonanie wadliwej wykładni oświadczenia woli Odwołującego w zakresie minimalnej szerokości lewostronnej jezdni drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz jezdni dojazdu do wjazdu awaryjnego, wbrew zasadom wymienionym w ww. artykule, czyli bez uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego postępowania (całokształtu okoliczności przetargu, w szczególności kierunku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania

wyjaśniającego), z pominięciem zasad Pzp, które nakazują nadać treść oświadczeniom wykonawcy sens zgodny z zasadami Pzp i całkowicie bezpodstawne uznanie w oparciu jedynie o szkic obiektu MS – 38 stanowiący Załącznik nr 1 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 23 czerwca 2023 r., że w odpowiedzi na pytanie nr 4 Odwołujący potwierdził, że przyjął w cenie oferty, iż zamierza wykonać lewostronną jezdnię drogi zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego o szerokości 3,0 m zamiast min. 5, 0 m, w sytuacji gdy odpowiedź Odwołującego na pytanie nr 4 w przypadku obiektu MS – 38 dotyczyła jedynie parametrów technicznych - długości i szerokości tego obiektu, a nie pozostałych obiektów wyrysowanych poglądowo na szkicu obiektu MS – 38, w tym odpowiedź ta nie dotyczyła parametrów technicznych dróg lecz tylko w zakresie długości i szerokości obiektu MS – 38, i tylko w tym zakresie odpowiedź ta stanowiła wyjaśnienie treści oferty, w pozostałym zakresie szkic towarzyszący udzielonej odpowiedzi miał charakter poglądowy

ewentualnie

c)naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, mające wpływ na wynik postępowania poprzez jego niezastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że nie miał obowiązku dalszego wyjaśniania treści oferty, pomimo że szkic obiektu MS - 38 stanowiący Załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 23 czerwca 2023 r. uzupełniający odpowiedź na pytanie nr 4, wzbudził wątpliwości w zakresie szczegółów czyli przyjętej do ceny oferty szerokości jezdni drogi zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego, które nie były przedmiotem wyjaśniania, a które na szkicu zostały ujęte, w przypadku prawostronnej jezdni drogi zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego o szerokości 5, 0 m, natomiast w przypadku lewostronnej jezdni drogi zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego 3, 0 m.

(dot. NIEZGODNOŚCI NR 2 Z INFORMACJI O WYBORZE OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ)

d)naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp, mające wpływ na wynik postępowania poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgoda z warunkami zamówienia w zakresie - lokalizacji budynków technicznych w sytuacji, gdy oferta Odwołującego pozostawała zgodna z ww. wymaganiami co do lokalizacji tego zakresu robót, a Odwołujący skalkulował przedmiotowe prace w cenie oferty;

e)naruszenie art. 65 § 1 K. c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, mające wpływ na wynik postępowania poprzez dokonanie wadliwej wykładni oświadczenia woli Odwołującego w zakresie budynków technicznych tunelu, wbrew zasadom wymienionym w ww. artykule, czyli bez uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego postępowania (całokształtu okoliczności przetargu), w szczególności kierunku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego) i oczekiwań sformułowanych w pytaniu do Odwołującego, z pominięciem zasad Pzp, które nakazują nadać treść oświadczeniom wykonawcy sens zgodny z zasadami Pzp i całkowicie bezpodstawne uznanie, że z uproszczonego planu sytuacyjnego wynika usytuowanie budynków technicznych nad tunelem,

ewentualnie

f)naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, mające wpływ na wynik postępowania poprzez jego niezastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że nie miał obowiązku dalszego wyjaśniania treści oferty, pomimo że poglądowy uproszczony plan sytuacyjny wzbudził wątpliwości w zakresie szczegółów, które nie były przedmiotem wyjaśniania, tj. czy budynki techniczne zostały prawidłowo zlokalizowane.

(dot. NIEZGODNOŚCI NR 3 Z INFORMACJI O WYBORZE OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ)

g)naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. z art. 16 Pzp, mające wpływ na wynik postępowania poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgoda z warunkami zamówienia w zakresie - przyjęcia w swoich rozwiązaniach projektowych pochylenia podłużnego na obiekcie MS-40 o wartości 0,5 %, wobec wymagań Zamawiającego wynoszących min. 1%, w sytuacji gdy oferta Odwołującego pozostawała zgodna z ww. wymaganiami - co do cech przedmiotowych prac, a Odwołujący skalkulował przedmiotowe prace w cenie oferty;

h)naruszenie art. 65 § 1 K. c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, mające wpływ na wynik postępowania poprzez dokonanie wadliwej wykładni oświadczenia woli Odwołującego w zakresie pochylenia niwelety na obiekcie MS – 40 wbrew zasadom wymienionym w ww. artykule, czyli bez uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego postępowania (całokształtu okoliczności przetargu, w szczególności kierunku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego), z pominięciem zasad Pzp, które nakazują nadać treść oświadczeniom wykonawcy sens zgodny z zasadami Pzp i całkowicie bezpodstawne uznanie w oparciu jedynie o profil podłużny niwelety drogi stanowiący Załącznik 4.2 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 23 czerwca 2023 r., że w odpowiedzi na pytanie nr 5 Odwołujący potwierdził, iż przyjął w cenie oferty, że zamierza wykonać pochylenie niwelety na obiekcie MS – 40 o wartości 0,5 %, zamiast w granicach wymaganych PFU czyli 1,0% - 4 %, w sytuacji gdy odpowiedź Odwołującego zgodnie z treścią pytania nr 5 dotyczyła wyłącznie długości tunelu;

ewentualnie

i)naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, mające wpływ na wynik postępowania poprzez jego niezastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że nie miał obowiązku dalszego wyjaśniania treści oferty, pomimo że profil podłużny stanowiący Załącznik nr 4.1 i 4.2 do wyjaśnień z dnia 23 czerwca 2023 r. uzupełniający odpowiedź na pytanie nr 5, wzbudził wątpliwości w zakresie szczegółów, czyli przyjętego do ceny oferty pochylenia niwelety na obiekcie MS – 40, która nie była przedmiotem wyjaśniania, w związku z przedstawieniem rozwiązania Odwołującego w przedmiocie długości tunelu w porównaniu do założeń Koncepcji Programowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a)unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,

b)unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego ewentualnie zwrócenie się do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp o dodatkowe wyjaśnienia,

c)dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

W dniu 7 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający wskazał na trzy niezgodności z warunkami zamówienia.

W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia do treści oferty wskazują, iż Wykonawca zamierza wykonać przedmiot zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego w następującym zakresie tj.:

1) wykonać drogę zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazd do wjazdu awaryjnego o jezdni szerokości 3,0 m wobec wymagań określonych przez Zamawiającego wynoszących min. 5,0 m;

2) usytuować budynki techniczne nad tunelem w sytuacji gdy Zamawiający w swoich wymaganiach wprost nie dopuścił takiej lokalizacji;

3) przyjąć w swoich rozwiązaniach projektowych pochylenie podłużne na obiekcie MS-40 o wartości 0,5 % wobec wymagań Zamawiającego wynoszących min. 1%.

Do powyższych kategorycznych wniosków, Zamawiający doszedł na podstawie wyjaśnień Odwołującego z dnia 23 czerwca 2023 r., złożonych w toku prowadzonego postępowania, na drugie wezwanie Zamawiającego (wezwanie z dnia 14 czerwca 2023 r.), skierowane w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podnosi, że kwestionuje wszystkie trzy podstawy faktyczne odrzucenia jego oferty. Zamawiający dokonał błędnych ustaleń w tym zakresie, których źródłem była ocena szkiców wykonawcy dokonana przez Zamawiającego w sposób wybiórczy, niezgodnie z logiką i doświadczeniem życiowym, w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawcy i z pominięciem jednoznacznie złożonych oświadczeń. Takie postępowanie Zamawiającego nie tylko narusza bezpośrednio zastosowane w przetargu przepis art. 223 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, art. 65 § 1 K. c., ale narusza zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim zasadę przejrzystości i proporcjonalności oraz standardy postępowania profesjonalnego Zamawiającego.

Odwołujący stoi na stanowisku, że skonstruował ofertę w oparciu o prawidłowe założenia, możliwe do realizacji, które są zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący przyjął do oferty rozwiązania projektowe w zakresie zgodnym w SWZ.

Odwołujący podkreśla, iż w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 7 czerwca 2023 r. składanych na żądanie Zamawiającego złożył wyraźne oświadczenie, iż jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym PFU, a także wskazał na zakres wiążących wyjaśnień, a mianowicie cyt. (wyjaśnienia z dnia 7 czerwca 2023 r. pkt I *in fine)*:

„**I.** W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 23.05.2023r. wzywające do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu, w celu weryfikacji oferty Wykonawcy, jak również w celu ustalenia stopnia gotowości Wykonawcy do realizacji kontraktu, Wykonawca potwierdza, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno – Użytkowym. Wykonawca przedstawia szczegółowe wyjaśnienia i przyjęte do sporządzenia oferty założenia w zakresie kwestii wskazanych w ww. wezwaniu, udzielając następujących odpowiedzi na pytania Zamawiającego, jak poniżej."

Odwołujący zwraca uwagę, że pytania nie dotyczyły całego zakresu przyjętego do ceny oferty, tylko poszczególnych i konkretnych kwestii. Z tego względu wyjaśnienia odnosiły się tylko do tych pewnych elementów prac i robót, o które pytał Zamawiający.

Zatem w szczególności, podkreślić należy, że pytania i wyjaśnienia w ogóle nie dotyczyły zakresów, które Zamawiający uznał za błędne, i które stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, że odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia musi być traktowane jako ostateczność, co wynika z sankcyjnego charakteru art. 226 ust. 1 Pzp, którego zastosowanie przez Zamawiającego oznacza uniemożliwienie wykonawcy udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że na gruncie oceny okoliczności istotnych z perspektywy art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, nie może mieć miejsca automatyczne przyjmowanie przez zamawiającego takiej wykładni, która sprowadzać się będzie do odrzucenia oferty bez żadnych wyjaśnień. Zamawiający każdorazowo powinien bowiem doprowadzić do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości i niejasności dotyczących oferty,

zanim podejmie decyzję o jej odrzuceniu.
Z tych też względów odrzucenie oferty w oparciu o dyspozycję przywołanego przepisu może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy Zamawiający wykaże ponad wszelką wątpliwość, że oferta
wykonawcy jest niezgodna z oczekiwaniami określonymi w dokumentacji postępowania. W tej sprawie odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło na podstawie niezweryfikowanych domysłów i interpretacji Zamawiającego przedłożonych przez wykonawcę szkiców i w obszarach których pytanie nie dotyczyło. (…)
Zamawiający jest zatem nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany, aby przeprowadzać procedurę wyjaśniającą sumiennie, w dobrej wierze i z poszanowaniem praw wykonawców. Pzp nie limituje Zamawiającego w ilości kierowanych do wykonawcy wezwań w tym przedmiocie.
Odwołujący podnosi również w tym kontekście, że postępowanie wyjaśniające prowadzone przez GDDKiA w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, w przypadku zamówień realizowanych w formule „zaprojektuj i wybuduj" wykazuje swoiste cechy. Zamawiający stosuje ww. przepis, w celu uzyskania informacji na temat zaoferowanych projektów koncepcyjnych wykonawców na etapie już toczącego się postępowania (rezygnując z możliwości zażądania dokumentów przedmiotowych wraz z ofertą). Sama procedura wszczynana jest zatem bez związku z powzięciem jakichkolwiek wątpliwości, np. co do zgodności zaoferowanego świadczenia z warunkami zamówienia. Wykonawca udzielający wyjaśnień, odpowiada na wiele pytań (tzw. technicznych), często sformułowanych w sposób otwarty. Kierunek zatem wyjaśnień nie determinuje żadna wątpliwość (niezgodność) powzięta (stwierdzona) przez Zamawiającego.
Zdaniem Odwołującego, legalne postępowanie Zamawiającego powinno być takie, że w przypadku powzięcia wątpliwości w związku z udzielonymi wyjaśnieniami, czy stwierdzenia niezgodności, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień, wskazując na powziętą wątpliwość, czy stwierdzoną niezgodność. Czyli powinien przedmiotowy przepis zastosować zgodnie z przewidzianą funkcją. Takie wezwanie winno spełniać wymogi stawiane mu w orzecznictwie, czyli konkretyzować powstałą wątpliwość, czy stwierdzoną niezgodność, w celu umożliwienia wykonawcy odniesienia się do zarzutów. Postępowanie przeciwne, np. jak w tym przypadku od razu automatyczne wyeliminowanie oferty, narusza zasady rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim zasadę przejrzystości i proporcjonalności. (…)
W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.12. Art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei, art. 65 § 1 K. c., który znajduje zastosowanie na mocy art. 8 ust. 1 Pzp, stanowi, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przy czym, oświadczenie woli drugiej strony woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 K. c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp). Z przywołanych norm wynika następujący wniosek, aby odrzucić ofertę na wskazanej podstawie prawnej, należy w pierwszej kolejności analizowaną ofertę przetłumaczyć (zinterpretować) w celu odczytania jej treści. Tłumaczenie to odbywa się zgodnie z regułami z art. 65 § 1 K. c., a zatem mając na uwadze okoliczności, w których złożone zostało, przyjmując sens zgodny z zasadami współżycia społecznego oraz ustalonymi zwyczajami. Dopiero wówczas tak ustaloną treść można oceniać w kontekście przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i ewentualnie stosować sankcję tam przewidzianą. Odwołujący przywołał tezę wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 r. w sprawie o sygn. akt VIII Ga 102/.

NIEZASADNE ODRZUCENIE OFERTY Z POWODU NIEZGODNOŚCI NR 1

MIRBUD/KOBYLARNIA/IBM ZAOFEROWAŁO WYKONANIE DRÓG ZAPEWNIAJĄCYCH OBSŁUGĘ TU BUDYNKÓW TECHNICZNYCH ORAZ DOJAZDU DO WJAZDU AWARYJNEGO O JEZDNI SZEROKOŚCI M

Zamawiający, dokonał wadliwej oceny treści złożonych w dniu 23.06.2023 r. wyjaśnień wraz z załącznikami. Odwołujący nie zgadza się z wnioskiem wyprowadzonym przez Zamawiającego, że ww. dokumentów wykonawcy, wynika zamiar wykonania przedmiot zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego w zakresie minimalnej szerokości lewostronnej jezdni drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego, czyli, że Odwołujący zaoferował w przypadku tej drogi i dojazdu jezdnię o szerokości 3,0 m zamiast min. 5,0 m.
W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje na zakres prowadzonego postępowania wyjaśniającego, które finalnie doprowadziło Zamawiającego do zdyskwalifikowania oferty Odwołującego. Zamawiający w pierwszym wezwaniu z dnia 23 maja 2023 r. skierował do wykonawcy pytanie nr 26 o treści następującej:
„26. Prosimy o podanie długości pomostu obiektów: ES-34, ES-35, MS-37, MS-40, długość
nawy tunelu T-3 oraz długość obiektu MS-38 przyjętych do ceny ofertowej."
Zamawiający oczekiwał zatem konkretnego parametru wskazanych obiektów przyjętych do ceny ofertowej.
Na tak postawione pytanie Odwołujący udzielił konkretnej odpowiedzi, cyt.:

„Odpowiedź: Wykonawca poniżej przedstawia parametry obiektów przyjętych do oferty:
ES-34 długość pomostu – 37,8 m; ES-35 długość pomostu – 162,8 m; MS-37 długość pomostu – 78,2 m; MS-40 długość pomostu – 221,21 m; T-3 długość nawy tunelu – 395 m; MS-38 długość obiektu – 15 m"
Odpowiedź Odwołującego spotkała się z reakcją Zamawiającego, który kontynuował te wyjaśnienia ograniczając jednak do dwóch obiektów MS-40 i MS-38. W przypadku obiektu MS – 40, to długość obiektu zaproponowana przez Odwołującego była badana pod kątem konkretnie wskazanych wymagań i uwzględnienia ryzyka zwiększenia długości tego obiektu. Natomiast w przypadku obiektu MS-38 Zamawiający, dopytał jeszcze raz Odwołującego o sposób interpretacji parametru długości przez wykonawcę z uwagi na to, że w przypadku charakterystyki tego obiektu usprawiedliwione były dwa punkty widzenia. Zamawiający w tej kwestii w drugim wezwaniu z dnia 14 czerwca 2023 r. skierował do Odwołującego pytanie nr 4.
„4. W odpowiedzi na pytanie nr 26 Wykonawca przedstawił parametry obiektów:
[…] MS-40 długość pomostu – 221,21 m; MS-38 długość obiektu – 15 m […]
Mając na uwadze, że obiekt MS-38 jest obiektem zatopionym w nasypie (co może rodzić rozbieżności w interpretacji parametru długości) prosimy o podanie przyjętej w Ofercie długości i szerokości obiektu (bez skrzydeł, wlotu i wylotu obiektu).
Ponadto zważywszy na:
a. odpowiedź Wykonawcy na pytanie nr 19 "*Wykonawca potwierdza, że ujął w ofercie ryzyka (czasowe oraz rzeczowe) związane z usytuowaniem węzła Domaradz w obszarze bezpośredniego zagrożenia powodzią (teren zalewowy) oraz faktu, że inwestycja nie może powodować wzrostu obszaru zagrożonego powodzią oraz ryzyka wystąpienia powodzi dla nieruchomości zabudowanych - w tym oczyszczalni ścieków sąsiadującej z węzłem „Domaradz" - oraz przeznaczonych pod zabudowę."*
b. wymagania SWZ - SP 40.20.00 - 40.70.00:
„Zamawiający wymaga aby uzupełnić rozpoznanie geologiczne na etapie PB dla: ...
- obiektu MS-40 (oznaczenie wg Koncepcji Programowej) przekraczającego m. in. Ciek Stobnica wraz z obszarem bezpośredniego zagrożenia powodzią (obszar zalewowy) zakresie umożliwiającym „otwarcie" prawego tarasu zalewowego (np. poprzez wydłużenie obiektu MS-40 – zwiększenie światła obiektu) i przeprowadzenie wód płynących tarasem zalewowym prawym przed oczyszczalnią ścieków położoną w jego obszarze";
c. wyjaśnienie nr 180 udzielone na etapie postepowania przetargowego: *"... Dodatkowo Zamawiający informuje, że obiekt [z poz. 15 tab. 1.1 Wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych (...) PFU] zaprojektowany przez Wykonawcę nie może powodować spiętrzenia, przepływu miarodajnego, większego jak 30 cm (przy uwzględnieniu wszystkich rozwiązania projektowe w zakresie węzła "Domaradz" - obiektów drogowych, inżynierskich itd.). Wszystkie powyższe działania Wykonawca zobowiązany jest ująć w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej i Czasie na Ukończenie."*
Zamawiający wnosi o potwierdzenie, że przyjęty przez Wykonawcę w Ofercie obiekt o długości pomostu 221,21 m (krótszej niż w Koncepcji Programowej wynoszącej 234,20 m) spełnia ww. wymagania, a w przypadku takiej konieczności wynikającej np. z uzgodnień, decyzji administracyjnych itd. Wykonawca uwzględnił w Ofercie ryzyko konieczności odpowiedniego zwiększenia jego długości."
Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 23 czerwca 2023 r. na wstępie zaznaczył, co następuje:
„I. W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 14.06.2023r. wzywające do doprecyzowania złożonych pismem z dnia 07.06.2023 r. wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu, Wykonawca przedstawia wyjaśnienia dodatkowe w zakresie kwestii wskazanych w ww. wezwaniu, udzielając następujących odpowiedzi na pytania Zamawiającego, jak poniżej."
W odpowiedzi na pytanie nr 4, które co bardzo istotne było kontynuacją wyjaśnień w przedmiocie parametru długości obiektów MS – 40 i MS – 38, Odwołujący oświadczył, że cyt.:
„Odpowiedź: W odpowiedzi podajemy wymiary obiektu MS-38: długość obiektu – 15m i szerokość obiektu 127,50 m.
Jednocześnie Wykonawca potwierdza, że przyjęty przez Wykonawcę w Ofercie obiekt [MS- 40 dop. Wyk.] o długości pomostu 221,21 m (krótszej niż w Koncepcji Programowej wynoszącej 234,20 m) spełnia opisane w pytaniu powyżej wymagania, a w przypadku konieczności wynikającej np. z uzgodnień, decyzji administracyjnych itd. Wykonawca uwzględnił w Ofercie ryzyko konieczności odpowiedniego zwiększenia jego długości.
Dodatkowo na potwierdzenie wykonawca załącza szkice obiektów MS-38 i MS-40.
Odwołujący swą odpowiedź uzupełnił szkicem obiektu MS – 38, który miał jedynie potwierdzić rozumienie wykonawcy, co jest długością, a co szerokością w przypadku parametrów tego obiektu uwzględnionego w cenie oferty przez Odwołującego (z uwagi jak się wydaje na odmienną interpretację tych dwóch parametrów przez Zamawiającego).
To w tym, i tylko w tym przedmiocie Odwołujący złożył oświadczenie o treści swojej oferty, że uwzględnił w jej cenie obiekt MS – 38 o długość obiektu – 15m i szerokość obiektu 127,50 m, gdyż tylko tego dotyczyło pytanie.
Wbrew stanowisku Zamawiającego, wykonawca nigdy i nigdzie nie złożył oświadczenia, że w cenie oferty uwzględnił

wykonanie drogi zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego o jezdni szerokości 3,0 m, zamiast min. 5,0 m. Odwołujący podnosi, że nie wyjaśniał i nie składał żadnych oświadczeń w przedmiocie parametrów dróg, w tym szerokości jezdni drogi zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego. Zamieszczone w tle na przekroju podłużnym obiektu MS – 38 niezdefiniowane elementy drogi ekspresowej, elementy dróg dojazdowych, rowów odwadniających, oświetlenia i barier energochłonnych stanowiły szkic roboczy - tło obiektu MS - 38, a nie ostateczne rozwiązania projektowe. W odróżnieniu od przekroju podłużnego i poprzecznego wraz z wymiarami obiektu MS - 38, który stanowił odpowiedź na pytanie.

Zamawiający całkowicie dowolnie i to skrajnie na niekorzyść wykonawcy zinterpretował przedmiotowy szkic, którego jedynym celem było pokazanie parametrów długości i szerokości obiektu MS – 38. Dodatkowym potwierdzeniem tego jest fakt, iż w tle nie ujęto wielu innych elementów takich jak np. odwodnienia - kanalizacja deszczowa lub kanałów technologicznych, gdyż nie to było przedmiotem pytania.

Ze względu na zasygnalizowaną na szkicu jezdnię lewostronną o dopisku 3,0 m, Zamawiający zastosował automatycznie sankcję z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, uznając że jest to oświadczenie Odwołującego o zamiarze zrealizowania zamówienia niezgodne z wymaganiami, nie biorąc pod uwagę, że również na tym samym szkicu jest zaznaczona jezdnia prawostronna o wymiarze 5,0 m.

Dalej Odwołujący podnosi, że szkic obiektu MS – 38 został złożony dobrowolnie, nie na wezwanie Zamawiającego, jako tylko dodatek do odpowiedzi tekstowej dotyczącej wyjaśnianego parametru długości i szerokości obiektu MS - 38. Tego szkicu równie dobrze mogłoby nie być, co w żaden sposób nie wpłynęłoby na wiarygodność wyjaśnień dla wątpliwych dla Zamawiającego kwestii lub mógłby być ograniczony wyłącznie do widoku obiektu MS - 38.

W sposób szczególny należy bowiem dostrzec, że już w pełni potwierdzające i w sposób absolutnie dostateczny było jednoznaczne oświadczenie zawarte w treści odpowiedzi na pytanie 4.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie podważył prawidłowości parametrów obiektu MS – 38, i prawidłowości identyfikacji długości tego obiektu jako 15 m, a szerokości 127, 50 m, co wskazano już w pierwszej odpowiedzi.

Nie sposób pominąć, że przyjęta przez Odwołującego szerokość czyli 127,50 m jest wystarczająca by pokonać wszystkie przeszkody wymagane w tabeli 1.1. (zgodność z pkt 1.1.3.3 PFU Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich) oraz wybudowanie wszystkich wymaganych elementów infrastruktury drogowej zgodnie z PFU. W świetle powyższego, nie powinno budzić żadnych wątpliwości poprawność przyjętych rozwiązań dla dróg obsługujących tunel o szerokości 5,0 m, a jeśli takowe się zrodziły, to obowiązkiem Zamawiającego było je wyjaśnić, nie zaś automatycznie odrzucać ofertę.

Rzeczywisty zamiar wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w tym w zakresie, w związku z brakiem prowadzenia postępowania wyjaśniającego wynika z oferty - z oświadczenia ogólnego oraz z ceny oferty, co też nie może być pomijane jako samodzielna argumentacja, oraz jako kontekst przy interpretacji odpowiedzi Odwołującego.

W sposób szczególny trzeba w tym miejscu przypomnieć, iż wyjaśnienia należy intepretować w kontekście zadanych pytań, ponieważ stanowią one odpowiedź na pytanie do którego referują. Zamawiający pomija, że szkice poglądowe powstają na etapie po złożeniu oferty i po skalkulowaniu ceny oferty i na konkretnie sformułowane wezwanie Zamawiającego. Wykonawca nie złożył konkretnego oświadczenia, że zamierza wykonać zamówienie niezgodnie z PFU, jak też nie zmienił oświadczenia zawartego w ofercie, co do wykonania zamówienia.

Podsumowując, Odwołujący stoi na stanowisku, że interpretacja udzielonej odpowiedzi przez Zamawiającego była całkowicie dowolna, sprzeczna z zasadami dokonywania wykładni oświadczenia woli zawartego przecież w ofercie. Zamawiający bezpodstawnie uznał w oparciu jedynie o szkic obiektu MS – 38, że w szkicu do odpowiedzi na pytanie nr 4 Odwołujący złożył oświadczenie, że przyjął w cenie oferty, oraz że zamierza wykonać lewostronną jezdnię drogi zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego o szerokości 3,0 m zamiast min. 5,0 m.

Tymczasem jedyne co wynika z odpowiedzi Odwołującego to , że w odpowiedź na pytanie nr 4 w przypadku obiektu MS – 38 dotyczyła jedynie parametrów technicznych - długości i szerokości tego obiektu, a nie pozostałych obiektów wyrysowanych poglądowo w tle na szkicu obiektu MS – 38. Innymi słowy, odpowiedź ta nie dotyczyła parametrów technicznych dróg, tylko długości i szerokości obiektu MS – 38 i stanowiła wyjaśnienie treści oferty, w obszarze pytania. W pozostałym zakresie szkic towarzyszący udzielonej odpowiedzi miał charakter poglądowy i tym samym pomijalny.

Odnośnie zarzutu ewentualnego sformułowanego do „niezgodności nr 1”, to Odwołujący podnosi, że tło na szkicu obiektu MS – 38 jeśli wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, co do kwestii, które nie były przedmiotem jego wyjaśnień, a mianowicie czy informacja o szerokości lewostronnej jezdni – 3,0 m stanowi niedokładność w rysunku, czy może rzeczywisty zamysł wykonawcy, to obowiązkiem Zamawiającego było to wyjaśnić z wykonawcą.

Niemniej przypomnieć wypada, że w przypadku prawostronnej jezdni wykonawca wskazał szerokość 5,0 m, zatem w sposób absolutnie usprawiedliwiony i oczywisty nasuwa się wniosek, ze jest to nie tylko niezamierzona niedokładności w

rysunku, ponadto w obszarze, który nie stanowił odpowiedzi na zadane pytanie.
Podsumowując powyższe, Odwołujący w sposób szczególny podkreśla, że parametry dróg nie były w ogóle przedmiotem pytań zadawanych przez Zamawiającego, a zatem nie stanowiły dla Zamawiającego istotnego elementu oferty.

NIEZASADNE ODRZUCENIE OFERTY Z POWODU NIEZGODNOŚCI NR 2

MIRBUD/KOBYLARNIA/IBM ZAOFEROWAŁO WYKONANIE 2 BUDYNKÓW TECHNICZ ZLOKALIZOWANYCH ZGODNIE Z WYMAGANIAMI PFU – NIE NAD TUNELEM

Zamawiający analizując złożony uproszczony plan sytuacyjny (załącznik nr 3 do pisma z dnia 23.06.2023 r.) stwierdził, że Wykonawca przyjął w swoich rozwiązaniach projektowych usytuowanie budynków technicznych nad tunelem – tj. niezgodnie z wymaganiami określonymi w PFU pkt 2.1.16.7.2 Wymagania podstawowe dla Centrum Zarządzania Tunelami i budynków technicznych Odwołujący kwestionuje prawidłowość ustalenia Zamawiającego. Zamawiający dokonał wadliwej interpretacji ww. planu stanowiącego Załącznik nr 4.1 i 4.2 do wyjaśnień z dnia 23 czerwca 2023 r., który to plan uzupełniał odpowiedź na pytanie nr 5 (wezwanie z dnia 14 czerwca 2023 r.) i błędnie uznał, że stanowi ono potwierdzenie uwzględnienia w ofercie lokalizacji przedmiotowych budynków nad tunelem.
Należy w pierwszej kolejności przypomnieć czego dotyczyło pytanie nr 5 (wezwanie z dnia 14 czerwca 2023 r.), a mianowicie punktem wyjścia dla tego pytania było wcześniejsze pytanie nr 26 (wezwanie z dnia 23 maja 2023 r.) dotyczące długości nawy tunelu T-3, następczo do tego właśnie Zamawiający poprosił, tylko o dodatkowe zapewnienie, że długość tunelu:
- nie wpłynie na konieczność zmiany posiadanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,
- zapewni spełnienie warunków zawartych w SWZ w tym m.in. mając na uwadze uwarunkowania terenowe i konieczność powiązania z następnym odcinkiem drogi ekspresowej S19 przy konieczności zachowania parametrów styku jak w Koncepcji Programowej oraz powiązania z drogą wojewódzką nr 886 (węzeł "Domaradz");,
- zapewni spełnienie wymogów PN-S-02205:1998 Drogi samochodowe Roboty ziemne Wymagania i badania, pkt. 2.5 Wymagania dotyczące podłoża budowli ziemnej "Suma obliczonych osiadań końcowych nasypu, podłoża wzmocnionego i podłoża rodzimego w okresie jego konsolidacji, nie powinna przekraczać 10 cm."
- spełni uwarunkowania środowiskowe, wynikające z przekazanej przez Zamawiającego DŚU (zał. nr 24 A-D PFU) w tym m.in. zapis „Wycinka drzew, związana z budową tunelu, obejmie jedynie obszar wlotu tunelu (na wylocie tunelu brak drzew). Drzewa nad tunelem nie będą usuwane, gdyż nie ma takiej konieczności, a głębokość posadowienia tunelu, będzie znacznie większa niż warstwa gleby i długość systemów korzeniowych drzew."
I tylko w zakresie ww. uwarunkowań, wykonawca został poproszony o analizy, opisy, rysunki techniczne (m.in. uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny) z uwzględnieniem portali wraz z lokalizacją budynków technicznych. Innymi słowy nie został poproszony o wskazanie szczegółowego usytuowania budynków technicznych.
Już tylko z tego powodu, że Zamawiający nie poprosił o rozwiązania projektowe budynków technicznych o parametrach jak wymienionych w PFU pkt 2.1.16.7.2 (Budynki techniczne BT-5 i BT-6), a co za tym idzie, nie był uprawiony na tym etapie jednostronnie przesądzać o niepoprawności wskazanego przez Odwołującego rozwiązania.
Odwołujący dodaje, iż na przekazanym Zamawiającemu rzucie, stanowiącym załącznik nr 3 do wyjaśnień z dnia 23 czerwca 2023 r. do pytania nr 5 zasygnalizowano jedynie wstępną koncepcję lokalizacji budynków technicznych, czego Zamawiający nie kwestionował.
Załączony rzut w żaden sposób nie wskazuje, że budynki są nad tunelami (czyli nad konstrukcją w której będzie prowadzony ruch pojazdów). Na rzucie pokazano budynki techniczne zintegrowane z konstrukcją tuneli znajdujące się zgodnie z PFU w strefach przyportalowych, obok portali i posadowione na tym samym poziomie co tunele. Lokalizacja ta spełnia wymagania PFU i jest optymalna dla eksploatacji tuneli.
Z tych też powodów, Zamawiający niesłusznie ocenił, że budynki są posadowione nad tunelami (czyli nad konstrukcją, w której będzie prowadzony ruch pojazdów).
Należy także w tym miejscu wskazać na fragment odpowiedzi Odwołującego na pytanie nr 5: „(…) Wykonawca mając świadomość ryzyk jakie na niego nakłada kontrakt wyjaśnia, że dostosuje się do wyników z ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko i w przypadku niezbędnej konieczności dopuszcza wydłużenie tunelu jak i inną lokalizację budynków technicznych.
Do odpowiedzi dołączamy uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny z etapu oferty potwierdzający m.in. powiązanie z następnym odcinkiem przy zachowaniu parametrów styku jak w Koncepcji Programowej".
Z treści odpowiedzi jednoznacznie wynika, że ostateczna lokalizacja budynków będzie wskazana w projekcie budowlanym, który to projekt wykonawca przygotuje po podpisaniu umowy. Projekt ten będzie podlegał weryfikacji i zatwierdzeniu przez Zamawiającego.
Na koniec należy jeszcze dodać, iż na rysunku jest wyraźna uwaga, że jest to wstępna lokalizacja, co już wskazuje, że jesteśmy otwarci na inne rozwiązania na etapie projektowym.

Na marginesie należy jednak jeszcze zauważyć, że szkic dodatkowo pokazuje, że wykonawca prawidłowo przyjął do wyceny ilość budynków, zatem z tego punktu widzenia zostały one ewidentnie uwzględnione w cenie oferty.

NIEZASADNE ODRZUCENIE OFERTY Z POWODU NIEZGODNOŚCI NR 3

MIRBUD/KOBYLARNIA/IBM ZAOFEROWAŁO POCHYLENIE PODŁUŻNE NA OBIEKCIE MS – 40 O WAI WYNOSZĄCYCH MIN. 1%.

Odwołujący kwestionuje zasadność dokonanej przez Zamawiającego analizy profilu podłużnego drogi S19 (załącznik nr 4.2 do pisma z dnia 23.06.2023 r.) i wskazuje, że wniosek jaki wyprowadził Zamawiający odnośnie oferty Odwołującego, że przyjął on w swoich rozwiązaniach projektowych pochylenie podłużne na obiekcie MS-40 o wartości 0,5%, czyli niezgodnie wymaganiami określonymi w PFU, jest całkowicie błędny.

Odwołujący podnosi, że uwidoczniona w Załączniku nr 4.2 do pisma z dnia 23.06.2023 r. „Estakada MS – 40" nie stanowi rozwiązania projektowego Odwołującego, a Zamawiający dokonał w tym zakresie dowolnej interpretacji w oderwaniu od kontekstu, czyli zakresu i przedmiotu postępowania wyjaśniającego, któremu profil podłużny służył.

Odwołujący wskazuje, że zarówno Załącznik nr 4.1 jak i Załącznik 4.2 zostały złożone przez Odwołującego w ramach wyjaśnień dnia 23 czerwca 2023 r. w odpowiedzi na pytanie nr 5 sformułowane przez Zamawiającego w drugim wezwaniu z dnia 14 czerwca 2023 r. Oba Załączniki stanowią merytoryczną całość, którą Zamawiający zdaje się pomijać, a które trzeba czytać i interpretować łącznie.

Natomiast wskazać również w tym miejscu należy, że pytanie nr 5 referowało do pytania nr 26 sformułowanego w pierwszym wezwaniu Zamawiającego z dnia 23 maja 2023 r. Odwołujący wskazuje na następujący kierunek i przedmiot prowadzonego postępowania wyjaśniającego.

W wezwaniu z dnia 23 maja 2023 r. Zamawiający sformułował pytanie nr 26, o treści następującej: „26. Prosimy o podanie długości pomostu obiektów: ES-34, ES-35, MS-37, MS-40, długość nawy tunelu T-3 oraz długość obiektu MS-38 przyjętych do ceny ofertowej."

Odwołujący na tak postawione pytanie udzielił odpowiedzi, cyt.: „Odpowiedź: Wykonawca poniżej przedstawia parametry obiektów przyjętych do oferty: ES-34 długość pomostu – 37,8 m; ES-35 długość pomostu – 162,8 m; MS-37 długość pomostu – 78,2 m; MS-40 długość pomostu – 221,21 m; T-3 długość nawy tunelu – 395 m; MS-38 długość obiektu – 15 m"

Zamawiający kontynuował wyjaśnienia w zakresie założenia Odwołującego w przedmiocie długości nawy tunelu T3, formułując w wezwaniu z dnia 14 czerwca 2023 r. pytanie nr 5 cyt.:

„5. W odpowiedzi na pytanie nr 26 Wykonawca przedstawił parametry obiektów: […] T-3 długość nawy tunelu – 395 m […].

W związku z przyjętą przez Wykonawcę do Oferty długością nawy tunelu wynoszącą 395 m prosimy o wyjaśnienie czy przyjęta długość tunelu:

- nie wpłynie na konieczność zmiany posiadanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,
- zapewni spełnienie warunków zawartych w SWZ w tym m.in. mając na uwadze uwarunkowania terenowe i konieczność powiązania z następnym odcinkiem drogi ekspresowej S19 przy konieczności zachowania parametrów styku jak w Koncepcji Programowej oraz powiązania z drogą wojewódzką nr 886 (węzeł "Domaradz");
- zapewni spełnienie wymogów PN-S-02205:1998 Drogi samochodowe Roboty ziemne Wymagania i badania, pkt. 2.5 Wymagania dotyczące podłoża budowli ziemnej "Suma obliczonych osiadań końcowych nasypu, podłoża wzmocnionego i podłoża rodzimego w okresie jego konsolidacji, nie powinna przekraczać 10 cm."
- spełni uwarunkowania środowiskowe, wynikające z przekazanej przez Zamawiającego DŚU (zał. nr 24 A-D PFU) w tym m.in. zapis „Wycinka drzew, związana z budową tunelu, obejmie jedynie obszar wlotu tunelu (na wylocie tunelu brak drzew). Drzewa nad tunelem nie będą usuwane, gdyż nie ma takiej konieczności, a głębokość posadowienia tunelu, będzie znacznie większa niż warstwa gleby i długość systemów korzeniowych drzew."

Zamawiający prosi o dołączenie do wyjaśnień pisemnych dowodów – analiz, opisów, a w szczególności rysunków technicznych (m.in. uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny) z uwzględnieniem portali wraz z lokalizacją budynków technicznych pozwalające

na ocenę przyjętych założeń w aspekcie ww. uwarunkowań."

Odwołujący udzielił odpowiedzi tłumacząc założoną długość nawy tunelu T3 odnośnie wskazanych przez Zamawiającego kwestii w sposób następujący: „Odpowiedź: Wykonawca potwierdza, że przyjęta długość nawy tunelu wynosząca 395 m :

- nie wpłynie na konieczność zmiany posiadanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,
- zapewni spełnienie warunków zawartych w SWZ w tym m.in. mając na uwadze uwarunkowania terenowe i konieczność powiązania z następnym odcinkiem drogi ekspresowej S19 przy konieczności zachowania parametrów styku jak w Koncepcji Programowej oraz powiązania z drogą wojewódzką nr 886 (węzeł "Domaradz");
- zapewni spełnienie wymogów PN-S-02205:1998 Drogi samochodowe Roboty ziemne Wymagania i badania, pkt. 2.5

Wymagania dotyczące podłoża budowli ziemnej "Suma obliczonych osiadań końcowych nasypu, podłoża wzmocnionego i podłoża rodzimego w okresie jego konsolidacji, nie powinna przekracza" 10 cm."
- spełni uwarunkowania środowiskowe, wynikające z przekazanej przez Zamawiającego DŚU (zał. nr 24 A-D PFU w tym m.in. zapis „Wycinka drzew, związana z budową tunelu, obejmie jedynie obszar wlotu tunelu (na wylocie tunelu brak drzew). Drzewa nad tunelem nie będą usuwane, gdyż nie ma takiej konieczności, a głębokość posadowienia tunelu, będzie znacznie większa niż warstwa gleby i długość systemów korzeniowych drzew."
Dodatkowo przygotowując swoją ofertę Wykonawca kierował się zapisami decyzji GDOŚ znak: DOOŚ-WDŚZIL.420.1.2020.JSz.4 z dnia 28 kwietnia 2021 roku zmieniającej decyzję GDOŚ znak:DOŚ-oal.4200.28.2015.18 z dnia 4 listopada 2016 m.in. w zakresie pkt. w punktu III. DŚU gdzie organ nałożył obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko w ramach postepowania w sprawie wydania zezwolenia na realizację inwestycji drogowej. Jednocześnie w tym punkcie w ramach ponownej przeprowadzonej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko nakazał odnieść się między innymi do kwestii:
- zakresu koniecznej wycinki i jej wpływu na środowisko (..)
- oddziaływania na środowisko na etapie realizacji oraz eksploatacji planowanych tuneli (…).
Wykonawca mając świadomość ryzyk jakie na niego nakłada kontrakt wyjaśnia, że dostosuje się do wyników z ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko i w przypadku niezbędnej konieczności dopuszcza wydłużenie tunelu jak i inną lokalizację budynków technicznych.
Do odpowiedzi dołączamy uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny z etapu oferty potwierdzający m.in. powiązanie z następnym odcinkiem przy zachowaniu parametrów styku jak w Koncepcji Programowej."
Profil podłużny będący załącznikiem graficznym ww. odpowiedzi, który dokumentował długość tunelu T3 i niweletę drogi w kontekście wymagań zachowania parametrów styku wskazanych w Koncepcji Programowej, nigdy nie miał na celu wskazywania pochylenia podłużnego estakady MS – 40. Ww. profil podłużny wraz z naniesionymi obiektami został sporządzony przez Zamawiającego w ramach Koncepcji Programowej (stanowiącej załącznik do PFU). Odwołujący naniósł na nim skorygowaną długość tunelu, jak również planowaną niweletę drogi. Wskazane tam obiekty inżynierskie m. in. obiekt MS – 40 stanowiły tylko tło dla niwelety planowanej przez Zamawiającego i nowoplanowanej niwelety wrysowanej przez Odwołującego. Nowoprojektowana niweleta referowała do przedmiotu wyjaśnień w zakresie powiązania projektowanej drogi z następnym odcinkiem przy zachowaniu parametrów styku jak w Koncepcji Programowej. Na taki zakres informacji, jako stanowiących wyjaśnienia treści oferty, wskazał Odwołujący w złożonej odpowiedzi cyt. *„Do odpowiedzi dołączamy uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny z etapu oferty potwierdzający m.in. powiązanie z następnym odcinkiem przy zachowaniu parametrów styku jak w Koncepcji Programowej."*Tym samym, całkowicie błędny jest wniosek Zamawiającego mając na względzie ww. okoliczności, że Odwołujący złożył jasne oświadczenie, że w cenie oferty uwzględnił spadek podłużny na obiekcie MS – 40 wynoszący 0,5%, gdyż nie jest to prawdą.
Odwołujący wskazuje, że Zamawiający otrzymał w ramach odpowiedzi na pyt. 4 w wyjaśnieniach z dnia 23 czerwca 2023 r. szkice - przekrój podłużny i przekrój poprzeczny obiektu MS – 40, które nie budziły żadnych wątpliwości w ramach przyjętych rozwiązań, a jeśli takowe by się zrodziły, to obowiązkiem Zamawiającego było je wyjaśnić, z tego względu, że pochylenie podłużne obiektu MS – 40 nie były w ogóle przedmiotem pytań Zamawiającego i odpowiedzi Odwołującego. Automatyczne odrzucenie więc oferty Odwołującego na bazie profilu podłużnego drogi i tunelu było wadliwe i przedwczesne.
Odwołujący podnosi, że w ramach odpowiedzi na Pytanie nr 2 (wezwanie z dnia 23 maja 2023 r.) w wyjaśnieniach z dnia 7 czerwca 2023 r. cyt.: „Czy Wykonawca przewiduje zmianę niwelety w stosunku do tej, która została zaproponowana w Koncepcji Programowej? Jeżeli tak to na jakim odcinku? Prosimy osobno podać informacje dla odcinka w tunelu i dla odcinka S19 poza tunelem"
udzielił następującej odpowiedzi:
„Odpowiedź: Wykonawca na przedmiotowej inwestycji przewiduje zmianę niwelety w stosunku do tej, która została zaproponowana w Koncepcji Programowej.
Na odcinku nr 1 z tunelem wraz z tymczasowym łącznikiem drogi ekspresowej S19 z drogą krajową nr 19 w m. Lutcza przewiduje się zmianę niwelety w stosunku do tej, która została zaproponowana w Koncepcji Programowej na długości od ok. km 38+448 do km ok. 43+900;
Na odcinku nr 2 S 19 poza tunelem wraz z węzłem „Domaradz" przewiduje się zmianę niwelety w stosunku do tej, która została zaproponowana w Koncepcji Programowej na długości od km ok. 43+900 do km 44+878,73."
Powyższe dosadnie potwierdza, że Odwołujący, że nie przyjął w tym przedmiocie danych ze zdezaktualizowanej Koncepcji Programowej.
Odwołujący dodatkowo podnosi, że spadek na obiekcie, na etapie określenia ceny za roboty, w systemie Projektuj i buduj, nie ma wpływu na kształtowanie ceny za roboty budowlane. Obiekty są wyceniane na podstawie założeń dot.

charakterystycznych parametrów takich jak długość, szerokość, ilości przęseł, rozpiętość przęseł.
Na marginesie, Odwołujący podnosi, że Zamawiający w stosunku do wykonawcy wybranego KOLIN, stosował inne, korzystniejsze warunki wyjaśniania treści oferty. Zamawiający wobec tego wykonawcy nie zażądał przedstawienia np. dowodów – analiz, opisów, a w szczególności rysunków technicznych (m.in. uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny) z uwzględnieniem portali wraz z lokalizacją budynków technicznych, które w przypadku Odwołującego zażądał w ramach pytania nr 5 w wezwaniu z dnia 14 czerwca 2023 r. Zakres postępowania wyjaśniającego w przedmiocie długości m. in. nawy tunelu T3 przedstawiała się odmiennie, cyt. „Prosimy o podanie długości pomostu obiektów: ES-34, ES-35, MS-37, MS-40, długość nawy tunelu T-3 oraz długość obiektu MS-38 przyjętych do ceny ofertowej. Ponadto prosimy o podanie informacji czy przyjęte długości ww. obiektów nie wpłyną na konieczność zmiany posiadanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, przy jednoczesnym spełnieniu wymagań zawartych w PFU, w tym m.in. pkt 1.2 Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia tj.: „Zmiana lub uzyskanie nowej decyzji środowiskowej możliwe jest tylko i wyłącznie wtedy gdy nie ma możliwości technicznych realizacji przedmiotu umowy w ramach granic określonych w DŚU.” Mając na uwadze, że obiekt MS-38 jest obiektem zatopionym w nasypie (co może rodzić rozbieżności w interpretacji parametru długości) prosimy o podanie przyjętej w Ofercie długości i szerokości obiektu (bez skrzydeł, wlotu i wylotu obiektu).”
ODP: W zakresie branży mostowej Wykonawca przedstawia poniżej długości obiektów:
Obiekt Długość obiektu: ES-34 58,30 m; ES-35 194,75 m; MS-37 75,90 m; MS-38 Długość części przelotowej: 10,60 m, Szerokość części przelotowej: 103,70 m; MS-40 232,40 m*
** Parametry długości i szerokości części przelotowej przyjęte zgodnie z nomenklaturą z Koncepcji Programowej.*
Długości obiektów inżynierskich do przygotowania oferty przyjęto, spełniając wymagania Tabeli nr. 1.1. w PFU „Wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, dodatkowych jezdniach oraz innych drogach i przeszkodach”. W przypadku obiektu MS-38 przewidziano konstrukcję posadowioną w nasypie, dla którego parametry przejścia definiował zapis pochodzący z DŚU pkt. 31) c mówiący o współczynniku względnej ciasnoty (≥ 0,7). Parametry przejścia obiektu MS-38 wynoszą w świetle: B=9,00m x H=8,20m, spełniając w/w współczynnik który wynosi 0,71.
W zakresie branży tunelowej wymiary użytkowe naw przedstawiono na Rys. 1 oraz opisano w pkt. 4. Dla tunelu T-3 do oferty cenowej przyjęto następujące długości naw: długość nawy lewej: 802m; długość nawy prawej: 780m
Przyjęte długości obiektów nie wpłyną na konieczność zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.
Zatem tego wykonawcy, Zamawiający nie spytał, o czy przyjęta długość tunelu:
- nie wpłynie na konieczność zmiany posiadanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,
- zapewni spełnienie warunków zawartych w SWZ w tym m.in. mając na uwadze uwarunkowania terenowe i konieczność powiązania z następnym odcinkiem drogi ekspresowej S19 przy konieczności zachowania parametrów styku jak w Koncepcji Programowej oraz powiązania z drogą wojewódzką nr 886 (węzeł "Domaradz");
- zapewni spełnienie wymogów PN-S-02205:1998 Drogi samochodowe Roboty ziemneWymagania i badania, pkt. 2.5 Wymagania dotyczące podłoża budowli ziemnej "Suma obliczonych osiadań końcowych nasypu, podłoża wzmocnionego i podłoża rodzimego w okresie jego konsolidacji, nie powinna przekraczać 10 cm."
- spełni uwarunkowania środowiskowe, wynikające z przekazanej przez Zamawiającego DŚU (zał. nr 24 A-D PFU) w tym m.in. zapis „Wycinka drzew, związana z budową tunelu, obejmie jedynie obszar wlotu tunelu (na wylocie tunelu brak drzew). Drzewa nad tunelem nie będą usuwane, gdyż nie ma takiej konieczności, a głębokość posadowienia tunelu, będzie znacznie większa niż warstwa gleby i długość systemów korzeniowych drzew.”
Zamawiający także nie poprosił tego wykonawcy o dołączenie do wyjaśnień pisemnych dowodów – analiz, opisów, a w szczególności rysunków technicznych (m.in. uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny) z uwzględnieniem portali wraz z lokalizacją budynków technicznych pozwalające na ocenę przyjętych założeń w aspekcie ww. uwarunkowań. (…)

W złożonej pismem z 28 listopada 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołaniu i wniósł o ich oddalenie w całości.

<u>W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:</u>

Zamawiający przytoczył treść art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1090/23 oraz z dnia 21 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 621/23 dot. odrzucenia oferty, która jest niezgodna z warunkami zamówienia.
Zamawiający wskazał, że Odwołujący przedstawił, na wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia w wymaganym zakresie, jak również załączył odpowiednie szkice, które wspólnie powinny stanowić potwierdzenie założeń przyjętych do sporządzenia treści oferty. To co pozostaje kluczowe, to fakt, że to Odwołujący był dysponentem poszczególnych informacji, a tym samym, to wyłącznie Odwołujący odpowiedzialny jest za zakres informacji przekazanych Zamawiającemu oraz ich prawidłowość. Zamawiający natomiast w sytuacji, w której zidentyfikował niezgodność niektórych założeń z treścią warunków zamówienia (w tym przypadku w szczególności z PFU) nie mógł

niejako pominąć tych rozbieżności, przyjmując tylko korzystną dla Odwołującego część wyjaśnień jako właściwą. Odwołujący zdaje się więc przerzucać na Zamawiającego obowiązek interpretacji wyjaśnień Odwołującego wedle niewyrażonych w wyjaśnieniach założeń, przyjmując, że Zamawiający powinien w zasadzie samodzielnie odgadnąć jakie parametry Odwołujący rzeczywiście przyjął do złożenia oferty, wbrew temu co wynikało z przedstawionych przez właśnie Odwołującego oświadczeń oraz dokumentów. Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 16 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1115/22 dot. wykazania zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego.
Zamawiający zwrócił uwagę, że nie ma znaczenia z punktu widzenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp istotność danej niezgodności z warunkami zamówienia, a także kwestia czy uwzględniono określoną informację, prowadzącą do niezgodności z warunkami zamówienia, świadomie czy jedynie wskutek nieprawidłowego jej ujęcia. Zamawiający bowiem zawsze, w sytuacji, gdy identyfikuje niezgodność z warunkami zamówienia, zobowiązany jest do odrzucenia oferty, oczywiście z uwzględnieniem obowiązku poprawienia omyłek w trybie i na zasadzie przepisów ustawy Pzp.
Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący zdaje się także nie dostrzegać, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie konstytuuje tożsamego zobowiązania po stronie zamawiającego jak w przypadku wyrażonego w zakresie podmiotowych środków dowodowych na gruncie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przywołał tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2023 r., w sprawie o sygn. akt KIO 848/23.
Zidentyfikowane przez Zamawiającego w niniejszej sprawie niezgodności z warunkami zamówienia nie wzbudzały natomiast dalej idących wątpliwości po stronie Zamawiającego i nie sposób uznać, aby Zamawiający był zobligowany do kierowania kolejnych wezwań do wyjaśnień, mając na uwadze, że Zamawiający, działając w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się dwukrotnie do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w celu ustalenia stopnia gotowości do realizacji kontraktu oraz o wyjaśnienie czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno – Użytkowym (dalej: PFU).

Odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności polegającej na zaoferowaniu wykonania drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz zapewniającej dojazd do wjazdu awaryjnego o szerokości mniejszej niż min. 5.0 m.

Przechodząc do oceny niezgodności oferty Odwołującego polegającej na zaoferowaniu wykonania drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz zapewniającej dojazd do wjazdu awaryjnego o szerokości mniejszej niż min. 5.0 m (oznaczonej jako Niezgodność nr 1 w Odwołaniu), w pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający w ramach pytań technicznych zwrócił się do Odwołującego z zapytaniem o przyjętą m.in. długość obiektów, w tym obiektu MS-38. Odwołujący poinformował, że przyjął w swoich założeniach projektowych na potrzeby sporządzenia oferty obiekt o długości 15 m. Zamawiający mając na uwadze, że przedmiotowy obiekt jest zatopiony w nasypie (co może rodzić rozbieżności w interpretacji parametru długości), zwrócił się do Odwołującego o podanie zarówno szerokości jak i długości obiektu – dając tym samym możliwość precyzyjnej odpowiedzi na zadane pytanie. W tym miejscu należy więc zwrócić uwagę, że w przypadku gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści złożonych wyjaśnień zwracał się pisemnie do Odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień.
Zamawiający, w celu umożliwienia weryfikacji przyjętych założeń projektowych, zwrócił się do Odwołującego by w ramach analiz, opisów, dołączył w szczególności, potwierdzające jego oświadczenia, rysunki techniczne (m.in. uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny) z uwzględnieniem portali wraz z lokalizacją budynków technicznych pozwalające na ocenę przyjętych założeń w aspekcie ww. uwarunkowań. Wobec powyższego, dołączenie szkicu obiektu MS-38, wynikało wprost z prośby Zamawiającego. Odwołujący udzielił w tym zakresie wyjaśnienia oraz dodatkowo załączył szkic obiektu MS-38. Zamawiający analizując złożony szkic (załącznik nr 1 do pisma z dnia 23.06.2023 r.) stwierdził, że Odwołujący przyjął w swoich rozwiązaniach projektowych szerokość jezdni lewostronnej drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz zapewniającą dojazd do wjazdu awaryjnego - równą 3,0 m. W związku z tym, że wymiar 3.0 m wynika ze szkicu sporządzonego i przedłożonego przez Odwołującego, nie sposób twierdzić jakoby *„Odwołujący nigdy i nigdzie nie złożył oświadczenia, że w cenie oferty uwzględnił wykonanie drogi zapewniającą obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego o jezdni szerokości 3,0 m, zamiast min. 5,0 m.”*, jak podnosi na str. 13 Odwołania.
Zgodnie natomiast z wymaganiami PFU pkt 1.1.3.3*Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich, Tabela nr 1.1. Wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, dodatkowych jezdniach oraz innych drogach i przeszkodach,* Odwołujący zobowiązany został do poprowadzenia nad obiektem MS-38 trasy głównej wraz z obustronnie zlokalizowanymi drogami zapewniającymi obsługę tunelu i budynków technicznych.
Jednocześnie, mając na uwadze postanowienia PFU pkt 1.1.3.2*Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren* drogi zapewniające obsługę tunelu i budynków technicznych należy wykonać o szerokości jezdni 5,0 m. Ponadto, wybrany wykonawca, zobowiązany będzie do wykonania drogi stanowiącej dojazd do wjazdu awaryjnego zlokalizowanego przy portalu południowym tunelu T-3 o jezdni szerokości min. 5,0 m – zgodnie z

PFU pkt 1.1.3.2 *Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren: „Lokalizację wjazdów należy ustalić co najmniej w rejonie przejazdów awaryjnych oraz po północnej i południowej stronie tunelu T-3, przed portalami tunelu po obu stronach drogi ekspresowej S19. Drogę zapewniającą dojazd do wjazdu awaryjnego należy wykonać o jezdni szerokości min. 5,0 m i o kategorii ruchu min. KR 2.”.*

Zamawiający tym samym, jak wykazano powyżej, wielokrotnie zwracał uwagę w SWZ na istotną kwestię przyjęcia szerokości obustronnych jezdni zapewniających obsługę tunelu i budynków technicznych oraz zapewniających dojazd do wjazdu awaryjnego o szerokości co najmniej 5,0 m.

Należy zauważyć, że Odwołujący przekazując szkic obiektu MS-38, odpowiedział wprost skąd wynika przyjęta przez niego do oferty długość obiektu. Biorąc pod uwagę, że obiekt służy do przeprowadzenia drogi nad przeszkodą, szerokość elementów drogi (w tym wyżej wspomnianych dróg) ma bezpośredni wpływ na parametry obiektu, w przedmiotowym przypadku na długość obiektu MS-38. Wspomniana natomiast przez Odwołującego kanalizacja deszczowa bądź kanał technologiczny, który został pominięty na szkicu, są elementami, których możliwe jest umieszczenie w koronie/korpusie drogi w sposób nie mający wpływu na docelową szerokość korony drogi (np. umieszczenie kanalizacji deszczowej w pasie dzielącym bądź umieszczenie kanału technologicznego w poboczu).

Reasumując, przyjęcie węższej niż wymaga tego PFU drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz zapewniającej dojazd do wjazdu awaryjnego, skutkuje nie tylko oszczędnością w budowie przedmiotowej drogi, ale również w budowie przedmiotowego obiektu, za pomocą którego przekraczana jest przeszkoda. O ile sama w sobie oszczędność nie jest oceniana negatywnie, ale mając na uwadze oczywistą niezgodność z PFU, a tym samym dokumentacją postępowania nie można zaaprobować oferty jako zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. W konsekwencji powyższego, jednoznacznie można stwierdzić, że Odwołujący przyjął niezgodne z Wymaganiami Zamawiającego założenia projektowe, tj. szerokość drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz zapewniającej dojazd do wjazdu awaryjnego, a tym samym, zaprojektował obiekt MS-38 niezgodnie z minimalnymi wymaganiami określonymi w SWZ – co ma niewątpliwy wpływ na cenę oferty. W chwili obecnej natomiast Odwołujący próbuje kreować wrażenie jakoby przyjęta szerokość 3.0 m miała charakter nieznaczącej informacji, a co więcej, informacji, która powinna wywołać po stronie Zamawiającego wątpliwości skutkujące kolejnym dopytywaniem „czy na pewno” Odwołujący przyjmuje określony wymiar jako właściwy.

Ponadto, Odwołujący próbuje wykazać, że pomimo nieprawidłowej szerokości przedmiotowej drogi, szerokość obiektu wynosząca 127.50 m jest wystarczająca do pokonania przeszkody. W ocenie Zamawiającego, powyższa deklaracja, nie jest możliwa do spełnienia bez konieczności wprowadzenia zmian w obiekcie, które spowodowałyby wzrost kosztów obiektu i nie zwalnia Odwołującego od sporządzenia oferty (wyjaśnień do oferty) zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. Jak już bowiem wyżej wskazano, nie sposób wymagać od Zamawiającego, aby dopytywał się podmiot składający ofertę, czy „aby na pewno” przyjmuje dany parametr jako właściwy.

Finalnie trzeba zaznaczyć, że fakt, iż Zamawiający zapytał Odwołującego o długość obiektu, a nie o szerokość dróg, nie wynika z - jak to opisuje Odwołujący – rzekomej nieistotności przedmiotowego asortymentu robót, lecz z postanowień PFU, w których przedmiotowe drogi mają sztywno określoną szerokość, a obiekty inżynierskie składający ofertę mieli możliwość kształtowania wedle własnych rozwiązań projektowych z uwzględnieniem wymogów określonych w SWZ. Bez względu zatem na to czy Zamawiający zażądał wyjaśnień w tym zakresie, Odwołujący był zobligowany, składając ofertę, do przyjęcia w ramach założeń projektowych, szerokości drogi zgodnej z założeniami PFU.

Odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty polegającej na zaoferowaniu usytuowania budynków technicznych nad tunelem T-3

Przechodząc do niezgodności oznaczonej w Odwołaniu jako Niezgodność nr 2, trzeba podkreślić, że w udzielonych wyjaśnieniach Odwołującego szczególną uwagę Zamawiającego wzbudziła kwestia rozwiązań projektowych związanych z wykonaniem najbardziej cenotwórczego asortymentu robót tj. budową tunelu T-3. Podczas prac prowadzonych na etapie sporządzania i uzgadniania Koncepcji Programowej (dalej: KP), po wielu analizach, przyjęto rozwiązania, w których długość tunelu wyniosła 990 m. Należy podkreślić, że długość ta nie została „usztywniona” w PFU, a Koncepcja Programowa nie ma wiążącego charakteru, wobec czego podmiot składający ofertę, w przedmiotowym zakresie miał swobodę projektowania. Jednakże, z informacji uzyskanych w wyjaśnieniach udzielonych przez Odwołującego w piśmie z dnia 7 czerwca 2023 r. wynikało, że przyjął do oferty długość tunelu wynoszącą jedynie 395 m, deklarując przy tym przyjęcie pochylenia podłużnego w tunelu od 0,5% do 3,0%. Należy podkreślić, że góra Hyb wraz z okolicznym teren charakteryzuje się dużym przewyższeniem terenu (stromymi zboczami).

Wobec powyższego, skrócenie długości tunelu o ponad 60% w stosunku do długości założonej w ramach KP oraz przyjęciem pochylenia podłużnego w zakresie od 0,5% do 3 %, wobec wymaganego zgodnie z PFU pkt 1.1.3.1 *Droga ekspresowa*, od 1% do 3 %, wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co do zgodności oferty z SWZ oraz technicznej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia z tak istotną zmianą długości tunelu (m.in. jak w tej sytuacji ukształtowano niweletę drogi ekspresowej i jak wpływa ona na pozostałe elementy drogi jak np. tunel (w tym portale) wraz

z konieczną pozostałą infrastrukturą – w tym m.in. budynki techniczne, które jak opisano poniżej obwarowane są licznymi wymaganiami określonymi w PFU). Zamawiający zwrócił się ponownie do Odwołującego o doprecyzowanie złożonych w dniu 07 czerwca 2023 r. wyjaśnień dotyczących treści złożonej ofert, a w szczególności dołączenie do wyjaśnień pisemnych dowodów – analiz, opisów, a w szczególności rysunków technicznych (m.in. uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny) z uwzględnieniem portali wraz z lokalizacją budynków technicznych pozwalających na ocenę przyjętych założeń w aspekcie ww. uwarunkowań. Odwołujący pismem z dnia 23 czerwca 2023 r. złożył wyjaśnienia, wraz z załącznikami, w których rozwiał wątpliwości m.in. w zakresie przyjętego pochylenia podłużnego w tunelu.

Tym samym, zarzut wobec Zamawiającego o braku woli wyjaśniania oferty Odwołującego w przypadku wątpliwości, wielokrotnie przywoływany przez Odwołującego, nie znajduje uzasadnienia w kontekście rzeczywiście podejmowanych przez Zamawiającego czynności, gdyż powyższy opis podjętych procedur potwierdza, że w przypadku zaistnienia wątpliwości oraz podejrzenia niezgodności z SWZ, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

To co również wymaga wyjaśnienia w tym miejscu to fakt, że już z treści wezwania wynikało, iż Zamawiający dąży do uzyskania informacji o lokalizacji budynków technicznych. Nie jest więc jasne co ma na myśli Odwołujący wskazując na str. 17 Odwołania, że: *„nie został poproszony o wskazanie szczegółowego usytuowania budynków technicznych”* i kwalifikując powyższy rzekomy brak wezwania do *szczegółowego usytuowania* jako uzasadniający przedstawienie szkicu ukazującego umieszczenie budynków niezgodnie z PFU.

Oczywiste jest natomiast, że jeżeli usytuowanie budynków technicznych przedstawionych przez Odwołującego, a zakładane na etapie składania oferty, zostało zaplanowane przez Odwołującego w sposób sprzeczny z PFU, to bez względu na treść wezwania do wyjaśnień, oferta Odwołującego pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający analizując złożony uproszczony plan sytuacyjny (załącznik nr 3 do pisma z dnia 23.06.2023 r.) stwierdził, że Odwołujący przyjął w swoich rozwiązaniach projektowych usytuowanie budynków technicznych nad tunelem, tj. niezgodnie z wymaganiami określonymi w PFU pkt 2.1.16.7.2 *Wymagania podstawowe dla Centrum Zarządzania Tunelami i budynków technicznych: „Do prawidłowego funkcjonowania tunelu należy zaprojektować i wykonać 2 budynki techniczne zlokalizowane w strefach przyportalowych tunelu (nie dopuszcza się lokalizacji w pasie rozdziału dr. eksp. S19 oraz nad tunelem)”.*

Rysunek 1 Załącznik nr 3 do pisma Odwołującego z dnia 23 czerwca 2023 r.

Tym samym Odwołujący wykazał, że w sposób istotny przyjął odmienne założenia projektowe niż wymagane przez Zamawiającego. W tym przypadku nie zaistniały po stronie Zamawiającego wątpliwości. Przyjęcie takiego uproszczenia w sposób znaczący mogło bowiem zaważyć na ostatecznej cenie oferty, gdyż mogło wpłynąć m.in. na zmniejszenie konstrukcji portalu tunelu (związaną z mniejszą zajętością terenu przez portale (mniejszą szerokością portali), obok których (w strefach przyportalowych) powinny zostać zlokalizowane budynki techniczne wraz z całą infrastrukturą w tym m.in. dwoma miejscami postojowymi dla pojazdów o długości do 18 m i masie do 20 t przy każdym z budynków technicznych BT-5 i BT- 6, co również warunkowało możliwość przyjęcia określonej niwelety drogi ekspresowej oraz tunelu.

Odwołujący w pkt 38 i 39 przedmiotowego Odwołania przedstawia jednocześnie pogląd, że w załączonym uproszczonym planie sytuacyjnym (załącznik nr 3 do pisma z dnia 23 czerwca 2023 r.) sporne budynki techniczne nie znajdują się nad konstrukcją tunelu, tylko na wysokości jezdni, za portalem, *de facto* w tunelu. W ocenie Zamawiającego jest to nieudana próba wybrnięcia Odwołującego z co najmniej niedopatrzenia i przyjęcia lokalizacji budynków technicznych niezgodnie z postanowieniami PFU, a zarazem obciążenia Zamawiającego odpowiedzialnością za rzekomo nieprawidłową interpretację wyjaśnień. O nieprawidłowości założenia o umieszczeniu budynków w tunelu w kontekście wymogów PFU, świadczą również wymagania przypisane przedmiotowym budynkom technicznym, które w sposób oczywisty warunkują lokalizację obok/w pobliżu portali, a nie w tunelu (za portalem):

PFU pkt 2.1.16.7.2 *Wymagania podstawowe dla Centrum Zarządzania Tunelami i budynków technicznych*

„Budynki techniczne BT-5 i BT-6

- Budynki dostosować do uwarunkowań wynikających z lokalizacji inwestycji w oparciu o obowiązujące normy dotyczące obciążeń oraz oddziaływania na konstrukcje w obliczeniach statycznych – obciążenie śniegiem. Kąt nachylenia dachu należy dostosować do warunków klimatycznych [należy zastosować dach o kącie nachylenia w zakresie (30÷45)o]. Zamawiający nie dopuszcza zastosowania dachów płaskich.

- Wokół budynku musi być wykonany opaska o szerokości minimum 0,90 m.

- Teren wokół musi być ogrodzony z automatyczną rozsuwaną bramą.

- Parking przed budynkami musi posiadać 4 miejsca postojowe dla pojazdów osobowych o długości 5,0 m oraz 2 miejsca postojowe dla pojazdów o długości do 18m i masie do 20 t.

- Parking musi zapewniać możliwość swobodnego nawracania i przemieszczania pojazdów.

Należy wykonać instalację:

- odgromową – ochrona podstawowa,

Dojazd do budynków technicznych należy zapewnić co najmniej w następującym zakresie:

- Poprzez układ dróg równoległych do drogi ekspresowej (dodatkowych jedni i dróg zapewniających obsługę tunelu i budynków technicznych),

- Bezpośrednio z drogi ekspresowej poprzez zjazd z drogi z wykorzystaniem dodatkowych pasów włączenia i wyłączenia (o szer. pasa ruchu 3,50 m), powstałych na bazie pasa awaryjnego (już tylko ten wymóg jednoznacznie wskazuje, że budynki mają znajdować się po zewnętrznej stronie drogi ekspresowej S19 a nie w jej środku tj. w pasie dzielącym, pomiędzy nawami tunelu itd.). *Długość tych pasów należy dobrać indywidualnie z uwagi na specyficzny i okresowy rodzaj użytkowników i uzgodnić na dalszym etapie realizacji z Inżynierem Kontraktu i Zamawiającym. Należy zapewnić możliwość wjazdu i wyjazdu w każdej relacji wykorzystując przejazdy awaryjne, które mają być zaopatrzone w automatyczne szlabany sterowane przez obsługę i CZT.*

- Do obiektów są wymagane drogi pożarowe.".

Powyższe postanowienia w sposób jednoznaczny wskazują, że Zamawiający wymaga wykonania budynków obok portali tunelu, a nie, wewnątrz tunelu, które będą zintegrowane z konstrukcją portalu/tunelu.

Co więcej, Zamawiający, wymaga wykonania budynków technicznych, przy dochowaniu wszelkich wymogów wynikających z przepisów prawa. Zgodnie natomiast z art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, przez *budynek* należy rozumieć taki obiekt budowlany, „*który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach".* Jak wskazał NSA w wyroku z dnia 28 listopada 2019 r., sygn. akt II OSK 131/18:*Obiekt budowlany wykonany bez przegród zewnętrznych, fundamentów bądź bez dachu lub niezwiązany trwale z gruntem, nie odpowiada określonym w przepisie warunkom i w związku z tym nie może być uznawany za budynek.*

Natomiast zgodnie z § 126 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2022 r. poz. 1225): *Dachy i tarasy, a także zagłębienia przy ścianach zewnętrznych budynku powinny mieć odprowadzenie wody opadowej do wyodrębnionej kanalizacji deszczowej lub kanalizacji ogólnospławnej, a w przypadku braku takiej możliwości - zgodnie z § 28 ust. 2.*

Mając więc na uwadze ww. wymagania zawarte w PFU, jak również przepisy prawa, „budynek" zagłębiony w całości poniżej tunelu i zlokalizowany pomiędzy nawami tunelu, nie spełnia wymagań Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień, jako profesjonalny i doświadczony podmiot działający z należytą starannością, ubiegający się o realizację tak ważnego i skomplikowanego zamówienia, powinien udzielić odpowiedzi w sposób kompletny oraz przemyślany. Wybiórcze uznanie Odwołującego co jest wiążące w przekazanych materiałach a co jest zaledwie szkicem dodanym „przy okazji" złożonych wyjaśnień jest wysoce nieprofesjonalne i budzi wątpliwość co do rzetelnego i przemyślanego sporządzenia wyceny złożonej oferty.

Odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności polegającej na przyjęciu pochylenia podłużnego na obiekcie MS-40 o wartości mniejszej niż 1,0 %

Odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach z dnia 7 czerwca 2023 r. poinformował Zamawiającego m.in. o zmianie na całym odcinku drogi niwelety w stosunku do rozwiązań z przewidzianych w KP. Wobec powyższego, Zamawiający w ramach zadanych Odwołującemu w trybie art. 223 ust. 1 tzw. pytań technicznych, zwrócił się do Odwołującego o dołączenie do wyjaśnień pisemnych dowodów – analiz, opisów, a w szczególności rysunków technicznych (m.in. uproszczony plan sytuacyjny i profil podłużny) z uwzględnieniem portali wraz z lokalizacją budynków technicznych pozwalające na ocenę przyjętych założeń w aspekcie ww. uwarunkowań.

Tym samym, Odwołujący do wyjaśnień z dnia 23 czerwca 2023 r., załączył profil podłużny drogi S19 (załącznik nr 4.2 do pisma z dnia 23 czerwca 2023 r.), z którego wynika, że przyjęto w rozwiązaniach projektowych pochylenie podłużne na obiekcie MS-40 o wartości 0,5 %, co pozostaje niezgodne z wymaganiami określonymi w PFU, tj.:

- pkt 2.1.16.2.1 *Rozwiązania budowlano-konstrukcyjne (wprowadzonymi Zmianą nr 37 z dnia 01.02.2023 r.)*: *„Wyklucza się możliwość projektowania drogowych obiektów inżynierskich w ciągu drogi klasy S, których niweleta jezdni będzie miała pochylenie mniejsze niż 1,0%. (...)"* oraz

- WR-M-11 *Wytyczne projektowania elementów powiązania drogowych obiektów inżynierskich z terenem i drogą* [wymienione w PFU pkt 3.1 *Wykaz aktów prawnych aktualnych lub dotychczasowych (w zakresie wiedzy technicznej) oraz inne dokumenty*, wprowadzonymi zmianą nr 4 z dnia 23.01.2023 r.*], „5.4.2. Pochylenia podłużne (…):*

(2) Pochylenie niwelety na obiekcie mostowym powinno spełniać wymagania:

a) być nie większe niż 4%, przy czym dopuszcza się większe pochylenie w przypadku, gdy rodzaj konstrukcji zapewnia stateczność obiektu, a niweleta jezdni wymusza takie rozwiązanie,

b) być nie mniejsze niż 1%, z wyjątkiem odcinków w obrębie wierzchołków krzywych wypukłych, gdzie dopuszcza się mniejsze pochylenie.".

Odwołujący podnosi natomiast na str. 21 Odwołania, że przekazał w ramach wyjaśnień wyłącznie niweletę związaną z

budową tunelu T-3 oraz dowiązanie do styku z kolejnym odcinkiem projektowanej drogi S19, a tło przedstawionego profilu stanowi jedynie „podkład" sporządzony przez Zamawiającego w ramach KP. Jednakże Odwołujący, pominął istotny szczegół tzn., że w ramach nowoprojektowanej niwelety naniósł również przyjęte przez siebie pochylenie podłużne na długości wspomnianego odcinka jak również podał kilometraż oraz rzędne wysokościowe projektowanej niwelety (które również pozwalają na obliczenie zaprojektowanego przez spadku podłużnego na długości przedmiotowego obiektu). Zatem Odwołujący jednoznacznie określił, że na wysokości przekraczania obiektem MS-40 rzeki Stobnica przyjął pochylenie podłużne o wartości 0,5 %. Kontekst przedmiotowego pytania technicznego i wątpliwości Zamawiającego opierały się na możliwości dowiązania wysokościowego tak wyniesionego przez Odwołującego tunelu T-3 w stosunku do styku, który posiada sztywno określone rzędne wysokościowe terenu. Wobec powyższego, podanie pochyleń pozostawało kluczowym aspektem pytania i nie mogły zostać przyjęte jako tło, czy podane szczegóły „przy okazji: Zamawiający, jak wskazał powyżej, dwukrotnie zwracał uwagę odnośnie minimalnych spadkach na obiektach. Należy zauważyć, że zmniejszenie zakresu pochylenia podłużnego jaki może zastosować Odwołujący na długości obiektu inżynierskiego z 0,5%-4% na 1%-4% może mieć wpływ na przebieg niwelety i na szereg asortymentów robót z tym związanych (np. ilości robót ziemnych, wysokość podpór obiektu) wobec czego oferta może stać się bardziej konkurencyjna w stosunku do ofert pozostałych potencjalnych wykonawców, którzy przyjęli pochylenia zgodne z wymaganiami określonymi w SWZ.

Ponadto, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w przypadku wątpliwości mógł wystosować zapytanie z prośbą o wyjaśnienie. Jednakże w przekazanym szkicu obiektu MS-40 (załącznik nr 2 do pisma Odwołującego) nie wykazano pochylenia podłużnego, jedynym miejscem jest wspomniany powyżej przekrój podłużny. Dodatkowa weryfikacja przyjętego spadku podłużnego przy pomocy *„Narzędzia wymiarowego"* będącego częścią programu Adobe Acrobat Reader, na przekazanym szkicu obiektu MS-40 (załącznik nr 2 do pisma Odwołującego) potwierdziła zbieżność zaprojektowanego spadku podłużnego na obiekcie MS- 40 z wykazanym przez Odwołującego spadkiem podłużnym niwelety. W przypadku, gdyby na szkicu podany zostałby prawidłowy zakres, a na przekroju przyjęto odmienny można byłoby przyjąć, że po stronie Zamawiającego mogła zajść wątpliwość co do przyjętego pochylenia. Jednakże, Odwołujący wykazał jedynie, że przyjął nieprawidłową wartość, Zamawiający nie miał wobec powyższego co do tego wątpliwości. Wystosowanie pytania miałoby charakter preferencyjny poprzez zwrócenie uwagi o niepoprawnym przyjęciu wartości, a nie prowadziłyby do rozwiania wątpliwości, co byłoby niezgodne z zasadami równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się w tym miejscu do twierdzeń wyrażonych w pkt 56 Odwołania (s. 22 Odwołania) Zamawiający wyjaśnia, że wybrany wykonawca przyjął w swoich założeniach przybliżoną długość tunelu w stosunku do rozwiązań z KP. Ponadto, pochylenie podłużne w tunelu nie było rozbieżne z Wymaganiami Zamawiającego, jak to ma miejsce w ofercie Odwołującego. Wobec powyższego rozwiązania przedstawione przez spółkę KOLIN nie budziły wątpliwości Zamawiającego i nie wymagały wystosowania dodatkowego pisma z doprecyzowaniem wyjaśnień, jak to miało miejsce w przypadku odpowiedzi złożonych przez Odwołującego.

Reasumując, Zamawiający podkreśla, że wyjaśnienia treści oferty składane na niezakwestionowane wezwanie Zamawiającego wystosowane w toku badania oferty, wiążą Odwołującego na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie jak treść złożonej oferty, gdyż stanowią jej integralną część. Tym samym, również stwierdzone w toku badania wyjaśnień sprzeczności, mogą stanowić podstawę do uznania, że oferta złożona w postępowaniu podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2023 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1191/22. Przy czym Zamawiający zaznaczył, że pomimo tego, że powyższy wyrok odnosi się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to w analogiczny sposób należy również pojmować wyjaśnienia złożone w wyniku odpowiedzi na pytania zadane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym, w związku z udzielonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami, Zamawiający stwierdził istotną niezgodność złożonej oferty z dokumentami zamówienia. Przekazanie Zamawiającemu rysunków zawierających niezgodności z PFU świadczy, zdaniem Zamawiającego, o braku zapoznania się Odwołującego z podstawowymi dokumentami i informacjami zawartymi w dokumentach zamówienia oraz nieprawidłowym przygotowaniu i wycenie Oferty. Sam fakt wyjaśnień złożonych w formie obrazującej projektami/rysunkami, a nie opisowej nie eliminuje wyjaśnień jako takich oraz nie niweczy formy pisemnej wyjaśnień – a tym samym podlegają ocenie prze Zamawiającego jak każdy inny element wyjaśnień.

Co pozostaje kluczowe w kontekście argumentacji dotyczącej rzekomo świadomego braku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, Zamawiający ponownie podkreśla, że w momencie podjęcia wątpliwości oraz w przypadku niejednoznaczności w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach wystosował dodatkowe pismo o sprostowanie/wyjaśnienie informacji dotychczas przekazanych. Ponadto fakt, że Zamawiający dopytał drugi raz o niektóre zagadnienia, świadczy o tym, że dał Odwołującemu szansę na wyjaśnienia niejasności jak to miało miejsce

np. w przypadku wykazania przyjęcia pochylenia w tunelu w widełkach niezgodnych z SWZ. Co więcej, potwierdza to okoliczność przeanalizowania przez Zamawiającego oferty Odwołującego w sposób skrupulatny i dokładny. W kwestiach jednak stanowiących podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego nie zaistniała okoliczność, która mogła obiektywnie budzić wątpliwość. We wszystkich trzech przypadkach Odwołujący przyjął wprost rozwiązania niezgodne z minimalnymi wymaganiami określonymi w SWZ. Zamawiający nie może zwracać się do Odwołującego o sprostowanie błędów projektowych związanych z przyjęciem do oferty rozwiązań niezgodnych z SWZ.

Ponadto, Zamawiający zadając pytania techniczne w celu weryfikacji czy wykonawca ujął wszystkie wymagania w swojej ofercie, zobowiązany jest do szczegółowej weryfikacji nie tylko konkretnego wąskiego zakresu oferowanego asortymentu czy parametrów, ale również ogółu. Przeoczenie czynników cenotwórczych byłoby istotnym zaniedbaniem ze strony Zamawiającego. Jednocześnie, wprost wskazanie błędów i umożliwienie dostosowania oferty do wymogów wynikających z SWZ, byłoby nierównym traktowaniem wykonawców i świadczyłoby o stronniczości Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień w oparciu o przepis art. 223 ust. 1, jako profesjonalny podmiot ubiegający się realizację tak dalece skomplikowanego zamówienia, powinien udzielić odpowiedzi w sposób możliwie konkretny i przemyślany. Zamawiający natomiast nie może traktować wybiórczo, wedle uznania Odwołującego, które oświadczenia/dokumenty są wiążące, a co było zaledwie szkicem, „przy okazji" dodanym do złożonych wyjaśnień. Wobec powyższego, nieakceptowalne jest stwierdzenie, że Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie nieweryfikowalnych domysłów i interpretacji Zamawiającego.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 29 listopada 2023 r. odniósł się do twierdzeń wyrażonych w odpowiedzi na odwołanie.

Wykonawca KOLIN INŞAAT, TURIZM SANAYI VE TICARET ANONIM ŞIRKETI, Turcja działający przez K INŞAAT, TURIZM SANAYI VE TICARET SPÓŁKA AKCYJNA ODDZIAŁ W POLSCE (dalej jako: „KOLIN") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W piśmie z dnia 28 października 2023 r. odniósł się do zarzutów odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości.

Wykonawca STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin, Chin zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W piśmie z dnia 28 października 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIMEX SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą Warszawie, GULERMAK AGIR SANAYI INSAAT VE TAAHHUT ANONIM SIRKETI SPÓŁKA AKCYJNA, Turcja dzia przez GULERMAK AGIR SANAYI INSAAT VE TAAHHUT ANONIM SIRKETI SPÓŁKA AKCYJNA ODDZIAŁ W PO GÜLERMAK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „BUDI zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia uczestników postępowania: KOLIN oraz MIRBUD jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, pismach procesowych a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez:

1. Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3444/23 na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, mianowicie: opinię dotyczącą konieczności wzmocnienia podłoża; szkic lokalizacji zabezpieczeń osuwisk wg. wyjaśnień KOLIN; szkic lokalizacji wzmocnienia podłoża gruntowego wg. wyjaśnień KOLIN; rysunek – fragment przekroju podłużnego lewej nitki tunelu T3
2. uczestnika postępowania KOLIN w sprawie o sygn. akt KIO 3444/23 wraz z pismem procesowym z dnia 28 listopada 2023 (karty katalogowe badań) oraz na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, mianowicie: dokument obrazujący wzmocnienia z Koncepcji Programowej zaaprobowane przez Opinię w jej wnioskach
3. Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3448/23 na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron oraz na rozprawie, mianowicie: przekrój poprzeczny dotyczący niezgodności wskazanej w pkt 2 informacji o wyborze; opinia Politechniki

Wrocławskiej dot. pojęcia tunelu; opinia Politechniki Śląskiej wraz z załącznikami; oświadczenie Zespołu Projektowego

4.uczestnika postępowania KOLIN w sprawie o sygn. akt KIO 3448/23 na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron oraz na rozprawie, mianowicie: powiększone rysunki wskazane w treści pisma procesowego z dnia 28 listopada 2023 r.; rysunek – widok planu tuneli; rysunek – niweleta drogi ekspresowej S19

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodu przedłożonego przez uczestnika postępowania KOLIN na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 3448/23, tj.: rysunku środkowej nawy tunelu przyjęta na podstawie wymagań z SWZ co do konieczności wykonania parkingu przed budynkami technicznymi jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie odniósł się do konieczności wykonania parkingu przed budynkami technicznymi.

Izba ustaliła, że:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami w dużej mierze nie był sporny. Poza sporem było w szczególności, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km.

Poza sporem było to, że Zamawiający wezwał w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp uczestnika postępowania KOLIN oraz odwołującego MIRBUD do złożenia wyjaśnień.

Wskazane w odwołaniach postanowienia SWZ i załączników do SWZ, treść wezwań kierowanych do uczestnika postępowania KOLIN oraz odwołującego MIRBUD jak również treść wyjaśnień ww. wykonawców odpowiadają rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Bezsporne było to, że Zamawiający dopuścił zmianę długości tunelu T-3, jak również to, że uczestnik KOLIN oraz odwołujący MIRBUD z możliwości takiej skorzystali.

W sprawie o sygn. akt KIO 3448/23 bezsporne było to, że:

1)Zamawiający wymagał aby szerokość drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego była równa 5.0 m. Z kolei ze szkicu przedłożonego przez Odwołującego wynika, że lewostronna jezdnia ma szerokość 3.0 m.

2)Zgodnie z pkt 2.1.16.7.2 PFU Wymagania podstawowe dla Centrum Zarządzania Tunelami i budynków technicznych: „*Do prawidłowego funkcjonowania tunelu należy zaprojektować i wykonać 2 budynki techniczne zlokalizowane w strefach przyportalowych tunelu (**nie dopuszcza się lokalizacji** w pasie rozdziału dr. eks. S19 oraz **nad tunelem**)*."

3)Na szkicu (załącznik nr 4.1) Odwołujący zaznaczył pochylenie podłużne na obiekcie MS-40 o wartości 0,5 %. Z kolei Zamawiający wymagał pochylenia o wartości wynoszącej min. 1%.

Osią sporu w sprawie o sygn. akt KIO 3444/23było ustalenie czy wyjaśnienia uczestnika KOLIN wskazują na niezgodność jego oferty z wymaganiami Zamawiającego w zakresie wzmocnienia podłoża gruntowego na odcinkach wskazanych w odwołaniu oraz zabezpieczenia osuwiska OS-20.

Osią sporu pomiędzy Stronami w sprawie o sygn. akt KIO 3448/23 było to, jak należało interpretować wyjaśnienia Odwołującego oraz jakie znaczenie w sprawie miały przedłożone wraz z wyjaśnieniami szkice/rysunki.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego oraz dowodom przedłożonym przez Strony i uczestnika postępowania KOLIN przy pismach oraz na posiedzeniu niejawnym gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

KIO 3444/23

Zarzut nr 1 *– naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kolin, który to wykonawca złożył ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego w zakresie: a) wzmocnień podłoża; b) zabezpieczenia osuwiska OS-20.*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia."*

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że zamawiający nie może zastosować ww. sankcji, jeżeli specyfikacja warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono.

Stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z innego sposobu rozumienia dokumentacji postępowania przez zamawiającego czy też innych wykonawców. Aby odrzucenie oferty na

podstawie ww. przepisu było zasadne konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą danego wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia.

Zgodzić się należy z Zamawiającym oraz uczestnikiem postępowania KOLIN, że dokumentacja nie zawiera rozwiązań w zakresie wzmocnienia podłoża na wskazanym w odwołaniu odcinku, a przynajmniej Odwołujący tego nie wykazał.

Powyższe dotyczy również osuwiska OS-20. Izba podziela twierdzenia Zamawiającego oraz uczestnika postępowania KOLIN w tym zakresie.

Izba zwraca uwagę, że brak postanowień ww. zakresie potwierdza sam Odwołujący, który w treści odwołania wskazuje: „*W wyniku optymalizacji długości tunelu zmieniła się lokalizacji portali południowych – ich lokalizacja została przesunięta w kierunku północnym. Zmiany tej nie przewidywała dokumentacja Zamawiającego pod kątem osuwisk i wpływu tej zmiany na nie. Osuwiska nawet nieaktywne w wyniku zmiany mogą się uaktywnić*."

Podkreślić należy, że to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem, a nie Zamawiający, a tym bardziej Uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący.

Odwołujący w treści odwołania powołuje się na dokumentację geologiczno-inżynierską. Z kolei na rozprawie, na pytanie Przewodniczącej o wskazanie z którymi wymaganiami Zamawiającego oferta KOLIN jest niezgodna, Odwołujący przywołał pkt 3.2. ppkt 32 PFU i wskazał, że oferta ww. Uczestnika postępowania jest niezgodna z Zarządzeniem nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 16 czerwca 2014 r. w sprawie Katalogu typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych.

Samo odwołanie się do ww. zarządzenia jest niewystarczające. Odwołujący nie wykazał z którymi konkretnie warunkami zamówienia oferta ww. Uczestnika postępowania jest niezgodna i w jakim zakresie. Izba wskazuje, że konkretyzacja zarzutów jest obowiązkiem Odwołującego. Nie jest zadaniem ani kompetencją Izby doszukiwanie się, na czym w istocie polegać miały wskazane w petitum naruszenia prawa.

Okoliczności podnoszone przez Odwołującego jako podstawę odrzucenia oferty uczestnika KOLIN nie wynikają z wymagań Zamawiającego, a ze sposobu, w jaki Odwołujący interpretuje dokumentację postępowania oraz wyjaśnienia ww. Uczestnika postępowania.

Biorąc powyższe pod rozwagę, skoro w dokumentacji nie znalazły się precyzyjne i jednoznaczne postanowienia w ww. zakresie, to brak jest podstawy faktycznej i prawnej do odrzucenia oferty uczestnika postępowania KOLIN.

Zarzut nr 2 (ewentualny) – *naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Kolin do złożenia wyjaśnień dotyczących wzmocnień podłoża i zabezpieczenia osuwiska OS-20 w sytuacji, gdy ze złożonych wyjaśnień wynika, że w miejscach wskazanych w uzasadnieniu odwołania Kolin nie przewidział wzmocnienia podłoża oraz zabezpieczenia osuwiska OS-20 pomimo, że obowiązek taki wynikał z wymagań Zamawiającego oraz w zakresie wskazanym w pyt. nr 2 z wezwania Zamawiającego z dnia 20.10.2023r. tj. braku wyjaśnień co do obszaru i zakresu zabezpieczeń przed ruchami masowymi w pikietażach 43+150-43+250 i 44+500-44+800*.

W związku z tym, że zarzut oznaczone jako nr 1 w *petitum* odwołania nie został przez Izbę uwzględnione, zarzut ewentualny wskazany jako zarzut nr 2 podlegał rozpoznaniu i również nie zasługiwał na uwzględnienie.

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: „*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści*."

Skorzystanie z instytucji wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Skład orzekający w pełni podziela pogląd, że w pewnych okolicznościach skorzystanie z uprawnienia do żądania wyjaśnień staje się obowiązkiem zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Izba jednak nie znalazła podstaw do przyjęcia, że wskazane w odwołaniu okoliczności powinny wzbudzić wątpliwości co do treści oferty wykonawcy KOLIN, a tym samym uzasadniałyby powstanie obowiązku żądania wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, jak już wskazano w uzasadnieniu do zarzutu nr 1, obowiązek wzmocnienia podłoża oraz zabezpieczenia osuwiska OS-20 nie wynika z wyraźnych i jednoznacznych wymagań Zamawiającego. Izba uznała, że wyjaśnienia KOLIN są wystarczające. Co za tym idzie nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 3448/23

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. 16 Pzp, poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgoda z warunkami zamówienia w zakresie:

1)wykonanie drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego o jezdni szerokości 3,0 m zamiast min. 5,0 m

2)lokalizacji budynków technicznych

3)przyjęcia w swoich rozwiązaniach projektowych pochylenia podłużnego na obiekcie MS-40 o wartości 0,5 %, wobec wymagań Zamawiającego wynoszących min. 1%

2.art. 65 § 1 K. c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wadliwej wykładni oświadczenia woli Odwołującego ww. zakresie

3.ewentualnie art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie przez Zamawiającego, że nie miał obowiązku dalszego wyjaśniania treści oferty ww. zakresie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”*

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp „*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.”

Art. 65 § 1 kodeksu cywilnego stanowi, że „*Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.*”

Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: „*W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści*.”

Tytułem wstępu należy wskazać, że dodanie treści/złożenie nowego dokumentu jest czynnością zupełnie odmienną od złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienie (tłumaczenie) jest jedną z odmian rozumowania, jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, czyni coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie treści oferty polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści”, a nie na przedłożeniu nowych dokumentów o nowej treści – tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu. Z tego też względu rację ma Odwołujący wskazując, że co do zasady Zamawiający nie powinien żądać przedłożenia dodatkowych rysunków, a tym bardziej nadawać im rygoru dowodów. Mimo to czynności wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący nie zaskarżył, zatem skoro już zdecydował się na udzielenie odpowiedzi i przedłożenie dodatkowych dokumentów to powinien dochować należytej staranności w przygotowanie tych wyjaśnień i nie tworzyć niepotrzebnie tła, które jest niezgodne z jednoznacznymi wymaganiami Zamawiającego czy też innych elementów, które świadczą o niezgodności treści oferty z wymaganiami wskazanymi w dokumentacji postępowania.

Argumentacja Odwołującego w zasadzie sprowadzała się do tego, że:

- Odwołujący złożył Zamawiającemu ogólne oświadczenie o spełnieniu wszystkich wymagań zawartych w SWZ;
- wskazywane przez Zamawiającego niezgodności nie był przedmiotem pytań i wyjaśnień;
- szkice/rysunki przedłożone wraz z wyjaśnieniami miały charakter poglądowy.

Odwołujący wielokrotnie w treści odwołania, jak również w piśmie procesowym z 29 listopada 2023 r. podkreślał, że potwierdził oświadczeniem własnym zgodność swojej oferty z wymagania zawartymi w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, którego to Zamawiający zdaje się nie wziął pod uwagę. Zdaniem Izby fakt ten nie ma istotnego znaczenia w przedmiotowej sprawie. Wiadomym jest, zarówno dla Izby jak i Stron postępowania, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, składa oświadczenie o treści jak wyżej.

Odnosząc się do szczegółowo do kwestii podnoszonych przez Odwołującego, Izba wskazuje, co następuje:

1)wykonanie drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz dojazdu do wjazdu awaryjnego o jezdni szerokości 3,0 m zamiast min. 5,0 m

W przedmiotowej sprawie poza sporem jest, że ze szkicu, przedłożonego przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami, wynika, że szerokość jezdni lewostronnej drogi zapewniającej obsługę tunelu i budynków technicznych oraz zapewniającą dojazd do wjazdu awaryjnego równa jest 3.0 m. Bezsporne jest również to, że Zamawiający wymagał aby szerokość ta była równa 5.0 m.

Nieprzekonująca i przecząca zdrowemu rozsądkowi jest argumentacja Odwołującego, że ww. fakt nie stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, bowiem jest to jedynie „tło" szkicu. Od wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w przygotowaniu wyjaśnień treści oferty. Należyta staranność profesjonalisty, do którego należy zaliczyć Odwołującego, nakłada na wykonawcę, który składa wyjaśnienia wraz z dowodami we własnym imieniu, aby upewnił się, czy przedstawiony w nich stan rzeczy jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Nic nie stało na przeszkodzie aby Odwołujący na szkicu wyrysował lewostronną jezdnię o szerokości równej 5,0 m zwłaszcza w sytuacji, gdy prawostronna jezdnia drogi taką szerokość posiada.

Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji pozwalającej na uwzględnienie zarzutu w tym zakresie.

2)lokalizacja budynków technicznych

Zdaniem Izby ze szkicu przedłożonego przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami nie wynika jednoznacznie, że wstępna lokalizacja budynków technicznych jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Izba uznała argumentację Odwołującego za zasadną i w tym zakresie Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdzone uchybienie nie mogło jednak skutkować uwzględnieniem odwołania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*. We wskazanym zakresie zarzut jest zasadny, ale z uwagi na oddalenie pozostałych zarzutów, jego zasadność nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

3)przyjęcia w swoich rozwiązaniach projektowych pochylenia podłużnego na obiekcie MS-40 o wartości 0,5 %, wobec wymagań Zamawiającego wynoszących min. 1%

Wskazana w pkt 1) argumentacja ma zastosowanie również i w tym przypadku. Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji pozwalającej na uwzględnienie zarzutu w tym zakresie. Na szkicu wskazane jest pochylenie o wartości 0,5%. Odwołujący nie wykazał również, że program z którego korzystał Zamawiający w celu sprawdzenia ww. pochylenia jest niewiarygodny.

W przedmiotowej sprawie Izba również nie znalazła podstaw do przyjęcia, że wskazane w odwołaniu okoliczności powinny wzbudzić wątpliwości co do treści oferty Odwołującego a tym samym uzasadniałyby powstaniem obowiązku żądania wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2) w zw. § 5 pkt 1) lit. a) i 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła każdego z Odwołujących, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania, i wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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

Przewodnicząca: ...……..

Członkowie: ...……..

...……..