Sygn. akt: KIO 3077/23

WYROK

z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie**
przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Polimex Infrastruktura Sp. z o.o.
   z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Mosty Łódź S.A.
   z siedzibą w Łodzi oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą
   w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Mosty Łódź S.A.
   z siedzibą w Łodzi, tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział
   w Olsztynie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą
   w Warszawie, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi kwotę 20 000,00 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 3077/23

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie(dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) - Ełk (S61) odcinek Olsztyn - Biskupiec (budowa drugiej jezdni) odcinek Olsztyn Wschód - Barczewo"; nr postępowania: O/OL.D-3.2411.24.2022 - dalej „postępowanie" lub „zamówienie".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 246-712072.

W dniu 16 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi**(dalej „odwołujący" lub „Konsorcjum Polimex") do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu:

1. badania i oceny ofert;
2. odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

ewentualnie

3.zaniechania wezwania odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w odniesieniu do treści złożonej oferty;

4.zaniechania zastosowania w stosunku do odwołującego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w odniesieniu do prac na obiektach PP-1A, PP-2A oraz PP-4A;

5.zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Budimex;

a w konsekwencji

6.dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez Budimex.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Konsorcjum Polimex jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdy tymczasem spełnia ona wszystkie wymagania zamawiającego, w szczególności w kontekście uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego: (a) uwzględnia technologię wzmocnienia podłoża, odpowiadającą wymaganiom PFU; (b) uwzględnia pełen zakres prac na obiektach mostowych (w tym na obiektach PP-1A, PP-2A oraz PP-4A) odpowiadający wymaganiom PFU; (c) przewiduje założenia wzmocnienia podłoża w rejonie rzeki Pisa, odpowiadające wymaganiom PFU; (d) obejmuje zakres prac projektowych i robót dotyczących istniejących jezdni dodatkowych i dróg bocznych, odpowiadający wymaganiom PFU, a tym samym nie powinna zostać odrzucona przez zamawiającego, co doprowadziło do bezzasadnego dokonania wyboru oferty Budimex jako najkorzystniejszej;

ewentualnie (tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1:

2.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia dodatkowej procedury wyjaśniającej w celu jednoznacznego ustalenia, czy oferta Konsorcjum Polimex pozostaje zgodna z warunkami zamówienia;

ewentualnie (tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1:

3.art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia w stosunku do oferty odwołującego procedury poprawienia tzw. innej omyłki w odniesieniu do twierdzenia zamawiającego o nieuwzględnieniu przez odwołującego w ofercie wszystkich prac na obiektach PP-1A, PP-2A oraz PP-4A;

ewentualnie (tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 lub 2 lub 3:

4.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex; dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Polimex;

ewentualnie tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1:

2.wezwania Konsorcjum Polimex do złożenia dodatkowych wyjaśnień co do treści oferty;

ewentualnie tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 lub pkt 2:

3.przeprowadzenia w stosunku do oferty odwołującego procedury poprawienia tzw. innej omyłki w odniesieniu do twierdzenia zamawiającego o nieuwzględnieniu przez odwołującego w ofercie wszystkich prac na obiektach PP-1A, PP-2A oraz PP-4A

ewentualnie tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1, 2 lub 3:

4.odrzucenia oferty wykonawcy Budimex.

Odwołujący w pierwszej kolejności, na potwierdzenie zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, przywołał następującą argumentację.

Przypomniał, że zamawiający w piśmie z dnia 5 października 2023 r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty (dalej „Informacja o wyborze oferty"), jak też odrzucił ofertę odwołującego wskazując, jako podstawę prawną jej odrzucenia, art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (niezgodność z warunkami zamówienia). Zamawiający dopatrzył się owej niezgodności w odniesieniu do czterech niezależnych okoliczności, składających się na merytoryczną zawartość oferty.

Jak zwrócił uwagę odwołujący, w kontekście przedmiotu niniejszego sporu istotne jest, że zamawiający skierował do Konsorcjum Polimex wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 13 lipca 2023 r. (dalej „Wezwanie"). Konsorcjum Polimex odpowiedziało na to pismo w narzuconym przez zamawiającego terminie - pismo z dnia 28 lipca 2023 r. (dalej „Wyjaśnienia").

Odwołujący podkreślił w tym miejscu, że zamawiający potraktował wykonawców z naruszeniem zasady równego traktowania, tj. niezgodnie z dyspozycją art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, gdyby zastosował w stosunku do oferty Konsorcjum Polimex zasady, którymi kierował się przeprowadzając wyjaśnienia z innym wykonawcą tj. Budimex, jego oferta nie zostałaby odrzucona.

Odwołujący przypomniał, że odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia musi być traktowane jako ostateczność, co wynika z wagi i skutków zastosowania art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, sprowadzających się do uniemożliwienia wykonawcy ubiegania się o zamówienie publiczne. Oznacza to, że na gruncie oceny okoliczności istotnych z perspektywy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie ma miejsca na przyjmowanie przez zamawiającego takiej wykładni, która sprowadzać się będzie do przyjęcia wariantu niekorzystnego z perspektywy wykonawcy, względnie opierającej się na wątpliwościach. Zamawiający każdorazowo powinien bowiem doprowadzić do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości i niejasności dotyczących oferty, zanim podejmie decyzję o jej odrzuceniu. Oznacza to zatem, że 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. Odwołujący przywołał w tym miejscu Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1090/23, potwierdzający prezentowane wyżej stanowisko. Dalej wskazał, że kierując się powyższą zasadą (odrzucenie oferty jako skutek bezspornej i nieusuwalnej wadliwości/ niezgodności z warunkami zamówienia), zamawiający powinien w taki sposób dokonywać oceny złożonych ofert, aby doprowadzić do rozwiania jakichkolwiek wątpliwości i zastosować ten najdalej idący skutek jedynie w przypadkach, w których tę niezgodność jest w stanie wykazać. Jak wskazuje bowiem Izba niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy (tak w Wyroku KIO z dnia 23 marca 2023 r., sygn. akt KIO 673/23).

Zasada ta, zdaniem odwołującego, winna znaleźć zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego tym bardziej, jeśli uwzględnić fakt, iż dysponuje
on narzędziem w postaci opisanej w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, procedury wyjaśniającej. Zamawiający jest zatem nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany, aby w trosce
o prawidłowość wydatkowania środków publicznych, przeprowadzać procedurę wyjaśniającą
w dobrej wierze i z poszanowaniem praw wykonawców. Przekłada się to również na ewentualne skierowanie do wykonawcy dalszych (ponownych) wezwań do złożenia wyjaśnień, o ile w ramach wyjaśnień złożonych pierwotnie, wątpliwości zamawiającego nie zostały dostatecznie wyjaśnione, lub zrodziły się dalsze, mogące wywołać dla wykonawcy negatywne skutki. Zdaniem odwołującego, gdyby zamawiający zastosował się do tych reguł, nie doszłoby do odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex. Powody, które wskazał zamawiający w Informacji o wyborze, a które miałyby przemawiać za rzekomą niezgodnością oferty odwołującego z warunkami zamówienia, są bowiem jedynie wyrazem wadliwego rozumienia udzielonych Wyjaśnień lub też przyjęcia skrajnie niekorzystnej (i tym samym nieuzasadnionej) ich interpretacji. Gdyby zatem zamawiający zdecydował się na skierowanie do Konsorcjum Polimex dodatkowego wezwania, jego ewentualne wątpliwości zostałyby w pełni rozwiane.

Analizując podstawy odrzucenia oferty, które przedstawione zostały przez zamawiającego, odwołujący zwrócił także uwagę na formułę, w jakiej realizowane jest zamówienie, stanowiące przedmiot postępowania. Okolicznością bezsporną jest, że jest ono realizowane w formule Zaprojektuj i wybuduj. Generuje to o tyle doniosłe znaczenie, że, w ślad za treścią art. 103 ust. 2 ustawy Pzp w tego typu przypadkach opis przedmiotu zamówienia dokonywany jest za pomocą programu funkcjonalno - użytkowego (a nie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, które to dokumenty właściwe są dla formuły Wybuduj). Odwołujący daleki jest od twierdzenia, że z uwagi na formułę Zaprojektuj i wybuduj wykonawcom należy pozwolić na składanie ofert nieodpowiadających wymaganiom PFU,
w zakresie jakości i funkcjonalności. Nie należy jednak pomijać faktu, że specyfika tego rodzaju inwestycji sprowadza się do powierzenia wykonawcom opracowania dokumentacji projektowej
(co nastąpi po zawarciu umowy), która nie istnieje na etapie dokonywania oceny ofert. Generuje to ten skutek, że chcąc wykazać, że dany wykonawca wycenił zakres niezgodny z przedmiotem zamówienia, zamawiający nie może bazować na ewentualnych wątpliwościach/ nieścisłościach czy niejednoznacznościach wynikających z udzielanych odpowiedzi, lecz zobligowany jest
do wykazania, że ponad wszelką wątpliwość oferta jest niezgodna z jego oczekiwaniami.
W przypadku formuły, w której oferta przygotowywana jest w oparciu o istniejącą dokumentację postępowania, uchwycenie niezgodności z tą dokumentacją jest stosunkowo łatwe (o ile oczywiście taka niezgodność istnieje). Sprowadzać się ona najczęściej będzie np. do braku wyceny określonej pozycji kosztorysu (który zwyczajowo wypełniany jest przy kontraktach
w formule Wybuduj) lub np. udzieleniu takiej odpowiedzi na pytanie zamawiającego, z której wynikać będzie, że dany zakres (wprost wynikający z dokumentacji projektowej) nie został
w ofercie przewidziany.

Zdaniem odwołującego z odmienną sytuacją mamy do czynienia w przypadku powierzenia wykonawcom nie tylko budowy, ale i zaprojektowania inwestycji. W tego typu przypadkach uchwycenie niezgodności jest obarczone koniecznością wykazania jej, pomimo nieistnienia dokumentacji projektowej. Zamawiający nie może zatem pomijać, że wiążąca dokumentacja projektowa jeszcze nie istnieje (zostanie dopiero opracowana), a to, co na obecnym etapie istnieje stanowi dokument służący ustaleniu planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowaniu oferty (§ 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii
z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego). Na okoliczność tę zwracała uwagę również Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie; w tym miejscu odwołujący zacytował fragmenty uzasadnienia Wyroku KIO z dnia 24 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1466/21.

Dalej odwołujący odniósł się do poszczególnych argumentów zamawiającego, mających rzekomo świadczyć o wadliwości złożonej przez niego oferty. W pierwszej kolejności podkreślał, iż w wyjaśnieniach, składanych na żądanie zamawiającego, złożył wyraźne oświadczenie, iż jego oferta została przygotowana rzetelnie i prawidłowo, w oparciu o całą przekazaną przez zamawiającego dokumentację, z uwzględnieniem wszystkich wymagań zawartych w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej „PFU"), a zaoferowana cena obejmuje całkowite koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący przygotował ofertę w sposób zgodny
z wymaganiami określonymi w SWZ, PFU oraz pozostałej dokumentacji postępowania,
jak również ze specyfiką przedmiotowego zamówienia, obejmującego zaprojektowanie i budowę. Odwołujący przyjął w ofercie rozwiązania techniczne oraz oryginalność projektu, w zakresie dopuszczonym w SWZ.

Odnosząc się do kwestii technologii wzmocnienia podłoża (pytanie nr 3.15), w pierwszej kolejności zauważył, że w Informacji o wyborze zamawiający stwierdza, że zasadność odrzucenia oferty odwołującego wynika z odpowiedzi, jakiej ten udzielił na pytanie nr 3.15 z Wezwania, które dotyczyło technologii wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg. Do udzielonej odpowiedzi Konsorcjum Polimex przedłożyło załącznik nr 5,
w którego treści zawarto m. in. zestawienie, w którym wskazano w tabeli jako wzmocnienie podłoża gruntowego - wstępna

koncepcja na etapie przetargu - na podstawie dokumentacji zamawiającego Olsztyn - Barczewo, w czterech lokalizacjach: wzmocnienie wgłębne - kolumny przemieszczeniowe.

Zamawiający wskazał, że kolumny przemieszczeniowe, na zastosowanie których powołuje się odwołujący, nie zostały dopuszczone w dokumentacji postępowania. Zamawiający powołuje się na pkt 1.1.3.5 PFU, w którym stwierdza się m.in., że zaprojektowane przez wykonawcę rozwiązania projektowe powinny być możliwe do realizacji na podstawie załączonych do PFU Warunków Wymagania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej „WWiORB). Z kolei do PFU załączono WWiORB, określające wymagania w zakresie wzmocnień podłoża. Zamawiający wskazał, że obowiązek stosowania wyłącznie technologii wzmocnień, dla których załączono
do PFU odpowiednie WWiORB został jednoznacznie podkreślony w trakcie zebrania
z wykonawcami mającego miejsce 16 stycznia 2023 r., co znajduje potwierdzenie w odpowiedzi na pytanie 11 (potwierdzającej, że dopuszczalne są wyłącznie technologie określone w WWiORB) oraz pytanie 38 (podobnie jak pytanie nr 1256 oraz pytanie nr 1356). Kończąc uzasadnienie odrzucenia oferty w tym zakresie zamawiający stwierdził, że Konsorcjum Polimex przyjęło niedopuszczoną w treści dokumentacji technologię kolumn przemieszczeniowych, co skutkować powinno odrzuceniem złożonej przez niego oferty.

Odwołujący ze stanowiskiem zamawiającego nie zgadza się z następujących powodów. Nie kwestionuje przedstawionego przez niego stanu faktycznego sprawy (w zakresie treści dokumentów składających się na dokumentację postępowania), podnosi jednak, że za wadliwością stanowiska zamawiającego przemawia zarówno literalna treść udzielonych przez Konsorcjum Polimex Wyjaśnień (w żadnym fragmencie tych Wyjaśnień nie zostało wskazane,
że planowane jest zastosowanie technologii niezgodnej z dokumentacją postępowania), jak
i wiedzy technicznej (z której wynika, że wzmocnienie podłoża za pomocą kolumn przemieszczeniowych jest jedną z technologii dopuszczonych wprost przez zamawiającego).
W tym miejscu odwołujący wskazał na stosowany w budownictwie drogowym podział technologii wzmocnienia podłoża (jak wynika z treści przypisu tabela opracowana została przez odwołującego, w oparciu o źródło pochodzące z: Ryzyko związane ze wzmacnianiem gruntu
za pomocą kolumn o różnej sztywności, prof. dr hab. inż. M. T., XXVIII Ogólnopolskie Warsztaty Pracy Projektanta Konstrukcji Wisła, 5 - 8 marca 2013 r., tabela 1, www.researchgate.net/publication/346448100_RYZYKO_ZWIAZANE_ZE_WZMACNIANIEM_GRUNTU_ZA_POMOCA_KOLUMN_O_ROZNEJ_SZTYWNOSCI) zwracając uwagę, że jak wynika z powyższego, wbrew stanowisku zamawiającego, wskazanie przez Konsorcjum Polimex sposobu wzmocnienia podłoża poprzez realizację kolumn przemieszczeniowych, nie jest sprzeczne z treścią PFU, w którym zamawiający wskazał na sposoby wzmocnienia podłoża
tj. D.02.01.01G Kolumny żwirowe, D.02.01.01H Kolumny betonowo-żwirowe, D.02.01.01I Prefabrykowane pale żelbetowe.

Odwołujący argumentował w dalszej części, że kolumny (pale) przemieszczeniowe stosowane są jako metoda wzmocnienia gruntu, a jej cechą charakterystyczną jest wprowadzenie w podłoże dodatkowych elementów, z efektem rozpychania gruntu. Kolumny przemieszczeniowe są ogólną nazwą grupy technologii polegających na wprowadzeniu dodatkowych elementów
w podłoże z efektem rozpychania gruntu. Wyróżnić można kilka rodzajów kolumn przemieszczeniowych, różniących się od siebie z perspektywy zastosowanego materiału do ich wykonania. Znajduje to potwierdzenie w zarządzeniu nr 8 Generalnego Dyrektora Dróg Publicznych z dnia 25 lutego 2002 r., które wprowadza do stosowania przy planowaniu, budowie i utrzymaniu dróg opracowanie o nazwie: Wytyczne wzmacniania podłoża gruntowego
w budownictwie drogowym. IBDiM. Warszawa 2002., na które powołuje się zamawiający m.in.
w WWiORB D.02.01.01H. Zgodnie z tym opracowaniem w budownictwie drogowym stosuje się następujące sposoby wzmacniania podłoża za pomocą kolumn przemieszczeniowych, czyli kolumn, których wykonanie wiąże się z wprowadzeniem w podłoże dodatkowych elementów
z efektem rozpychania gruntu: Wibrowymiana - formowanie kolumn z kruszywa (Kolumny żwirowe zgodne z WWiORB D.02.01.01G); Kolumny wibrocementowe i wibrobetonowe (Kolumny żwirowo - betonowe zgodne z WWiORB D.02.01.01H); Pale żwirowo - piaskowe i zagęszczające. Technologia opisana w odpowiedzi na pytanie nr 3.14 jako wzmocnienie wgłębne - kolumny przemieszczeniowe jest w sposób bezsprzeczny zgodna z WWiORB nr D.02.01.01G oraz D.02.01.01H oraz z zapisami PFU określającymi, że zaprojektowane przez wykonawcę rozwiązanie projektowe powinny być możliwe do realizacji na podstawie załączonych do PFU Warunków Wymagania i Odbioru Robót Budowlanych oraz zapisami punktu 1.1.1 PFU. W treści PFU zamawiający dopuścił zastosowanie technologii bazujących na palach przemieszczeniowych, wskazując na dopuszczalność zastosowania kolumn żwirowych, betonowo - żwirowych czy prefabrykowanych pali żelbetowych. Metody te sprowadzają się właśnie do zastosowania kolumn przemieszczeniowych, a więc rozwiązań wprost przewidzianych przez odwołującego.

O wadliwości stanowiska zamawiającego świadczy również fakt, że nie istnieje odrębny WWiORB dla kolumn przemieszczeniowych. Biorąc pod uwagę, że sformułowanie to (kolumny przemieszczeniowe) określa metodę (a nie konkretne rozwiązanie) jest to całkowicie zrozumiałe. Jest to o tyle istotne, że dodatkowo dowodzi intencji Konsorcjum Polimex. Otóż rację miałby zamawiający, gdyby odwołujący zadeklarował w Wyjaśnieniach zamiast zastosowania określonej metody wzmocnienia niewymienionej w dokumentacji, ale posiadającej swój WWiORB
i stanowiącej rzeczywiście odrębną technologię. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia
w analizowanym przypadku. Nie istnieją żadne wytyczne techniczne, odnoszące się stricte
do kolumn przemieszczeniowych, jako sposobu wzmacniania podłoża. Stanowisko zamawiającego budzi zdziwienie u odwołującego, gdyż dla profesjonalisty oczywiste być powinno, że powyżej przywołane rozwiązania, które zamawiający dopuścił, mogą stanowić nic innego jak właśnie kolumny przemieszczeniowe. Bez znaczenia jest fakt użycia w Wyjaśnieniach innej nazwy (kolumny przemieszczeniowe zamiast np. kolumny żwirowe), gdyż świadczy to jedynie o tym, że w treści Wyjaśnień Konsorcjum Polimex wskazało na zakładaną metodę wykonywania wzmocnienia, nie wskazując na inny materiał, niż przywołany w PFU. Jeśli jednak intencją zamawiającego było zapoznanie się z ze szczegółami założeń technicznych, to z całą pewnością powinien on zwrócić się do Konsorcjum Polimex z dodatkowym pytaniem, a nie decydować się na odrzucenie oferty z uwagi na powyższą okoliczność.

Podsumowując powyższe wywody odwołujący stwierdził, że w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z niezgodnością oferty odwołującego z warunkami zamówienia. Wręcz przeciwnie, intencją Konsorcjum Polimex, wyrażoną w udzielonej zamawiającemu odpowiedzi
na pytanie 3.15 w Wyjaśnieniach było i jest posłużenie się w toku realizacji zamówienia technologią dopuszczoną w PFU. Jeśli zamawiający miał wątpliwość do którego z rodzajów dopuszczonych technologii zakwalifikować należy wskazane przez Konsorcjum Polimex kolumny przemieszczeniowe, to jego obowiązkiem było kwestię tę wyjaśnić, tymczasem zamawiający zdecydował się na odrzucenie oferty Konsorcjum Polimex.

Następnie odwołujący odniósł się do kolejnej podstawy odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego tj. zakresu prac na obiekcie PP-1A, PP-2A oraz PP-4A. Przypomniał,
że zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Polimex (w treści Wezwania) z pytaniem nr 3.13
- Proszę o wskazanie zakresu prac projektowych i robót dla istniejących obiektów inżynierskich, które należy dostosować do nowych funkcji. W odpowiedzi na przywołane pytanie Konsorcjum Polimex przedłożyło załącznik nr 4. Analizując jego treść zamawiający doszedł do wniosku, że
na obiektach PP-1A, PP-2A oraz PP-4a Konsorcjum Polimex ograniczyło się do prac z zakresu zabezpieczenia antykorozyjnego (w dwóch przypadkach) i zabiegu hydrofobizacji (w jednym przypadku). Zamawiający zaprezentował tabelaryczne porównanie zakresu prac określonego
w załączniku nr 33 do PFU oraz prac wymienionych w załączniku nr 4 do Wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Polimex. Z porównania tego wysnuł wniosek, iż Konsorcjum Polimex nie ujęło w swojej ofercie pełnego zakresu prac, wynikającego z dokumentacji postępowania.

Również w tym jednak przypadku stanowisko zamawiającego jest niesłuszne (Konsorcjum Polimex zaprzecza, aby w zakresie trzech przywołanych obiektów planowało wykonanie prac niezgodnych z warunkami zamówienia) i nie może stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty. Również bowiem w tym przypadku udzielona przez Konsorcjum Polimex odpowiedź, stanowi konsekwencję treści sformułowanego przez zamawiającego pytania.

W stosunku do trzech kwestionowanych obiektów zamawiający zarzuca brak dwóch rodzajów prac: Oczyścić powierzchnie betonowe istniejącej konstrukcji wykonać naprawę ubytków zaprawami PCC wraz z iniekcją rys (w przypadku PP-1A, PP-2A oraz PP-4A); wymianę elementów wyposażenia (między innymi barier, dylatacji, elementów odwodnienia, nawierzchni na opaskach i chodnikach, umocnienia stożków) (w przypadku PP-2A oraz PP-4A). Odnośnie zakresu prac dla ww. obiektów to zasadniczy zakres robót przewidzianych do wykonania
w ramach kontraktu został określony w PFU pkt. 1.1.3.3, tab. 1.1, Lp. 2, 3, 15 - należy wykonać „przedłużenia istniejącego przejścia pod jezdnią" w celu umożliwienia przeprowadzenia nad obiektem dwujezdniowej drogi ekspresowej o parametrach określonych w PFU. Natomiast zgodnie z treścią załącznika nr 33 do PFU należy „ponadto" wykonać pewne, wskazane dodatkowo prace dla „obiektów istniejących". Czytając zatem łącznie wymagania zamawiającego dla ww. obiektów mamy do czynienia z dwoma zakresami robót: przedłużenie przejścia - nowa część, nowe elementy obiektu; konstrukcji istniejącej - prace dla elementów istniejących, pozostawionych po wydłużeniu przejść. Wykonawca zgodnie z przyjętym przez zamawiającego zakresem prac, przygotował ofertę uwzględniając obydwa te zakresy. Ma to odzwierciedlenie m.in. w udzielonych odpowiedziach - załącznik nr 3 do odpowiedzi na pytanie nr 3.11. Dla wszystkich omawianych obiektów wykonawca wskazał ujęcie w ofercie wydłużenia istniejących przejść oraz określił długość konstrukcji przejść. Natomiast zakres prac dla „obiektu istniejącego" został dostosowany do zakresu konstrukcji obiektu istniejącego jaki pozostanie po wydłużeniu konstrukcji. W tym miejscu odwołujący zwrócił uwagę, iż w celu wydłużenia istniejących przejść koniecznym jest rozebranie końcowych fragmentów ich konstrukcji, wraz z m.in. barierami
i balustradami, w celu wykonania jej wydłużenia pod nowy układ jezdni drogi ekspresowej. Z tego między innymi względu w odpowiedzi na pytanie zamawiającego 3.13 nie wskazano zakresu prac jaki został ujęty w zakresie robót dla wydłużenia przejścia takich jak roboty rozbiórkowe ziemne, fundamentowe, betoniarskie, izolacyjne, montaż konstrukcji powłokowej stalowej (analogicznej jak dla konstrukcji obiektu istniejącego), montaż wyposażenia przejścia po wydłużeniu w tym barier, balustrad, oświetlenia itp. Wszystkie wymienione powyżej prace są ujęte w zakresie wydłużenia przejścia istniejącego, a nie w zakresie prac dla „obiektu istniejącego". Ponieważ zamawiający w pytaniu 3.13 oczekiwał wskazania zakresu prac dla „istniejących obiektów inżynierskich", nie miał podstaw oczekiwać podania w odpowiedzi wszystkich prac przewidzianych do wykonania w ramach wydłużenia istniejącego obiektu.

Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest, że w swoim piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający jako nie uwzględnione w ofercie wskazał wyłącznie katalog prac
z załącznika nr 33 do PFU, właściwy dla obiektu istniejącego, a nie dla całości prac koniecznych dla przedłużenia obiektu. Potwierdza to jednoznacznie prawidłowość udzielonych przez wykonawcę odpowiedzi, gdzie dla przedmiotowych obiektów w odpowiedzi 3.13 wskazane zostały prace dla pozostałej po wydłużeniu części konstrukcji obiektów istniejących, a w odpowiedzi
na pytanie 3.11 podano parametry wydłużonego przejścia. Niemniej jednak, odwołujący wskazał, że w związku z tym, że zakres prac projektowych i robót dotyczył dostosowania istniejących obiektów inżynierskich do nowych funkcji, w tym wiązał się z przebudową drogi, część prac
w odniesieniu do przejść podziemnych przenika się z zakresem prac drogowych, tym samym
w załączniku nr 4 do Wyjaśnień opisane zostały wiodące prace w zakresie przejść w wyniku dostosowania do nowych warunków wynikających z przebudowy tych obiektów.

Odnosząc się do zakresu czynności oczyszczenia powierzchni oraz naprawy ubytków wraz z iniekcją odwołujący również wskazał na treść pytania nr 3.13 podnosząc, że te nie mieszczą się ani w katalogu prac projektowych ani robót. Niezależnie od tego należy wziąć pod uwagę zapisy przekazanego przez zamawiającego, w załączniku nr 35 do PFU, dokumentu
pt. Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych [WWiORB] M15.06.01 - Zabezpieczenie Antykorozyjne Betonu. Postanowienia ww. dokumentu obejmują zabezpieczenie antykorozyjne, w tym hydrofobizację - pkt. 1.2. Należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z pkt. 5.7.2, w ramach wykonywania robót zabezpieczenia antykorozyjnego/ hydrofobizacji, należy wykonać oczyszczenie powierzchni betonowej konstrukcji, naprawę ubytków zaprawami PCC wraz
z iniekcją rys. Tak więc wskazując w odpowiedzi zakres hydrofobizacja bądź zabezpieczenie antykorozyjne wykonawca

przyjmował zakres w rozumieniu przywołanego zapisu WWiORB
tj. zgodny z zakresem określonym w załączniku 33 do PFU. Oba te pojęcia obejmują bowiem wspomniane czynności oczyszczania i naprawy ubytków.

W konsekwencji twierdzenia zamawiającego o niezgodności oferty z warunkami zamówienia są całkowicie nietrafione. Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający oczekiwał wskazania zakresu prac projektowych i robót. Jego oczekiwanie różni się od nomenklatury przyjętej w OPZ, stanowiącej załącznik nr 33 do PFU, gdzie mowa jest o pracach. Już z tego zatem powodu porównywanie udzielonej odpowiedzi (skorelowanej z pytaniem o prace projektowe i roboty) z tym dokumentem (gdzie już w tytule dokumentu mowa jest o pracach) jest całkowicie nieuzasadnione i czyni ustalenia zamawiającego nieuzasadnionymi (i z całą pewnością nie dającymi podstaw do odrzucenia oferty odwołującego).

Zamawiający nie zdecydował się zdefiniować któregokolwiek z tych pojęć. Zdaje się być jednak okolicznością bezsporną, że pojęcie prace (użyte w załączniku do PFU) jest pojęciem szerokim (i bez wątpienia najszerszym spośród analizowanych w niniejszej sprawie pojęć). Spośród szeroko opisanych w załączniku nr 33 do PFU prac, w pytaniu nr 3.13 zamawiający ograniczył się do prac projektowych i robót. Odwołujący przyjął, że posługując się węższym (niż w załączniku nr 33) pojęciem oraz wskazując na roboty, zamawiający nie oczekuje przedstawienia w odpowiedzi informacji o elementach wyposażenia (chociaż zamawiający nie zdefiniował ani prac projektowych ani robót, to z całą pewnością nawet w potocznym rozumieniu tego pojęcia nie mieści się dostawa i montaż wyposażenia). I to właśnie z tego powodu w przypadku obiektów
PP-2A oraz PP-4A nie wskazano na wymianę tych elementów.

Uprzedzając z kolei pytanie zamawiającego o to dlaczego w takim razie elementy wyposażenia znalazły się w opisie dla obiektu PP-1A odwołujący wskazał, że również w tym przypadku ich podanie nie było konieczne, informacja na ich temat ma charakter dodatkowy/ nadmierny (a z całą pewnością nie należy wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy przedstawiającego zakres szerszy niż oczekuje zamawiający) Wreszcie nie należy pomijać tego jak sam zamawiający traktuje informacje podane w załączniku nr 33 do PFU. Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, że szczegółowe rozwiązania w zakresie czynności niezbędnych do wykonania w kontekście poszczególnych obiektów wynikać będą dopiero
z opracowanej w ramach kontraktu dokumentacji projektowej. Zamawiający w opracowanym przez siebie opisie prac, w odniesieniu do każdego z kwestionowanych obiektów, używa słów
„w szczególności". Oznacza to, że dokument ten nie może być traktowany jako wiążące źródło wiedzy w zakresie spoczywającego na wybranym wykonawcy zobowiązania. Nawiasem mówiąc mamy tu do czynienia z sytuacją, w której sam zamawiający nie jest nawet w stanie precyzyjnie wymienić czynności składających się na zamknięty katalog prac (co jest konsekwencją formuły Zaprojektuj i wybuduj), ale w stosunku do Konsorcjum Polimex usiłuje restrykcyjnie egzekwować oczekiwania, nie zachowując jednak nawet w minimalnym stopniu konsekwencji w posługiwaniu się pojęciami, mającymi te oczekiwania definiować.

Niezależnie od powyższego odwołujący podnosił, że nawet gdyby prawdą było (jak twierdzi zamawiający, a czemu zaprzecza odwołujący), że oferta Konsorcjum Polimex nie zawiera pełnego zakresu prac do wykonania, to przed odrzuceniem oferty zamawiający definitywnie zobligowany jest do rozważenia zastosowania art. 223 ust. 2 ustawy Pzp (przepis mówiący o omyłkach). Wymieniona w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tzw. inna omyłka zakłada, że zidentyfikowana niezgodność oferty z dokumentami zamówienia nie może mieć charakteru istotnego (innych obostrzeń ustawa Pzp nie nakłada). W analizowanym przypadku niewątpliwie nie mamy
do czynienia z niezgodnością istotną. Koszt oczyszczania powierzchni, naprawy ubytków, iniekcji rys należy oszacować na ok. 40.000,00 zł. Z kolei kosz wymiany elementów wyposażenia to
ok. 100.000,00 zł. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie, aby procedura ta została zastosowana również po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej (tak np. w wyroku z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 528/18). Jak wynika z Informacji o wyborze, zamawiający zaniechał analizy zastosowania w niniejszym przypadku art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Konsorcjum Polimex nie zgadza się również, jakoby zasadność odrzucenia jego oferty potwierdzały udzielone przez zamawiającego odpowiedzi na pytania 299, 300 i 301. W odpowiedzi na pytanie 299 zamawiający potwierdza konieczność wykonania prac zgodnie z załącznikiem
nr 33 do PFU. Zamawiający jednak - po pierwsze - nie odnosi się w tym pytaniu do któregokolwiek z obiektów, o których mowa w uzasadnieniu odrzucenia (zadane pytanie dotyczy innego obiektu MD-1PA, a w dalszej części referuje ogólnie do obiektów). Odpowiedź tę traktować należy jedynie jako ogólne potwierdzenie konieczności wykonania prac w zakresie obiektów wymienionych
w załączniku nr 33 do PFU. W odpowiedzi na pytanie nr 300 oraz 301 zamawiający z kolei wskazuje na możliwość zmiany zakresu prac remontowych, o ile w trakcie realizacji robót okaże się to konieczne (wówczas zastosowanie znajdą warunki kontraktu). Konsorcjum Polimex
nie kwestionuje prawidłowości udzielonej odpowiedzi, jednocześnie jednak nie pozostaje z nią
w sprzeczności. Również zatem w tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający bezzasadnie doszukuje się podstaw do stwierdzenia rzekomej niezgodności oferty z warunkami zamówienia, próbując niejako je wykreować, poddając udzielone przez Konsorcjum Polimex Wyjaśnienia rozszerzającej i wybiórczej wykładni.

Odnosząc się do kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego tj. przyjętych przez niego założeń w zakresie wzmocnienia podłoża w rejonie rzeki Pisa (pytanie 3.18.) odwołujący
w pierwszej kolejności przypomniał, że zdaniem zamawiającego udzielona przez Konsorcjum Polimex odpowiedź jest sprzeczna z warunkami zamówienia, gdyż wskazuje na to, że Konsorcjum Polimex zamierza postępować zgodnie z Warunkami Kontaktu. Zamawiający uważa,
że udzielając przywołanej odpowiedzi Konsorcjum Polimex potwierdziło, że nie zamierza wywiązać się z wykonania zakresu zamówienia (a więc z ewentualnego obowiązku wykonania dodatkowego materaca lub zastąpienia istniejącego materaca nowym, co wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia). W opinii odwołującego mamy tu do czynienia z kolejnym przykładem nadinterpretacji dokonywanej przez zamawiającego, która (co Konsorcjum Polimex stwierdza

z przykrością) świadczy o jego złej woli.

Odwołujący stwierdził, że nigdy nie oświadczył, że nie wykona czy też nie ujął w cenie ofertowej zakresu prac, o którym mowa w załączniku nr 33 do PFU, w tym ewentualnego zaprojektowania nowego materaca geosyntetycznego z WWiORB D.02.01.01C. Już z tego tylko powodu uznać należy stanowisko zamawiającego o konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex za nieuzasadnione. Ponadto wskazał, że zamawiający w skierowanym do odwołującego pytaniu, prosił o wskazanie sposoby wykorzystania istniejącego podłoża zrealizowanego metodą mikrowybuchów w rejonie rzeki Pisa. Konsorcjum Polimex udzieliło odpowiedzi na tak sformułowane pytanie i odpowiedź ta winna być interpretowana właśnie w kontekście zadanego pytania, a nie poddawana dowolnej wykładni przez zamawiającego, w celu wykreowania stanu rzekomej niezgodności z PFU (w zakresie, który nie był przedmiotem pytania). Udzielając odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytanie (o wykorzystanie istniejącego wzmocnienia wykonanego metodą mikrowybuchów) Konsorcjum Polimex odpowiedziało, że jest świadome prac, jakie w rejonie rzeki Pisa zostały wykonane w 2008 roku (przywołano stosowne odpowiedzi zamawiającego). Następnie wskazane zostało, że na etapie realizacji inwestycji wykonane zostaną badania zagęszczenia i nośności istniejącego materaca. W dalszej kolejności Konsorcjum Polimex stwierdza w sposób jednoznaczny, że: W przypadku stwierdzenia niewystarczających parametrów wytrzymałościowych materaca zostanie zaprojektowane nowe rozwiązanie w oparciu o uzyskane wyniki badań i dostosowane do nich (…). Konsorcjum Polimex pisze więc wprost, że jeśli parametry okażą się niewystarczające, to zaprojektuje nowe rozwiązanie. Nie uzależnia tego od zawarcia aneksu, dodatkowej zapłaty, zmiany terminu, czy innych okoliczności. Wręcz przeciwnie - deklaruje, że zostanie zaprojektowane nowe rozwiązanie. Dopiero w dalszej części odpowiedzi pojawia się przywoływany przez zamawiającego fragment: (…) a wykonawca postąpi zgodnie z Warunkami Kontraktowymi. Odwołujący ponownie jednak podkreślił, że jego intencją nigdy nie było uzależnienie wykonania nowego (czy też zastąpienia starego nowym) materaca od zawarcia aneksu.

Zdaniem odwołującego konstrukcja stanowiska zamawiającego jest pozbawiona logiki.
O ile bowiem zamawiający (jako autor dokumentacji postępowania, w tym podmiot definiujący obowiązki wykonawcy składające się na przedmiot zamówienia) ma pełne prawo przypisywać określonym sformułowaniom dane skutki, to rozciąganie tego na wykonawców (na ich pisemne stanowiska) jest bezzasadne. Użyte sformułowanie jest, jak stwierdza sam zamawiający, fragmentem pkt. 1.1 PFU, a zatem skutki tego sformułowania nadane mu przez zamawiającego (zawarcie aneksu) należy rozciągać jedynie na przypadki, w których zamawiający (autor PFU) posługuje się odesłaniem do Warunków Kontraktu (to bowiem treści własnych dokumentów zamawiający przypisuje określony skutek). Nie ma jednak najmniejszych podstaw do rozciągania tych skutków na sformułowania, którymi posługują się wykonawcy - Konsorcjum Polimex
w złożonych Wyjaśnieniach nie poczyniło analogicznej adnotacji (tj. że wskazanie na Warunki Kontraktowe oznacza konieczność zawarcia aneksu).

Koncepcja prezentowana przez zamawiającego jest nielogiczna również wobec potencjalnej sekwencji zdarzeń, które miałyby mieć miejsce w toku realizacji zadania. Otóż jeśli okaże się, że niezbędne jest wykonanie nowego materaca, Konsorcjum Polimex materac ten zaprojektuje i wykona. Zakładając nawet (w ślad za stanowiskiem zamawiającego), że następnie zwróci się do zamawiającego z wnioskiem o zawarcie aneksu, zamawiający zapewne odmówi, stwierdzając, że w tym przypadku nie przewidział zastosowania Warunków Kontraktu (a więc zmiany zakresu prac). Efekt będzie zatem dokładne taki, jakiego oczekuje zamawiający
- wykonawca zrealizuje w ramach ceny ofertowej niezbędne prace.

Przywołane okoliczności, zdaniem odwołującego dowodzą, że wskazana podstawa odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex jest bezzasadna i nieracjonalna. Skoro zamawiający
tak dużą wagę przywiązuje do poszczególnych słów/ fraz ujętych w wyjaśnieniach wykonawców (pomijając kontekst i całokształt odpowiedzi), to zauważyć należy, że zachowuje się przy tym niekonsekwentnie. Otóż przywołany przez zamawiającego fragment PFU odwołuje się do Warunków Kontraktu (podobnie zresztą jak i inne dokumenty postępowania), tymczasem w swojej odpowiedzi Konsorcjum Polimex wskazuje na Warunki Kontraktowe. Pomimo językowego podobieństwa, są to jednak różne pojęcia i nie należy między nimi stawiać znaku równości.
Jak widać nie przeszkadza to jednak zamawiającemu, który interpretuje udzieloną przez Konsorcjum Polimex odpowiedź, w sposób ewidentnie zmierzający do wykreowania podstawy odrzucenia oferty odwołującego.

Ostatnią podstawą, którą wskazał zamawiający jako przyczynę podjęcia decyzji
o odrzuceniu oferty odwołującego, jest odpowiedź udzielona przez niego na pytanie nr 3.19, które brzmiało: Jaką konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono
w Ofercie ? W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie układu (opisu warstw) i grubości poszczególnych warstw dla każdej z dróg. W odpowiedzi odwołujący przywołał pkt. 2.1.1 i 2.1.5.1 PFU oraz odpowiedź zamawiającego z dnia 30 maja 2023 r. Jak zauważa zamawiający, Konsorcjum Polimex wskazało szczegóły dotyczące następujących konstrukcji: konstrukcję nawierzchni podatnej trasy głównej drogi ekspresowej KR 6; konstrukcję nawierzchni podatnej węzłów (łącznice węzła Barczewo) KR 5; konstrukcję nawierzchni podatnej węzłów (łącznice
i droga poprzeczna węzła Łęgajny) KR 4; konstrukcję nawierzchni podatnej węzłów (łącznice
i droga poprzeczna węzła Wójtowo) KR 3; konstrukcję nawierzchni podatnej - KR 3 (DZ57, DZ02, DZ03, DZ05, DL04, DL-54, DL56, DD-58); konstrukcję nawierzchni podatnej - KR 2 (DL01, DL03, DL-59, DD-09, ul. Rzemieślnicza); konstrukcję nawierzchni podatnej - KR 1 (WD 3A, DL02, DD-06, DD-08, Dodatkowe jezdnie (4+400-5+400), Dodatkowe jezdnie (5+600-6+000). Zamawiający stwierdza, że Konsorcjum Polimex nie przewidziało w zakresie konstrukcji nawierzchni prac projektowych i robót dotyczących istniejących jezdni dodatkowych opisanych w pkt. 1.1.3.2 PFU, tj.: Wójtowo - Barczewo DK 16c, od km 3+600 do km 3+780 (długość: 0,18 km); Wójtowo
- Barczewo DK 16c, od km 4+410 do 5+474 (długość: 1,064 km); Wójtowo - Barczewo DK 16c, od km 6+790 od km 7+100 (długość 0,31 km); Barczewo - Kaplityny DK 16c, od km 7+630 do km 9+019 (długość: 1,389 km); Barczewo, ul. Rzemieślnicza DK 16c (wg OPZ pkt 2.4) przejazd pod S16, km 7+700 (długość: 0,2 m). Również w tym zakresie zamawiający niesłusznie dopatruje się podstaw do zastosowania w stosunku do Konsorcjum Polimex sankcji w postaci odrzucenia oferty.

Odwołujący oświadczył w tym miejscu, że wszystkie zakresy prac, zgodnie z dokumentami zamówienia zostały w ofercie uwzględnione i wycenione. Pominięcie w udzielonej odpowiedzi
nr 3.19, przywołanych przez zamawiającego jezdni, nie świadczy o braku wyceny w tym zakresie w złożonej ofercie, lecz stanowi konsekwencję treści pytania, jakie sformułował zamawiający. Skoro bowiem zamawiający pytał Konsorcjum Polimex o to, jaką konstrukcję nawierzchni przewidziano, to logiczne dla odwołującego było, że intencją zamawiającego jest przywołanie
i opisanie tych dróg, które dopiero będą budowane/ konstruowane w ramach zadania (to w tych bowiem przypadkach wykonawca ma wpływ na stosowaną konstrukcję, zamawiający zatem słusznie chciał się upewnić czy założono konstrukcje zgodne z dokumentacją postępowania).
To w ich przypadku tak istotny jest dobór elementów konstrukcyjnych nawierzchni (z uwagi na tę oczywistą okoliczność, że będą one powstawać „od początku"). Natomiast odcinki dróg, które przywołał zamawiający (jako rzekomo nieujęte w ofercie) to odcinki dróg już istniejących,
w stosunku do których zaplanowano jedynie remont. To z kolei oznacza, że obowiązkiem wykonawcy, któremu powierzone zostanie zrealizowanie zadania nie będzie dobór odpowiednich elementów konstrukcyjnych, lecz dokonanie jedynie wymiany, bądź też wbudowania warstw jednoznacznie wskazanych przez zamawiającego (w kilku przypadkach zamawiający wymaga wymiany całej konstrukcji nawierzchni, w innych wymiany elementów konstrukcji nawierzchni).
O tym, że w przypadku odcinków z pkt. 1.1.3.2 PFU nie przewidziano budowy nowych elementów konstrukcyjnych dróg świadczą również udzielane przez zamawiającego odpowiedzi. W tym miejscu odwołujący przypomniał treść pytań o numerach 115, 537 oraz 550 i udzielone na nie odpowiedzi zamawiającego wywodząc w dalszej części, że skoro zamawiający pytał o to, jakie konstrukcje nawierzchni przyjęto w ofercie, to odwołujący słusznie (a przynajmniej tak podpowiada analiza dokumentacji postępowania) założył, że intencja zamawiającego sprowadzała się do tych odcinków, które dopiero będą budowane i które rzeczywiście znajdować się powinny w kręgu zainteresowania zamawiającego.

Przywołane przez zamawiającego pytanie 3.19 nie dotyczyło zakresu prac remontowych nawierzchni dla ww. odcinków dróg, dlatego też ten zakres nie został w odpowiedzi zawarty. Nie zmienia to faktu, że oferta złożona przez Konsorcjum Polimex uwzględnia wszystkie zakresy robót wskazane przez zamawiającego, w tym między innymi roboty remontowe na istniejących jezdniach dodatkowych i drogach bocznych, wskazanych w tabeli zamieszczonej w punkcie 1.1.3.2 PFU. Gdyby zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Polimex z prośbą o wyjaśnienie dotyczące zakresu prac, jakie przewidziano na istniejących odcinkach dróg przewidzianych
do pozostawienia, to taka odpowiedź zostałaby udzielona.

Jedynie na marginesie odwołujący wskazał, że precyzyjnie odniósł się do pytania zamawiającego o uwzględnione w ofercie konstrukcje nawierzchni nowo budowanych dróg.
W odpowiedzi na pytanie przedstawił wszystkie konstrukcje nawierzchni, przyjęte w kalkulacji oferty, które są konstrukcjami pełnymi, zawierającymi wszystkie warstwy konstrukcyjne dostosowane do wymaganej kategorii ruchu i zgodne z PFU. Zgodnie z definicją zawartą
w Katalogu Typowych Konstrukcji Nawierzchni Podatnych i Półsztywnych („KTKNPiP")
- podstawowym dokumentem dotyczącym konstrukcji nawierzchni podatnych na Kontrakcie: 3.12. Konstrukcja nawierzchni lub nawierzchnia – zespół odpowiednio dobranych warstw, którego celem jest rozłożenie naprężeń od kół pojazdów na podłoże gruntowe nawierzchni oraz zapewnienie bezpieczeństwa i komfortu jazdy pojazdów. Konstrukcja nawierzchni spoczywa na podłożu gruntowym lub na warstwie ulepszonego podłoża. Określenia „konstrukcja nawierzchni" i „nawierzchnia" są równoznaczne i mogą być stosowane wymiennie.

W KTKNPiP pkt 4.2. wskazano także: Nie wszystkie warstwy pokazane na rysunkach 4.1. i 4.2. muszą występować w konkretnym projekcie. Liczba i rodzaj warstw występujących w danej konstrukcji nawierzchni zależy od warunków gruntowo-wodnych, kategorii ruchu i materiałów użytych do warstw nawierzchni. Odwołujący w tym miejscu zamieścił Rys. 4.1. na którym pokazano schemat i nazwy poszczególnych warstw konstrukcji oraz Rys. 4.2. prezentujący przekrój poprzeczny i nazwy warstw konstrukcji.

Dalej zaznaczył, iż w związku z przytoczonymi powyżej zapisami KTKNPiP, odwołujący przedstawił wszystkie konstrukcje nawierzchni dla dróg, które będą budowane/ konstruowane
w ramach zadania, nie zostały natomiast przedstawione prace remontowe na dodatkowych jezdniach związane z wymianą/ wprowadzeniem dodatkowych warstw nawierzchni, ponieważ zamawiający o te prace nie pytał, a jest oczywiste, że wszystkie asortymenty robót, które jednoznacznie określił zamawiający, nie dając pola do interpretacji, zostały uwzględnione
w ofercie wykonawcy.

Odwołujący w tym miejscu w treści złożonego odwołania ponownie odniósł się do kwestii obowiązku wyjaśniania przez zamawiającego wszelkich wątpliwości związanych z treścią złożonej oferty. Odrzucenie oferty może nastąpić jedynie wtedy, gdy zamawiający jest w stanie wykazać (ponad wszelką wątpliwość), że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Biorąc pod uwagę charakter sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, nie może być w tym zakresie miejsca na jakiekolwiek niedomówienia czy dwuznaczności. Przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące na obowiązek wyjaśniania treści złożonej oferty, w tym Wyrok KIO
z dnia 20 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1537/21; Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 992/09; Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/09; Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r., sygn. akt KIO 510/11). Jak zaznaczył obowiązek ten jest dodatkowo generowany przez fakt, że również na gruncie treści oferty czy też wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę, obowiązuje zasada rozstrzygania wątpliwości na korzyść wykonawcy (tak w Wyroku KIO z dnia 2 marca 2022 r., sygn. akt KIO 366/22). W analizowanej sprawie, o ile przywołane powyżej odpowiedzi udzielone przez Konsorcjum Polimex, nie rozwiewały wszelkich wątpliwości zamawiającego, powinien on skierować do odwołującego wezwanie do udzielenia dalszych wyjaśnień.

Odwołujący przypomniał w tym miejscu zasadę wynikającą z przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, której zamawiający uchybił w toku prowadzonego postępowania tj. regułę równego traktowania wykonawców. O tym, zdaniem odwołującego świadczy sposób, w jaki zamawiający potraktował wybranego wykonawcę Budimex. W przypadku tego

akurat wykonawcy zamawiający przyjął odmienną postawę, tłumacząc wszelkie wątpliwości na jego korzyść.

Tytułem przykładu odwołujący wskazał na następujące odpowiedzi, których Budimex udzielił pismem z dnia 28 lipca 2023 r. W pytaniu nr 3.13 zamawiający prosił o wskazanie zakresu prac projektowych i robót dla istniejących obiektów inżynierskich, które należy dostosować
do nowych funkcji. W odpowiedzi na tak sformułowane pytanie (w którym zamawiający wprost oczekiwał podania zakresu prac projektowych i robót) wykonawca odpowiada: Zakres prac projektowych i robót dla istniejących obiektów, które należy dostosować do nowych funkcji jest zgodny z wymaganiami przedstawionymi w zaktualizowanym PFU i OPZ (w tym załączniku nr 2 do OPZ oraz ROŚ). Przyjmując taką koncepcję, zgodnie z którą wystarczy oświadczyć, że oferta jest zgodna z PFU i OPZ, należałoby postawić pod znakiem zapytania sens przeprowadzenia procedury wyjaśniającej (wystarczyłoby oświadczyć w odpowiedzi na każde z pytań, że oferta odpowiada wymogom zamawiającego). Mimo oczywistego wręcz braku sprostania oczekiwaniom zamawiającego, nie dostrzega on żadnej wadliwości w działaniu wykonawcy Budimex i akceptuje odpowiedź, która nijak ma się do sprecyzowanych w treści pytania oczekiwań. Z kolei w pytaniu nr 3.19 zamawiający prosił o wskazanie konstrukcji nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg, które wyceniono w ofercie. W ramach odpowiedzi prosimy o wskazanie układu (opisu warstw) i grubości poszczególnych warstw dla każdej z dróg. W załączniku nr 7 Budimex przedstawia konstrukcje. Dla 4 z 5 dróg przyjął remont, a na 1 z 5 przyjął remont polegający
na wymianie całej konstrukcji. Budimex popełnił jednak błąd, ponieważ zgodnie z aktualnym PFU (pkt 1.1.3.2) powinien przyjąć wymianę całej konstrukcji nawierzchni na odcinku „Wójtowo
- Barczewo DK 16c, od km 4+410 do 5+474 (długość: 1,064 km)". Zgodnie z tabelą 1.1.3.2,
na którą powołuje się wykonawca, rozbiórkę starej konstrukcji i budowę nowej, należy przewidzieć na dwóch odcinkach: Barczewo, ul. Rzemieślnicza DK 16c (wg OPZ pkt 2.4) przejazd pod S16, km 7+700 (długość: 0,2 m); Wójtowo - Barczewo DK 16c, od km 4+410 do 5+474 (długość: 1,064 km). Zamawiający, pomimo oczywistej niezgodności wyjaśnień wykonawcy z PFU, zaakceptował złożone wyjaśnienia i nie dopatrzył się niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Następnie, w pytaniu nr 3.11 zamawiający oczekiwał podania rozwiązań projektowych dla branży mostowej oddzielnie dla każdego obiektu z pkt. 1.1.3.3 PFU. Budimex załączył tabelę, w której znalazły się m. in. informacje w zakresie jednego z obiektów (w załączniku nr 3 do wyjaśnień). Z ich treści wynika wprost, gdyż zamawiający tak stwierdził na bazie pierwotnie udzielonych wyjaśnień, że oferta wykonawcy pozostaje wprost niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykonawca ten uwzględnił w ofercie rejestrator wyposażony w macierz zapewniającą archiwizację danych przez okres 2 tygodni (gdy tymczasem oczekiwanie zamawiającego wynosiło 30 dni) oraz uwzględnił
w ofercie szafy wykonane z blachy aluminiowej (zamawiający oczekiwał szaf ze stali kwasoodpornej). Pomimo tak ewidentnych (uchwytnych i jednoznacznych) niezgodności oferty wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, ten zwrócił się do wykonawcy z wnioskiem o dalsze wyjaśnienia, w wyniku których oferta Budimex została uznana za zgodną z SWZ.

Wprawdzie odwołujący jest świadom, że materia innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest przedmiotem orzekania w niniejszej sprawie, pokazuje ona jednak, że zamawiający zdaje się stosować różne standardy, co nie tylko stanowi o nierównym traktowaniu, ale i podważa zaufanie rynku do jednego z największych zamawiających w kraju. Na marginesie zauważył, że postępowanie szczecińskiego oddziału GDDKiA zdaje się być prawidłowe. Dowodzi ono, że odrzucenie oferty może nastąpić jedynie w przypadku ewidentnych i istotnych wadliwości. Uwzględnia ono również specyfikę i charakter postępowań prowadzonych w formule Zaprojektuj i wybuduj. Stosowania analogicznych zasad domaga się odwołujący
w niniejszym postępowaniu.

Jako zarzut ewentualny odwołujący podniósł również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex. Wyjaśnienia, które złożył ten wykonawca w piśmie z dnia 28 lipca 2023 r. wskazują bowiem
na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że podniósł powyższy zarzut jedynie na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex. Odwołujący ma świadomość, że odrzucenie oferty wykonawcy w oparciu o udzielone wyjaśnienia nie może bazować
na ewentualnych wątpliwościach czy dwuznacznościach, wynikających z treści udzielonych wyjaśnień. Poza tym oczywiste jest również dla odwołującego, że zamawiający powinien traktować wszystkich wykonawców w sposób równy i sprawiedliwy. Dlatego też w przypadku uwzględnienia przez KIO zarzutów odnoszących się do oferty Konsorcjum Polimex, odwołujący nie domaga się rozpatrzenia zarzutów związanych z niezgodnością oferty Budimex z warunkami zamówienia. Jest to podyktowane zarówno interesem (w takim przypadku oferta odwołującego sklasyfikowana zostanie na pierwszym miejscu), jak i doprowadzeniem do stanu, w którym wykonawcy traktowani będą co do zasady równo (tj. oferta żadnego z nich nie zostanie odrzucona w oparciu o ewentualne wątpliwości zamawiającego). W przypadku jednak oddalenia zarzutów odwołującego dotyczących jego własnej oferty, odwołujący dopatruje się zasadności wypowiedzenia się przez Krajową Izbę Odwoławczą na temat sposobu potraktowania innego wykonawcy. Tym bardziej, że jak wykazane zostało powyżej, reguły postępowania przyjęte przez zamawiającego w stosunku do poszczególnych wykonawców, różnią się od siebie.

Konsorcjum Polimex argumentowało dalej, że oferta Budimex jest niezgodna z warunkami zamówienia z następujących powodów. Jak wynika z treści PFU (pkt 1.1.3.2) na następujących odcinkach należało przyjąć rozbiórkę starej konstrukcji i budowę nowej: Barczewo,
ul. Rzemieślnicza DK 16c (wg OPZ pkt 2.4) przejazd pod S16, km 7+700 (długość: 0,2 m). Zgodnie z pkt 8 tabeli z pkt. 1.1.3.2 PFU: rozbiórka istniejącej konstrukcji drogi i chodnika i wykonanie nowej Wójtowo - Barczewo DK 16c, od km 4+410 do 5+474 (długość: 1,064 km). Zgodnie z pkt 2 tabeli z pkt 1.1.3.2 PFU: wykonanie nowej konstrukcji nawierzchni ze względu na konieczność podniesienia niwelety drogi Jak wynika z kolei z pisma Budimex z dnia 28 lipca 2023 r. (odpowiedź na pytanie nr 3.19) wykonawca założył, że jedynie w ramach jednego z pięciu odcinków dróg wykona wymianę całej konstrukcji (Barczewo, ul. Rzemieślnicza DK 16c (wg OPZ pkt 2.4) przejazd pod S16, km 7+700 (długość: 0,2 m). Analogicznego założenia brak jednak w stosunku do odcinka Wójtowo - Barczewo DK 16c, od km 4+410 do 5+474

(długość: 1,064 km). Jak wynika z zestawienia (załącznik nr 7 do wyjaśnień Budimex), wykonawca ten nie zakłada w przypadku odcinka Wójtowo - Barczewo DK 16c, od km 4+410 do 5+474 (długość: 1,064 km) wymiany całej konstrukcji, a jedynie (podobnie jak w przypadku kilku innych odcinków) remont polegający
na wzmocnieniu konstrukcji. Powyższe stanowi o braku zgodności jego oferty z jednoznacznymi wymaganiami PFU, co powinno skłonić zamawiającego do odrzucenia oferty Budimex w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Kolejna wadliwość w ofercie Budimex dotyczy parametrów obiektu ED-1LA/ED-1PA (opisanego w poz. 5 i 6 w pkt 1.1.3.3 tabela nr 1.1 PFU). Jak wynika z informacji tam zawartych długość obiektu to 389,6 m. Zamawiający dopuścił skrócenie obiektu o 30 m (co wynika wprost
z tabeli z pkt. 1.1.3.3 PFU). W adnotacji zawartej pod tabelą zamawiający stwierdza: Procedury Zmiany nie stosuje się w przypadku opisanym w punkcie b) dla zmian szerokości lub długości obiektów w zakresie ± 10%. Zmiany te zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej
i Czasie na Ukończenie. Z odpowiedzi na pytanie nr 346 (z 16 maja 2023 r.) wynika, że 10%,
o którym mowa powyżej należy liczyć od długości pomniejszonej o 30 m (w ramach dopuszczalnego skrócenia obiektu), a zatem od 359,6 m. Oznacza to, że minimalna długość obiektu wynosi 323,64 m. Tymczasem, jak wynika z załącznika nr 3 (pytanie nr 3.11) do wyjaśnień Budimex z dnia 28 lipca 2023 r. wykonawca ten założył długość obiektu wynoszącą 322,6 m,
a więc niezgodną z oczekiwaniami zamawiającego. Powyższe stanowi o niezgodności oferty
z jednoznacznymi wymaganiami PFU, co powinno skłonić zamawiającego do odrzucenia oferty Budimex w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe odwołujący podkreślił, iż zamawiający działając z należytą starannością, szczególnie w sferze oceny ofert, nie może zaniechać czynności, które pozwolą mu na prawidłowe ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z warunkami zamówienia. Pomimo, iż art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie jest zobowiązaniem zamawiającego, a jedynie uprawnieniem, zamawiający nie może pozostawić żadnych zakresów oferty do końca niewyjaśnionych, tak aby jego decyzja w tym zakresie nie budziła wątpliwości.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp,
o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej „Budimex" lub „przystępujący").

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie - pismo z 30 października 2023 r., wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Wykonawca Budimex złożył do akt sprawy pismo procesowe, prezentujące jego stanowisko w sprawie, z dnia 30 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego
do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, pismem procesowym wykonawcy Budimex, jak też po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy
Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych
w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Jego oferta, w przypadku gdyby zamawiający dokonał oceny złożonych ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp i opisem sposobu oceny zamieszczonym w SWZ - otrzymałaby najwyższą liczbę punktów w ramach kryteriów i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego pomimo, że jego zdaniem złożona
w postępowaniu oferta spełnia wymagania SWZ. Naruszenia zamawiającego powodują zatem, że odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia mimo, że złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, co potencjalnie skutkować może powstaniem po stronie odwołującego szkody m.in. w postaci utraty korzyści i zysków, wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania
o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniach Izba uznała, że odwołanie zasługiwało
na uwzględnienie. Rację ma odwołujący, że zamawiający naruszył wskazywane przez niego przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp uznając, że złożona przez odwołującego w postępowaniu oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia pomimo,
że do wniosków tych nie sposób dojść na podstawie udzielonych przez Konsorcjum Polimex odpowiedzi na pytania, skierowane do niego w piśmie z 13 lipca 2023 r. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto procedura wezwania do wyjaśnień, zastosowana przez zamawiającego, także biorąc pod uwagę treść wyjaśnień składanych przez wykonawcę Budimex, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu, prowadzona była z naruszeniem zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim naruszała zasadę przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

Na wstępie należy przypomnieć treść przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę
na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w dokumentach zamówienia.

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

Ponadto w myśl art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Ustawodawca zastrzegł jednak, że 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.

W ocenie Izby w prowadzonym postepowaniu wyżej wymienione przepisy zostały przez zamawiającego naruszone. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że aby zamawiający mógł podjąć decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy musi mieć pewność, że ta nie spełnia wymagań opisanych przez niego w dokumentach zamówienia. O sprzeczności oferty z warunkami zamówienia można przy tym mówić wyłącznie wtedy, gdy sprzeczność ta jest niewątpliwa, jednoznaczna, zasadnicza i nieusuwalna. Nie może być przy tym żadnej wątpliwości co do tego, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada jasno sprecyzowanym i wyartykułowanym wymaganiom zamawiającego, opisanym w dokumentacji. Takie wnioski płyną z ugruntowanego już orzecznictwa w tym przedmiocie. Jak trafnie zauważyła Izba w Wyroku z dnia 10 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1177/23: Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru.
O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa
w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu, w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując,
o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ. Innymi słowy, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty danego wykonawcy, zamawiający musi mieć pewność co do tego, że oferowane przez niego świadczenie nie odpowiada temu, czego zamawiający oczekuje od wykonawcy. Przy tym ma także obowiązek, podejmując decyzję w tym przedmiocie i uzasadniając ją wykonawcy składającemu ofertę, wskazania określonych zapisów zawartych w SWZ z którymi oferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny.

Powyższe potwierdza także orzecznictwo sądów powszechnych, tak m.in. w Wyroku SO z dnia 25 października 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 121/22, zauważono, że: Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunków zamówienia zawarta jest w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, zgodnie
z którą przez warunki zamówienia należy rozumieć: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

Istotna dla oceny zarzutów w niniejszej sprawie jest także kwestia formuły, w jakiej zamawiający zdecydował się prowadzić przedmiotowe postępowanie a więc w formule „zaprojektuj i wybuduj" co oznacza, że opis przedmiotu zamówienia ma charakter wyłącznie ogólny, wiele elementów składających się na jego realizację zostanie skonkretyzowanych dopiero na etapie przygotowania koncepcji czy też prac projektowych. Powyższe z jednaj strony daje większą swobodę wykonawcy w zakresie doboru zastosowanych przez niego rozwiązań,
po stronie zamawiającego z kolei oznacza, że podstawę zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp mogą stanowić wyłącznie jednoznaczne i wyczerpujące postanowienia SWZ, w tym PFU.
Z kolei to wszystko, co nie zostało ujęte w dokumentach przygotowanych i przekazanych w toku postępowania wykonawcom jest dopuszczalne, a taka oferta pozostaje w zgodzie z warunkami zamówienia.

Powyższe jest również istotne z tego powodu, że zamawiający prowadząc przedmiotowe postępowanie zdecydował się przyjąć, jako sposób powzięcia informacji jakie konkretnie rozwiązania dany wykonawca przewidział w swojej ofercie, procedurę wynikającą z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zastosował zatem ww. przepis, w celu uzyskania informacji na temat zaoferowanych projektów koncepcyjnych wykonawców, na etapie już toczącego się postępowania. Wszczęcie takiej procedury miało zatem na celu nie tyle wyjaśnienie wątpliwości dotyczących treści złożonych przez wykonawców ofert, ale zmierzało do tego, aby dany wykonawca udzielając wyjaśnień, udzielił odpowiedzi na szereg pytań o charakterze technicznym, które często sformułowane były przez zamawiającego w sposób otwarty i miały dać zamawiającemu wiedzę o tym jakie konkretnie rozwiązania dany wykonawca oferuje.

O ile sam sposób działania, jak ten opisany wyżej i przyjęty w niniejszej sprawie, zaakceptowany został przez Sąd Okręgowy, który w Wyroku z dnia 27 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 6/23 stwierdził, w analogicznych okolicznościach jak te mające miejsce w sprawie rozpoznawanej, że zastosowanie procedury wezwania wykonawcy w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, nie zawsze musi wiązać się z koniecznością istnienia po jego stronie „wątpliwości" co do treści złożonych ofert, o tyle zamawiający nie może zapominać, że procedura taka musi zostać przeprowadzona z

zachowaniem zasad równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Sąd Okręgowy, w przywołanym wyżej orzeczeniu, odnosząc się do sposobu i celu prowadzenia takiej procedury wyjaśniającej stwierdził, że w zamówieniach prowadzonych w formule „zaprojektuj i wybuduj" składane wyjaśnienia służą „ustaleniu sposobu widzenia dokumentacji przez wykonawcę oraz uszczegółowienia wskazanego przy składaniu ofert stanowiska".

Wskazać należy, że sam zamawiający w treści pisma, kierowanego do wykonawców z 13 lipca 2023 r. (w tym między innymi do odwołującego, ale też do wykonawcy Budimex) stwierdził (pkt 2), że celem wezwania jest „ustalenie czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ". Z kolei z treści pytań, sformułowanych w sposób szczegółowy wynika, że celem wszczęcia tej procedury przez zamawiającego było poznanie tych elementów i powzięcie wiedzy na temat tych rozwiązań, które nie zostały wcześniej w ofercie sprecyzowane, z racji jak to wskazano wcześniej przyjętej w postępowaniu formuły prowadzenia postępowania tj. „zaprojektuj i wybuduj".

Zamawiający zwracając się do wykonawców nie powinien też pomijać jaką funkcję w postępowaniu o udzielenie zamówienia pełni stosowany przez niego przepis tj. ma wyjaśniać wątpliwości powstałe w związku z treścią samej oferty. Zadane pytanie powinno więc konkretyzować w sposób jasny czego (jakich informacji i danych) zamawiający od wykonawcy oczekuje. Jeśli z kolei zamawiający zadaje pytania w sposób ogólny, taki który może być przez wykonawców rozumiany w różny sposób powinien, w przypadku powzięcia wątpliwości w związku z udzielonymi wyjaśnieniami, czy stwierdzenia niejasności co do deklaracji zawartych w tych wyjaśnieniach, ponownie wezwać wykonawcę do ich doprecyzowania czy doszczegółowienia, wskazując na powziętą wątpliwość, czy stwierdzoną niezgodność.

Co należy także podkreślić, jeśli zamawiający na taką procedurę się zdecydował i jego zamiarem było szczegółowe zapoznanie się z przyjętymi przez wykonawcę rozwiązaniami, proponowaną technologią, konstrukcją czy sposobem wyceny poszczególnych elementów, miał obowiązek prowadząc takie postępowanie wyjaśniające, równo traktować wszystkie podmioty.
W okolicznościach rozpoznawanej sprawy oznaczało to, że jeżeli zamawiający nie wyciągał w stosunku do jednego z wykonawców konsekwencji w przypadku, gdy z udzielonej odpowiedzi nie wynikały wszystkie elementy, o które zamawiający się pytał (wykonawca Budimex odpowiadając na niektóre pytania deklarował jedynie, że oferowane rozwiązania są zgodne z PFU, nie udzielając de facto odpowiedzi), nie powinien też wyciągać w stosunku do odwołującego konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, jeśli np. ten nie udzielił odpowiedzi na pytanie w taki sposób, jakiego zamawiający oczekiwał tj. niepełny czy budzący wątpliwości. W odniesieniu do odwołującego zamawiający dokonał dowolnej interpretacji użytych przez niego deklaracji i sformułowań, wywodząc z nich brak zgodności z treścią SWZ. Zamawiający naruszył zatem zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż z jednej strony w odniesieniu do wykonawcy Budimex zaakceptował, iż ten odpowiadając na szczegółowo zadane mu pytania powołał się wyłącznie na zapisy PFU deklarując, że zapisy te spełnia (tak np. odpowiadając na pytania 3.4, 3.12, 3.13, 3.22), nie udzielając jednoznacznej odpowiedzi, trudno zatem uznać, że na podstawie udzielonych odpowiedzi zamawiający osiągnął cel, jaki przyświecał mu prowadząc niniejszą procedurę wyjaśniającą tj., że rozwiał swoje wątpliwości i posiadł wiedzę co do tego jakie szczegółowe rozwiązania Budimex oferuje. Z kolei w odniesieniu do odwołującego zamawiający wyciągnął konsekwencje w postaci odrzucenia jego oferty, które to wnioski płyną, jak stwierdził, ze szczegółowo złożonych przez niego wyjaśnień w postępowaniu.

Oceniając postępowanie zamawiającego, który w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zwracał się do wykonawców prosząc o wyjaśnienia i, przyjęte do sporządzenia oferty założenia czy rozwiązania, należało dojść do przekonania, że naruszył on także zasady przejrzystości i proporcjonalności, które powinny być przestrzegane w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ta pierwsza oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom na zrozumienie ich szczegółowego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób. Zasada przejrzystości wprowadza z kolei zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji lub obowiązujących przepisów prawnych. W niniejszym postępowaniu oznaczało to tyle, że pytając wykonawców o kwestie odnoszące się do szczegółowych rozwiązań, winien pamiętać po pierwsze jaką formułę przetargu przyjął, a po drugie, że wszystkie odpowiedzi mieszczące się w graniach opisanych w PFU - należało uznać za poprawne.

Wspomniane wyżej zasady przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców wymagały również, aby w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający skierował do odwołującego dodatkowe pytania, dając mu szansę na wyjaśnienie treści jego oferty, w związku z podejrzeniem jej niezgodności, czy stwierdzenia jej sprzeczności z warunkami zamówienia, tak aby mógł on wyjaśnić jaka była rzeczywista intencja wykonawcy składającego wyjaśnienia a ponadto, aby miał możliwość odniesienia się do kwestii oczekiwań zamawiającego, wyrażonych w treści SWZ. Zamawiający takiej procedury zaniechał, dokonując swoistego uproszczenia polegającego na tym, że skoro jego zdaniem odpowiedzi na pytania są niekompletne, niewyczerpujące czy też niejasne - taka oferta jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Wobec powyższego Izba stoi na stanowisku, że zamawiający dokonał wybiórczej i nieprawidłowej oceny udzielonych przez odwołującego, w toku postępowania wyjaśniającego, odpowiedzi na pytania i podjął decyzję o odrzuceniu złożonej przez tego wykonawcę oferty w sposób wadliwy, z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przy tym zamawiający w Informacji o wyborze z 5 października 2023 r. wskazał cztery powody podjęcia takiej decyzji. Po pierwsze stwierdził, że Konsorcjum Polimex zastosowało niedopuszczoną w PFU technologię wzmocnienia podłoża. Po drugie uznał, że brak jest pełnego zakresu prac na obiektach PP-1A, PP-2A, PP-4A. Po trzecie, zamawiający stwierdził, że odwołujący przyjął niezgodne z PFU założenia wzmocnienia podłoża w rejonie rzeki Pisa. W punkcie czwartym pisma przekazanego

wykonawcy wskazał, że wykonawca ten nie uwzględnił prac projektowych i robót dotyczących istniejących jezdni dodatkowych i dróg bocznych. Przy tym należy w tym miejscu ponownie przypomnieć, iż do powyższych wniosków zamawiający doszedł na podstawie wyjaśnień, udzielonych przez Konsorcjum Polimex w toku postępowania, o które zwrócił się do niego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wszystkie cztery podstawy faktyczne odrzucenia oferty odwołującego należy uznać za nieprawidłowe, gdyż albo zostały oparte na nieprawidłowych ustaleniach, albo też stanowią wynik błędnej wykładni oświadczenia woli złożonego przez odwołującego.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do pierwszej z wskazanych podstaw odrzucenia
tj. że Konsorcjum Polimex zastosowało niedopuszczoną w PFU technologię wzmocnienia podłoża Izba uznała, że deklaracja złożona przez odwołującego w odpowiedzi na pytanie tj. wskazany sposób wzmocnienia podłoża nie przesądza o tym, że oferowany przedmiot jest niezgodny
z SWZ.

W przywołanym przez zamawiającego pytaniu 3.15 oczekiwał on wskazania jakie technologie wzmocnienia podłoża gruntowego pod korpusem trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w ofercie? W ramach odpowiedzi poprosił o wskazanie technologii i lokalizacji miejsc (zgodnie z pikietażem dróg), w których zostały założone wzmocnienia podłoża gruntowego. Konsorcjum Polimex, udzielając wyjaśnień w piśmie z 28 lipca 2023 r. wskazało, że na podstawie dokumentacji przetargowej załączonej przez zamawiającego wstępnie założył wzmocnienia podłoża zgodnie z załącznikiem nr 5 do niniejszego wyjaśnienia. W załączniku tym podano następujące informacje, że dla czterech z pięciu lokalizacji zastosuje: wzmocnienie wgłębne
- kolumny przemieszczeniowe. Zamawiający z kolei uznał, że odwołujący zastosował technologię, która nie była zgodna z zapisami WWiORB D.02.01.01G „Kolumny żwirowe" oraz D.02.01.01H „Kolumny betonowo- żwirowe". Argumentował, że wymagania techniczne, w zakresie materiału użytego do wykonania wzmocnienia czy sprzętu oraz kontrola wykonanego wzmocnienia, są inne niż wymagania dla wykonania kolumn przemieszczeniowych.

Ze stanowiskiem zamawiającego nie sposób się zgodzić z tego powodu, że jak trafnie zaznaczył odwołujący w dokumentach zamówienia nie opisano jakie rozwiązania w zakresie przyjętej technologii wykonania zamawiający wyklucza, a jego stanowisko na temat tego,
że w dokumentach zamówienia nie przewidział WWiORB na technologię kolumn przemieszczeniowych - nie jest równoznaczne z brakiem możliwości jej zastosowania. Zamawiający sam przyznaje, że nie istnieje żadna legalna definicja określenia „kolumny przemieszczeniowe", twierdzi jednak, że jest ono powszechnie stosowane jako nazwa technologii wzmocnienia w budownictwie drogowym i kubaturowym dla wykonania sztywnych kolumn betonowych. Przywołuje przy tym na informacje, zawarte na różnych stronach internetowych firm, które specjalizują się w wykonaniu wzmocnień podłoża.

Izba zauważa, że odwoływanie się do pojęć i sposobu rozumienia danych pojęć, stosowanych przez inne firmy, nie może być w tym wypadku decydujące w tak ważnej kwestii jak podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy. Każda z przywołanych firm opisuje własną
i stosowaną przez siebie technologię, co nie oznacza, że odwołujący w takim sam sposób rozumie owe pojęcia i, że zastosowany sposób realizacji tego zadania nie mieści się w tym opisie, który zawarł zamawiający w przywołanych zapisach WWiORB. Odwołujący odpowiadając na zadane pytanie po pierwsze zadeklarował, że „wstępnie założył" taki sposób wzmocnienia podłoża,
nie opisując przy tym dokładnie na czym wskazana przez niego technologia ma polegać.
Z pewnością nie sposób, wyłącznie na podstawie tak lakonicznego stwierdzenia uznać,
że odwołujący zamierza zrealizować zamówienie stosując taką technologię, jaka jest opisywana w przywołanych publikacjach i jakiej zamawiający nie dopuszcza.

Obowiązkiem zamawiającego było w tym przypadku, jako że powinien powziąć wątpliwość do którego z rodzajów dopuszczonych technologii zakwalifikować rozwiązanie odwołującego, kwestię tę wyjaśnić, kierując do niego dodatkowe pytania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Jak bowiem wskazano wyżej, temu właśnie celowi służy wskazany przepis tj., aby wykonawca miał możliwość wyjaśnienia treści złożonej oferty, w związku z podejrzeniem jej niezgodności
z warunkami zamówienia. Chodzi o to, aby wykonawca mógł wyjaśnić rzeczywistą treść złożonego przez siebie oświadczenia, a ponadto odnieść te wyjaśnienia do treści oczekiwań zamawiającego, wyrażonych w dokumentach zamówienia.

Zamawiający, jako drugą podstawę odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex wskazał brak pełnego zakresu prac na obiektach PP-1A, PP-2A, PP-4A. W zawartym w wezwaniu zamawiającego pytaniu 3.13 poprosił o wskazanie zakresu prac projektowych i robót dla istniejących obiektów inżynierskich, które należy dostosować do nowych funkcji. W swoich wyjaśnieniach Konsorcjum Polimex przedstawił zakres prac projektowych i robót dla istniejących obiektów inżynierskich, dostosowywanych do nowych funkcji zestawiając je w tabeli stanowiącej załącznik nr 4 do pisma z 28 lipca 2023 r. Zamawiający uznał, że na obiektach istniejących
PP-1A, PP-2A oraz PP-4A wykazano jedynie prace w zakresie zabezpieczenia antykorozyjnego (w dwóch przypadkach) oraz tylko zabieg hydrofobizacji (obiekt PP-2A). Zgodnie z treścią dokumentu OPZ stanowiącego Załącznik nr 33 do PFU zakres prac przewidzianych do wykonania na tych obiektach jest znacznie szerszy. W konsekwencji zamawiający stwierdził, że Konsorcjum Polimex przyjmując w ofercie niepełny zakres prac do wykonania na obiektach istniejących
PP-1A, PP-2A oraz PP-4A postąpiło wbrew jednoznacznym wymaganiom warunków zamówienia, a tym samym wykonawca ten nie wycenił w ofercie zakresu prac zgodnego z dokumentami zamówienia.

Izba uznała, że i w tym przypadku stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe, gdyż udzielona przez Konsorcjum Polimex odpowiedź stanowi konsekwencję treści sformułowanego przez zamawiającego pytania. Mowa jest w nim wyraźnie o zakresie prac projektowych i robót dla „istniejących obiektów inżynierskich". Stąd uzasadnione są twierdzenia odwołującego,
że zamawiający nie miał podstaw oczekiwać podania w odpowiedzi wszystkich prac przewidzianych do wykonania w ramach wydłużenia istniejącego obiektu, czego potwierdzeniem jest, że argumentując zasadność odrzucenia oferty

odwołującego zamawiający, jako nie uwzględnione w ofercie, wskazał wyłącznie katalog prac z załącznika nr 33 do PFU. Ten właściwy jest dla obiektu istniejącego, nie zaś dla całości prac koniecznych dla przedłużenia obiektu.
W odpowiedzi 3.13 Konsorcjum Polimex wskazało prace dla pozostałej po wydłużeniu części konstrukcji obiektów istniejących, z kolei jak zauważyło w odwołaniu, w odpowiedzi na pytanie 3.11 podane zostały parametry wydłużonego przejścia.

Wbrew zatem temu, co twierdzi zamawiający, treści udzielonej odpowiedzi nie sposób traktować jako deklaracji, że odwołujący zamierza wykonać przedmiot zamówienia w węższym zakresie, niż to ma wynikać z PFU. Co najwyżej, w zaistniałej sytuacji, zamawiający powinien był nabrać wątpliwości co do sposobu zadanego przez niego pytania, czy też tego w jaki sposób dany zakres zamówienia został w dokumentacji opisany i czy, w konsekwencji, sposób w jaki zaprezentował odwołujący zakres prac nie wynika z takiego, a nie innego ich podziału w PFU.
Co kluczowe, również w tym przypadku powstałe wątpliwości zamawiający mógł w sposób legalny rozstrzygnąć, kierując do odwołującego pytanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający upatrywał także braku zgodności treści oferty Konsorcjum Polimex z treścią SWZ w tym, że jak stwierdził informując wykonawcę o odrzuceniu jego oferty, w zawartym
w wezwaniu zamawiającego pytaniu 3.18 oczekiwał wskazania w jaki sposób wykonawca zamierza wykorzystać istniejące wzmocnienie podłoża zrealizowane metodą mikrowybuchów
w rejonie rzeki Pisa. Z kolei, jego zdaniem, z wyjaśnień Konsorcjum Polimex wynika,
że wykonawca założył, że na obszarze rezerwy pod drugą jezdnię wykona badania zagęszczenia i nośności istniejącego materaca. W przypadku stwierdzenia niewystarczających parametrów wytrzymałościowych materaca zostanie zaprojektowane nowe rozwiązanie, w oparciu o uzyskane wyniki badań i dostosowane do nich, a wykonawca postąpi zgodnie z Warunkami Kontraktowymi. Dalej argumentował, że z postanowień PFU, jak również powyższej odpowiedzi, wprost wynika, że wykonanie dodatkowego materaca (lub zastąpienie istniejącego materaca nowym) było elementem opisu przedmiotu zamówienia i jako takie powinno być uwzględnione w ofercie (oraz jej cenie). Wykonawca przyjął tymczasem założenie, że zaprojektowane nowego rozwiązania
w zakresie wzmocnienia podłoża nastąpi w ramach postanowień Warunków Kontraktu. Stąd zamawiający wywiódł, że Konsorcjum Polimex przyjmując w ofercie takie założenie postąpiło wbrew jednoznacznym wymaganiom warunków zamówienia, a w konsekwencji wykonawca nie wycenił w ofercie zakresu prac zgodnego z dokumentami zamówienia.

Izba uznała, że zamawiający dopatruje się sprzeczności treści oferty odwołującego
z warunkami zamówienia tylko z tego powodu, że udzielona odpowiedź wskazuje na to,
że Konsorcjum Polimex stwierdza, że zamierza postępować zgodnie z Warunkami Kontaktowymi.

Zamawiający w tym przypadku dokonuje nadinterpretacji, nie tyle skupiając się na samej odpowiedzi na pytanie, które dotyczyło konkretnej kwestii, ale na użytym sformułowaniu, wywodząc z niego nieprawidłowe wnioski. Odwołujący w odpowiedzi nie stwierdził przecież,
że nie wykona czy też, że nie ujął w cenie ofertowej zakresu prac, o których mowa w załączniku nr 33 do PFU, w tym ewentualnego zaprojektowania nowego materaca geosyntetycznego
z WWiORB D.02.01.01C. Wręcz przeciwnie zadeklarował, że jest świadom prac, jakie w rejonie rzeki Pisa zostały wykonane w 2008 r., następnie wskazał, że na etapie realizacji inwestycji wykonane zostaną badania zagęszczenia i nośności istniejącego materaca. W dalszej kolejności stwierdza w sposób jednoznaczny, że w przypadku stwierdzenia niewystarczających parametrów wytrzymałościowych materaca, zostanie zaprojektowane nowe rozwiązanie w oparciu o uzyskane wyniki badań i dostosowane do nich. Nie uzależnia też wykonania tego zakresu od zawarcia aneksu, dodatkowego wynagrodzenia, zmiany terminu, czy innych warunków, których będzie się domagał w związku z koniecznością wykonania tych prac. Dopiero na zakończenie pojawia się sformułowanie o tym, że zamierza postępować zgodnie z „Warunkami Kontraktowymi" co, wobec wcześniejszej deklaracji zawartej w odpowiedzi na pytanie, z pewnością nie może być uznane jako okoliczność, że oferta Konsorcjum Polimex jest niezgodna z treścią SWZ.

Zamawiający nie może wywodzić z jednego określenia, które do tego odczytywane jest przez niego w sposób nieuprawniony konsekwencji tak daleko idących jak decyzja o odrzuceniu oferty. Również w tym przypadku, w sytuacji gdy po stronie zamawiającego powstały wątpliwości co do treści złożonej deklaracji, zamawiający miał możliwość skierowania do odwołującego pytania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, które pozwoli na jednoznaczne stwierdzenie co do rzeczywistej woli odwołującego.

Ostatnia ze wskazanych przez zamawiającego podstaw faktycznych odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex odnosi się do kwestii braku uwzględnienia, w odpowiedzi na zadanie przez zamawiającego pytanie 3.19, prac projektowych i robót dotyczących istniejących jezdni dodatkowych i dróg bocznych. Zamawiający informując Konsorcjum Polimex o tym, że jego oferta podlega odrzuceniu, ponownie wskazywał jakie były jego oczekiwania wobec wykonawcy podczas formułowania pytania tj. wskazanie jaką konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w ofercie ? Dalej, w ramach odpowiedzi, prosił o wskazanie układu (opisu warstw i grubości poszczególnych warstw) dla każdej z dróg.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący w zakresie konstrukcji nawierzchni nie przewidział w ofercie prac projektowych i robót dotyczących istniejących jezdni dodatkowych opisanych
w PFU w pkt 1.1.3.2., w konsekwencji z treści odpowiedzi na pytanie wywiódł, że odwołujący przyjmując w ofercie niepełny zakres prac projektowych i robót dotyczących istniejących jezdni dodatkowych i dróg bocznych, postąpił wbrew jednoznacznym wymaganiom warunków zamówienia, co prowadzi do wniosku, iż nie wycenił w ofercie zakresu prac zgodnego
z dokumentami zamówienia.

Izba w tym przypadku uznała, że fakt pominięcia w udzielonej odpowiedzi na pytanie
nr 3.19 przywołanych przez zamawiającego jezdni, nie świadczy o braku wyceny w tym zakresie w złożonej ofercie, lecz stanowi konsekwencję treści pytania, jakie sformułował zamawiający. Odwołujący zrozumiał je w taki sposób, iż udzielona odpowiedź powinna odnosić się do dróg, które albo wymagają wybudowania, albo wymiany całej konstrukcji.

Za spójne i logiczne należy uznać wyjaśnienia odwołującego, który wskazywał, że w zakresie tych odcinków dróg, które przywołał zamawiający (jako rzekomo nieujęte w ofercie) to odcinki dróg już istniejących, w stosunku do których zaplanowano jedynie remont. To z kolei oznacza, że obowiązkiem wykonawcy, któremu powierzona zostanie realizacja zadania, nie będzie dobór odpowiednich elementów konstrukcyjnych, lecz dokonanie jedynie wymiany bądź też wbudowania warstw jednoznacznie wskazanych przez zamawiającego (w kilku przypadkach zamawiający wymaga wymiany całej konstrukcji nawierzchni, w innych wymiany elementów konstrukcji nawierzchni).

Z tych powodów w pełni uprawniona była interpretacja odwołującego co do tego jaki zakres prac powinien wskazać, odpowiadając na zadane pytanie. Również w tym przypadku należy dojść do przekonania, że postępowanie zamawiającego narusza zasady prowadzenia postępowania. Wprawdzie bowiem przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, a zatem co do zasady czynność polegająca na żądaniu złożenia wyjaśnień stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego, to jeśli wymagają tego okoliczności sprawy zamawiający, kierując się zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do żądania przedstawienia takich wyjaśnień. Powinien w tym przypadku zbadać jaka była intencja odwołującego składającego oświadczenie, w związku z udzieloną przez niego odpowiedzią na pytania.

Powyższe, o czym była wcześniej mowa, nabiera szczególnego znaczenia w kontekście sposobu, w jaki udzielane były odpowiedzi na pytania przez wykonawcę Budimex, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Pomimo składania ogólnych deklaracji, braku udzielenia odpowiedzi na precyzyjnie zadane pytania - zamawiający w stosunku do tego wykonawcy nie wyciągnął żadnych konsekwencji.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie, w jakim odwołujący wskazał na naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Pozostałe zarzuty, które jak wskazał odwołujący w treści odwołania, sformułował jako ewentualne, nie podlegały rozpoznaniu. Kwestia rozpoznania przez Izbę zarzutów, sformułowanych w odwołaniu jako ewentualne, była przedmiotem rozpoznania w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, jak też orzecznictwie sądów powszechnych. Jak trafnie stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w Wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/ 21: Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Pzp.

Dalej Sąd zauważył, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r.(sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

W konsekwencji należało uznać, zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, uwzględnienie zarzutu głównego w niniejszej sprawie, a dotyczącego nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego, skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutów ewentualnych, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących sformułowanych w odwołaniu żądań ewentualnych, skoro żądania te nie są przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

W konsekwencji uwzględniania wskazanych wyżej w uzasadnieniu zarzutów, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 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. Potwierdzenie powyższych zarzutów powoduje, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……