

Sygn. akt KIO 999/25
KIO 1010/25

WYROK

Warszawa, dnia 23 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 17 marca 2025 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa (KIO 999/25),**
2. w dniu 17 marca 2025 r. przez wykonawcę **POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno (KIO 1010/25),**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa)**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 999/25

i KIO 1010/25 – wykonawcy **Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice**

orzeka:

KIO 999/25

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa)** kwotę **1 200 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa)** tytułem 1/3 wynagrodzenia pełnomocnika oraz rzecz wykonawcy **Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice** kwotę **2 400 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice** tytułem 2/3 wynagrodzenia pełnomocnika

KIO 1010/25

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno (KIO 1010/25)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno (KIO 1010/25)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **POLAQUA Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno (KIO 1010/25)** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Projekt i Rozbudowę drogi krajowej nr 9 na odcinku Skaryszew- do początku obwodnicy Iłży od km ok 20+700 do km ok 32+900 wraz zabudową obwodnicy Skaryszewa. Odcinek 1. Projekt i budowa Obwodnicy Skaryszewa. Odcinek 2. Projekt i rozbudowa DK9 od km ok 20+700 do km ok.32+900.”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2024 r., numer 469467-2024.

KIO 999/25

W dniu 17 marca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Mostostal Warszawa z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym Mostostal”, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego Mostostal na podst. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy rzekoma niezgodność oferty odwołującego Mostostal z warunkami zamówienia nie miała miejsca, a oferta odwołującego Mostostal odpowiada w całości warunkom zamówienia; ewentualnie:
zaniechaniu wezwania odwołującego Mostostal do dalszych wyjaśnień treści oferty na podst. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji, gdy zamawiający powziął wątpliwości, co do jej treści;
- 2) dokonaniu nieprawidłowo czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, zwanego dalej „wykonawcą MIRBUD”, i zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, która jest niezgodna z warunkami zamówienia i w związku z tym powinna zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
- 3) dokonaniu nieprawidłowo czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę MIRBUD i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD w sytuacji, gdy wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, w związku z czym jego oferta powinna podlegać odrzuceniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp;

a w konsekwencji powyższego:

- 4) dokonanie nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę MIRBUD i wyborze w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp oferty wykonawcy MIRBUD jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego Mostostal jako oferty rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy odpowiada ona w całości warunkom zamówienia i nie zaistniały żadne okoliczności i przesłanki, które w stanie sprawy uprawniały zamawiającego do wyprowadzenia odmiennych wniosków, w szczególności zamawiający wyprowadził we własnym zakresie z treści wyjaśnień udzielonych przez odwołującego Mostostal przeczą podstawowym zasadom wykładni oświadczeń woli i prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty;
ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 65 § 1 KC oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego Mostostal do dalszego wyjaśnienia treści oferty, jeśli zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią dokumentów zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że jej treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania, w tym m.in. w zakresie:
 - a) przyjęcia przez wykonawcę MIRBUD w złożonej ofercie, w sposób niezgodny z pkt 1.1.3.2 PFU, dla obszaru DG7 szerokości jezdni 5 m, podczas gdy zamawiający wyraźnie określił dla tej drogi wymaganą szerokość 2 x 2,75 m (str. 22 PFU - warunki dla „Skrzyżowania 3”);
 - b) przyjęcia przez wykonawcę MIRBUD w złożonej ofercie, w sposób niezgodny z pkt 1.1.3.2 PFU, dla obszaru DG10 szerokość jezdni 5 m, podczas gdy zamawiający wyraźnie określił dla tej drogi wymaganą szerokość 2 x 2,75 m (str. 23 PFU - warunki dla „Skrzyżowania 4”);
 - c) przyjęcia przez wykonawcę MIRBUD w złożonej ofercie, w sposób niezgodny z pkt 1.1.3.2 PFU, dla obszaru DG10 klasy drogi „D” podczas gdy zamawiający wyraźnie określił dla tej drogi klasę „L” (str. 23 PFU - warunki dla „Skrzyżowania 4”);
 - d) zaniechania przez wykonawcę MIRBUD uwzględnienia w złożonej ofercie dla obszaru DG10 po stronie prawej długości nie mniejszej niż 89 m wymaganej zgodnie z pkt 1.1.3.2 PFU (str. 23 PFU - warunki dla „Skrzyżowania 4” pkt 2) i wskazaniu w złożonym wykazie jedynie strony lewej Skrzyżowania nr 4;
 - e) zaniechania przez wykonawcę MIRBUD uwzględnienia w złożonej ofercie dla obszaru DG3 po stronie lewej długości nie mniejszej niż 75 m wymaganej zgodnie z pkt 1.1.3.2 PFU (str. 20 PFU - warunki dla „Skrzyżowania 1” pkt 1) wskazując w złożonym wykazie jedynie stronę prawą Skrzyżowania nr 1;
 - f) zaniechania przez wykonawcę MIRBUD uwzględnienia w złożonej ofercie wymogu opisanego w PFU (str. 19) zgodnie z którym „Wykonawca zaprojektuje i wykona drogę dojazdową DD1 od granicy działki nr 212/5 wraz z tą działką do połączenia z drogą gminną 351049W (ul. Złota)” i w efekcie powyższego:
 - zaniechania uwzględnienia długości tej drogi w DD1 (Załącznik nr 2 do wyjaśnień wykonawcy MIRBUD) prowadzące do zaoferowania zbyt krótkiej długości odcinka,
 - zaniechania zaoferowania prac wynikających z PFU w stosunku do ww. zakresu rzeczowego wychodzących poza granice decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach („DŚU”) pomimo obowiązku wykonania prac także poza granicami opisanymi w DŚU;
 - g) przyjęcia przez wykonawcę MIRBUD w złożonej ofercie, w sposób niezgodny z pkt 1.1.3.2 PFU (str. 26), jedynie 17,293 km dodatkowych jezdni z mijankami, podczas gdy zamawiający wymagał nie mniej niż 17.4 km dodatkowych jezdni z mijankami;
 - h) przyjęcia przez wykonawcę MIRBUD w złożonej ofercie, w sposób niezgodny z pkt 1.1.3.2 PFU (str. 27)

jedynie 6,385 km dodatkowych jezdni bez mijanek, podczas, gdy zamawiający wymagał nie mniej niż 7.0 km

3)art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD, a w konsekwencji sprzeczny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, bowiem w treści ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej przedłożonej przez tego wykonawcę wskazano błędną siedzibę tego wykonawcy.

Odwolujący Mostostal wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości;
- 2)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego Mostostal;
- 3)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę MIRBUD;
- 4)nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD;
- 5)nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu (a więc z wyłączeniem oferty wykonawcy MIRBUD);
- 6)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego Mostostal kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu kosztów wraz z dowodami ich poniesienia złożonego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- 7)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym

Odwolujący Mostostal podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 7 marca 2025 r. za pośrednictwem Platformy zakupowej pod adresem: nr Id 444438.

W dniu 20 marca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, zwany dalej „wykonawcą MIRBUD”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu Mostostal i zamawiającemu.

W dniu 10 kwietnia 2025 r. zamawiający złożył „Odpowiedź na odwołanie”, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie odwołującego Mostostal w części, tj. w zakresie zarzutu nr 2, skierowanego względem oferty przystępującego MIRBUD, wnosząc o oddalenie odwołania odwołującego Mostostal w części obejmującej zarzut nr 1 i 3 jako pozbawionych uzasadnionych podstaw.

W dniu 13 kwietnia 2025 r. wykonawca MIRBUD złożył pismo, w którym:

- a)zgłosił przeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 2 odwołania;
- b)wniósł o oddalenie odwołania w całości;
- c)wniósł o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów załączonych do pisma procesowego, wnioskowanych w piśmie procesowym lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;
- d)wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

KIO 1010/25

W dniu 17 marca 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca POLAQUA Sp. z o.o.

z siedzibą w Piasecznie, zwany dalej „odwołującym POLAQUA”, wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na niezasadnym zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia i w konsekwencji na dokonaniu wyboru oferty ww. wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 121 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, w ramach których zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług, do czego niezbędne jest wytworzenie mieszanki mineralno-asfaltowej za pośrednictwem otaczarni, w sytuacji gdy wykonawca MIRBUD nie potwierdził, że przeznaczy posiadane otaczarnie do osobistego wykonania ww. kluczowych zadań, a nawet gdyby przyjąć, że wykonawca MIRBUD chciałby je przeznaczyć do wykonania ww. kluczowych zadań (czemu jednak odwołujący POLAQUA zaprzecza) to osobiste wykonanie ww. kluczowych zadań nie będzie możliwe ze względu na ilość i wielkość tożsamyh zamówień publicznych realizowanych w obecnym czasie jednocześnie przez wykonawcę MIRBUD, w ramach których również istnieje obowiązek osobistego wykonania ww. kluczowych zadań, do czego niezbędne są otaczarnie;

2.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD, jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, z uwagi na:

- brak zapewnienia zamawiającemu zaplecza laboratoryjnego wyposażonego w wymagane warunkami zamówienia urządzenia, o których mowa w pkt. 1.2.3.4 PFU, co doprowadziło do pozbawienia zamawiającego możliwości przeprowadzenia odpowiedniej kontroli jakości materiałów i może doprowadzić do realizacji prac poniżej wymagań opisanych w warunkach zamówienia;
- brak uwzględniania w ofercie konieczności zmiany istniejącej lub uzyskania nowej decyzji środowiskowej, co umożliwiło zaoferowanie niższej ceny niż inni wykonawcy, podczas gdy w celu prawidłowego skalkulowania ceny i należytej realizacji kontraktu należało uwzględnić zmianę istniejącej lub uzyskanie nowej decyzji środowiskowej już teraz (na etapie przygotowania i kalkulacji oferty), a nie jedynie założyć taką możliwość, jako potencjalne ryzyko, jakie czysto hipotetycznie może wystąpić w trakcie realizacji zamówienia.

Odwolujący POLAQUA wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu następujących czynności:

- 1.Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD.
- 3.Powtórzenia przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert.

4. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym, bądź ustnym (podczas rozprawy).

5. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego POLAQUA zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego (zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą), stosownie do przepisów prawa i zgodnie z fakturą, która zostanie przedstawiona przez odwołującego POLAQUA na rozprawie.

Odwołujący POLAQUA podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów, przywołując dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 7 marca 2025 r. za pośrednictwem Platformy zakupowej pod adresem: nr Id 444438.

W dniu 20 marca 2025 r. (pismem z dnia 19 marca 2025 r.) wykonawca MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, zwany dalej „wykonawcą MIRBUD”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu POLAQUA i zamawiającemu.

W dniu 10 kwietnia 2025 r. zamawiający złożył „Odpowiedź na odwołanie”, w której wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego;
- 2) zasądzenie od odwołującego POLAQUA na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Izbą.

W dniu 11 kwietnia 2025 r. odwołujący złożył pismo procesowe w sprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego Mostostal i odwołującego POLAQUA w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, zwany dalej „wykonawcą MIRBUD” lub „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 999/25 i KIO 1010/25 po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 999/25 i KIO 1010/25, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez zamawiającego w sprawie KIO 1010/25 i załączone do odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

1. Korespondencja e-mail z projektantem z dn. 26.03 – 28.03.2025 r.
2. Wyciąg z umowy nr 295/2021.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego POLAQUA i załączone do pisma procesowego z dnia 11 kwietnia 2025 r. dowody, tj.:

1. Odpowiedź Mirbud S11 odc. 2 i wykaz środków trwałych.
2. Odpowiedź Mirbud S16 i wykaz środków trwałych.
3. Odpowiedź Mirbud S10 odc. 3.
4. Odpowiedź Mirbud S10 odc. 4 wykaz środków trwałych.
5. Odpowiedź Mirbud S11 odc. 1.
6. Odpowiedź Mirbud S6.
7. Czas realizacji robót - kalkulacja własna odwołującego.
8. Opinia techniczna – maksymalny czas transportu.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego Mostostal i złożone w toku rozprawy dowody, tj.:

1. Koncepcja (6 map).
2. Zapytanie z dnia 26 listopada 2024 r. skierowane do odwołującego Mostostal.
3. Program funkcjonalno – użytkowy.
4. Mapy skrzyżowań (6 sztuk).
5. Wytyczne projektowanie odcinków dróg zamiejskich. Część 2: Kształtowanie geometryczne.
6. Zestawienie sprzeczności treści oferty Mirbud S.A. z wymaganiami zamówienia (opracowanie odwołującego Mostostal).
7. Mapa – SWZ TOM III PFU pkt 1.1.3.2

Izba dopuściła zawnioskowany przez zamawiającego i złożony w toku rozprawy w sprawie KIO 1010/25 dowód, tj. Decyzję Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Warszawie z dnia 2 lutego 2021 r.

Izba dopuściła zawnioskowane przez przystępującego (wykonawcę MIRBUD) i złożone w toku rozprawy w sprawie KIO 1010/25 dowody, tj.:

1. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 marca 2022 r. w postępowaniu pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz – Toruń, odcinek 2 od węzła Emilianowo do węzła Solec.
2. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 czerwca 2020 r. w postępowaniu pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi S3 Troszyn – Świnoujście. Odcinek 1. Świnoujście – Dargobądz (bez węzła)”.- 3. Lokalizacje wytwórni ms bitumicznych (WMB), którymi dysponuje MIRBUD S.A.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania.

KIO 999/25

Zarzuty naruszenia:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego Mostostal jako oferty rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy odpowiada ona w całości warunkom zamówienia i nie zaistniały żadne okoliczności i przesłanki, które w stanie sprawy uprawniały zamawiającego do wyprowadzenia odmiennych wniosków, w szczególności zamawiający wyprowadził we własnym zakresie z treści wyjaśnień udzielonych przez odwołującego Mostostal przeczą podstawowym zasadom wykładni oświadczeń woli i prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty;

ewentualnie naruszenia

2.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 65 § 1 KC oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego Mostostal do dalszego wyjaśnienia treści oferty, jeśli zamawiający powziął w tym zakresie wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią dokumentów zamówienia;

(zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 17 października 2024 r., działając w trybie art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, dokonał zmiany treści SWZ Nr 12. Wskazana zmiana dotyczyła m.in. SWZ TOM III - PFU pkt 1.1.3.2 Skrzyżowania, inne drogi oraz drogi dodatkowe obsługujące przyległy teren", gdzie w miejsce treści „Wszystkie parametry techniczne dróg, w tym: długości pasów do skrętu w prawo lub w lewo, szerokość pobocza gruntowego należy ustalić na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz z uwzględnieniem wymagań dotyczących usytuowania urządzeń organizacji ruchu, warunków bezpieczeństwa ruchu drogowego, ochrony środowiska i odwodnienia. Należy przyjąć rozwiązania dodatkowych jezdni dla Odcinka 1 jak w koncepcji Programowej („Budowa Obwodnicy Skaryszewa w ciągu drogi krajowej nr 9”), dla Odcinka 2 jak w koncepcji Programowej („Rozbudowa drogi krajowej nr 9 na odcinku od końca Obwodnicy Skaryszewa do początku obwodnicy Ilży od km ok. 20+700 do km ok. 32+900”. [...]”, wpisując „Wszystkie parametry techniczne dróg, w tym: długości pasów do skrętu w prawo lub w lewo, szerokość pobocza gruntowego należy ustalić na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz z uwzględnieniem wymagań dotyczących usytuowania urządzeń organizacji ruchu, warunków bezpieczeństwa ruchu drogowego, ochrony środowiska i odwodnienia. Należy przyjąć rozwiązania dodatkowych jezdni (dróg obsługujących przyległy teren) dla Odcinka 1 jak w koncepcji Programowej („Budowa Obwodnicy Skaryszewa w ciągu drogi krajowej nr 9”), dla Odcinka 2 jak w koncepcji Programowej („Rozbudowa drogi krajowej nr 9 na odcinku od końca Obwodnicy”.

Zamawiający, pismem z dnia 26 listopada 2025 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego Mostostal do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, w tym w pytaniu nr 3 zapytał „Proszę o wskazanie, w jaki sposób Wykonawca skalkulował dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren? Proszę o wyszczególnienie w podziale na odcinki dróg z podaniem ich lokalizacji w odniesieniu do pikietaża i strony jezdni głównej, z przypisaniem klasy drogi, szerokości jezdni, prędkości do projektowania, kategorii ruchu oraz długości poszczególnych odcinków dróg. Proszę o podanie założonego kosztu netto konstrukcji nawierzchni dla każdej drogi, z podziałem na Odcinek 1 i Odcinek 2.”.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący Mostostal, pismem z dnia 16 grudnia 2025 r., podał, że „Wykonawca skalkulował koszty dodatkowych jezdni na podstawie szczegółowego kosztorysu, który uwzględniał koszty materiałów, robocizny, sprzętu z uwzględnieniem kosztów ogólnych. W kosztorysie Wykonawcy (wg opracowania własnego) przyjęto ceny jednostkowe materiałów zgodne z aktualnymi cenami rynkowymi oraz stawki godzinowe dla poszczególnych rodzajów prac, ustalone na podstawie obowiązujących w branży norm. Przedmiar robót został sporządzony na podstawie własnego projektu, który zawierał szczegółowy opis wszystkich prac, które mają być wykonane. Dzięki zastosowaniu takich metod kalkulacji Wykonawca był w stanie przedstawić wiarygodną ofertę, uwzględniającą wszystkie istotne czynniki wpływające na koszt dodatkowych jezdni w swojej ofercie przetargowej. Wykonawca przedstawia poniżej wyszczególnione odcinki dróg wraz ich lokalizacją w odniesieniu do pikietaża i strony jezdni głównej, klasy drogi, szerokości jezdni, prędkości do projektowania, kategorii ruchu oraz długości poszczególnych odcinków dróg wraz założonym kosztem netto konstrukcji nawierzchni dla każdej drogi, z podziałem na Odcinek 1 i Odcinek 2”, przedstawiając tabelę dotyczącą dodatkowych jezdni (dla odcinka 1: dodatkowe jezdnie strona lewa, dodatkowe jezdnie strona prawa; dla odcinka 2: dodatkowe jezdnie strona lewa, dodatkowe jezdnie strona prawa).

Pismem z dnia 7 marca 2025 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego Mostostal na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazując m.in., że „Wszystkie parametry techniczne dróg, w tym: długości pasów do skrętu w prawo lub w lewo, szerokość pobocza gruntowego należy ustalić na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz z uwzględnieniem wymagań dotyczących usytuowania urządzeń organizacji ruchu, warunków bezpieczeństwa ruchu drogowego, ochrony środowiska i odwodnienia. Należy przyjąć rozwiązania dodatkowych jezdni (dróg obsługujących teren) dla Odcinka 1 jak w koncepcji Programowej („Budowa Obwodnicy Skaryszewa w ciągu drogi krajowej nr 9”), dla Odcinka 2 jak w koncepcji Programowej („Rozbudowa drogi krajowej nr 9 na odcinku od końca Obwodnicy Skaryszewa do początku obwodnicy Ilży od km ok. 20+700 do km ok. 32+900”. Wykonawca w odpowiedzi, w zakresie Odcinka 2, wskazał dodatkowe jezdnie obsługujące teren oraz przedstawił koszt dla poszczególnych dróg, pomijając drogi obsługujące teren nr DG03, DG07, DG10. Brak wymienionych powyższych dróg świadczy o nieujęciu ich oraz ich kosztu w Ofercie Wykonawcy. Wobec powyższego Oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ TOM III PFU pkt. 1.1.3.2 „Skrzyżowania, inne drogi oraz drogi dodatkowe obsługujące przyległy teren”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że niewątpliwym jest, że zamawiający dokonał zmiany treści SWZ Nr 12 - TOM III - PFU pkt 1.1.3.2 Skrzyżowania, inne drogi oraz drogi dodatkowe obsługujące przyległy teren”, gdzie w wyniku modyfikacji wprost wskazał, że „Wszystkie parametry techniczne dróg, w tym: długości pasów do skrętu w prawo lub w lewo, szerokość pobocza gruntowego należy ustalić na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz z uwzględnieniem wymagań dotyczących usytuowania urządzeń organizacji ruchu, warunków bezpieczeństwa ruchu drogowego, ochrony środowiska i odwodnienia. Należy przyjąć rozwiązania dodatkowych jezdni (dróg obsługujących przyległy teren) dla Odcinka 1 jak w koncepcji Programowej („Budowa Obwodnicy Skaryszewa w

ciągu drogi krajowej nr 9), dla Odcinka 2 jak w koncepcji Programowej („Rozbudowa drogi krajowej nr 9 na odcinku od końca Obwodnicy”. Oznacza to, że zmiana treści pkt 1.1.3.2 PFU wprowadzała obowiązek zaprojektowania i wykonanie wszystkich dodatkowych jezdni (drog obsługujących przyległy teren) zgodnie z koncepcjami Programowymi dla Odcinka 1 i 2. Modyfikacja ta określała zakres dotyczący dodatkowych jezdni, które zamawiający utożsamiał – jak wynika z treści udzielonej odpowiedzi – z drogami obsługującymi przyległy teren. Pojęcia te – jak słusznie podkreślał zamawiający na rozprawie – są synonimami i oznaczają to samo. Tak też należało zakwalifikować jezdnie oznaczone jako DG3, DG7 i DG10. Zamawiający, dokonując powyższej modyfikacji, dokonał bowiem sprostowania uprzednio udzielonych odpowiedzi do SWZ. Nieuprawnione jest więc przywoływanie modyfikacji dokonanych wcześniej przez zamawiającego. Zamawiający szczegółowo przedstawił w zamieszczonej w odpowiedzi na odwołanie Tabeli 3.2 Wykaz dróg w zależności od przyjętego typu drogi, gdzie właśnie w odniesieniu do wskazanych tam numerów i typów dróg, opisał które z nich obsługują tereny przyległe (taką informację – tabelę otrzymali w toku postępowania wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu). Takimi drogami – drogami obsługującymi tereny przyległe są właśnie drogi, które pominął wykonawca Mostostal, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Tymczasem zamawiający opisał je w poz. 2, 5 i 7 Tabeli, przy czym w odniesieniu do poz. 5 i 7 podał „Droga na terenie zabudowy obsługująca tereny przyległe”, natomiast w odniesieniu do drogi DG 351011W, tj. drogi DG3 podał „Droga poza terenem zabudowy”. Drogi te mają na celu umożliwienie dojazdu do nieruchomości, która nie posiada dostępu do drogi publicznej w wyniku budowy lub przebudowy dróg oraz ograniczenie liczby zjazdów z jezdni głównej. Punkt 1.1.3.2 PFU – jak słusznie wskazał przystępujący – odnosi się również do dróg gminnych (niebędących jezdniami dodatkowymi). Drogami tymi (drogami gminnymi) nie są więc DG3, DG7 i DG10. W koncepcji Programowej z DG3 – jak wyjaśnił zamawiający – przewidziano zjazdy do działek, które nie będą miały zjazdu bezpośredniego z drogi krajowej oraz zjazdów do urządzeń technicznych (zbiornik ZB-3) zaprojektowanych na potrzeby ciągu głównego DK-9. Dlatego też należało je zakwalifikować właśnie jako jezdnie dodatkowe (drogi obsługujące przyległy teren) a czego odwołujący nie uczynił. Drogi obsługujące przyległy teren to przecież drogi, które obejmują dojazdy do nieruchomości pozbawionych dostępu do drogi publicznej na skutek budowy drogi krajowej oraz dojazdów do urządzeń technicznych. Wobec tego drogi DG3, DG7 i DG10 należało uwzględnić, udzielając odpowiedzi na pytania zamawiającego.

W kontekście powyższego dowody przedstawione przez odwołującego Mostostal niczego nie wnoszą. Istotna dla rozstrzygnięcia jest bowiem dokonana przez zamawiającego modyfikacja SWZ. Ta zaś nie potwierdza stanowiska prezentowanego przez odwołującego Mostostal.

W kontekście powyższego a więc jednoznacznej treści wyjaśnień brak jest podstaw do

wzywania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 badania i oceny ofert, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”. To przecież zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości co do treści złożonej przez wykonawcę oferty zamawiający może żądać jej wyjaśnień, nieprowadzących jednak do zmiany jej treści a w tym przypadku ich nie ma. Istotnie wyjaśnienia mogą dotyczyć wszelkich elementów wskazanych w ofercie. Niemniej jednak mają one na celu rozwianie wątpliwości zamawiającego związanych z treścią oferty. Nie mogą natomiast prowadzić do jej uzupełnienia bądź zmiany. Natomiast w przypadku takie wezwanie prowadziłoby do zmiany treści oferty.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że jej treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia w zakresie opisanym w uzasadnieniu odwołania, w tym m.in. w zakresie wskazanym w odwołaniu (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający, pismem z dnia 26 listopada 2024 r., wezwał wykonawcę MIRBUD, do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia, wskazując że „*wyjaśnienia i przyjęte do sporządzenia oferty założenia powinny w szczególności dotyczyć poniższych kwestii (...)*”

3. Proszę o wskazanie, w jaki sposób Wykonawca skalkulował dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren? Proszę o wyszczególnienie w podziale na odcinki dróg z podaniem ich lokalizacji w odniesieniu do pikietaża i strony jezdni głównej, z przypisaniem klasy drogi, szerokości jezdni, prędkości do projektowania, kategorii ruchu oraz długości poszczególnych odcinków dróg. Proszę o podanie założonego kosztu netto konstrukcji nawierzchni dla każdej drogi, z podziałem na Odcinek 1 i Odcinek 2.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca MIRBUD, odpowiadając na pytanie nr 3, podał, że *Wykonawca informuje, że skalkulował dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren, przyjmując ilości i parametry zgodnie z SWZ. Wykonawca informuje, że wyszczególnienie dodatkowych jezdni obsługujących przyległy teren, dla poszczególnych odcinków dróg, wraz z informacją o ich lokalizacji względem pikietaża i strony jezdni głównej, z przypisaniem klasy drogi, szerokości jezdni, prędkości do projektowania, kategorii ruchu oraz długości poszczególnych odcinków a także kosztu netto konstrukcji nawierzchni dla każdej drogi, przedstawiono w formie tabelarycznej w załączniku nr 2 – zestawienie dodatkowych jezdni”.*

Zamawiający, pismem z dnia 7 marca 2025 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy MIRBUD jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Z kolei art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W takim przypadku zamawiający przekazuje wykonawcom program funkcjonalno-użytkowy (PFU), który nie jest projektem

budowlanym, a jedynie wstępem do jego opracowania. Wobec powyższego punktem wyjścia do rozważań dotyczących niezgodności treści oferty wykonawcy MIRBUD z treścią SWZ są konkretne i przywołane przez strony i przystępujące postanowienia PFU, wyjaśnienia ich treści oraz dokonane modyfikacje. Tak też wyrok Izby z dnia 23 kwietnia 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1014/24.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający, co jest bezsporne, wezwał wykonawcę MIRBUD, pismem z dnia 26 listopada 2024 r., do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia, wskazując że „*wyjaśnienia i przyjęte do sporządzenia oferty założenia powinny w szczególności dotyczyć poniższych kwestii (...) 3. Proszę o wskazanie, w jaki sposób Wykonawca skalkulował dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren? Proszę o wyszczególnienie w podziale na odcinki dróg z podaniem ich lokalizacji w odniesieniu do pikietaża i strony jezdni głównej, z przypisaniem klasy drogi, szerokości jezdni, prędkości do projektowania, kategorii ruchu oraz długości poszczególnych odcinków dróg. Proszę o podanie założonego kosztu netto konstrukcji nawierzchni dla każdej drogi, z podziałem na Odcinek 1 i Odcinek 2.*”.

I to właśnie odpowiedź na powyższe pytanie stała się podstawą do wniesienia odwołania. Pytanie dotyczyło bowiem kalkulacji kosztów „*dodatkowych jezdni obsługujących przyległy teren*”, które to koszty – jak wynika z udzielonych wyjaśnień – wykonawca MIRBUD skalkulował, *przyjmując ilości i parametry zgodnie z SWZ* i, które „*przedstawiono w formie tabelarycznej w załączniku nr 2 – zestawienie dodatkowych jezdni*”.

Tak więc zamawiający, co wprost wynika z treści pytania nr 3, nie pytał wykonawcy MIRBUD o drogi gminne a takich dotyczy stanowisko prezentowane przez odwołującego a pytał wyłącznie o „*dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren*”. Jezdnie dodatkowe a więc pozostałe drogi obsługujące przyległy teren – jak słusznie wskazał przystępujący - zostały opisane w PFU. Niemniej jednak, przygotowując ofertę należało uwzględnić całość dokumentacji, w tym także SWZ i jej zmiany, PFU oraz wszelkie modyfikacje dokonane w wyniku odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego.

Wobec tego wiążącą była dla wykonawców zmiana treści SWZ Nr 12 z dnia 17 października 2024 r., - *TOM III - PFU pkt 1.1.3.2 Skrzyżowania, inne drogi oraz drogi dodatkowe obsługujące przyległy teren*”, gdzie wprost wskazano „*Wszystkie parametry techniczne dróg, w tym: długości pasów do skrętu w prawo lub w lewo, szerokość pobocza gruntowego należy ustalić na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz z uwzględnieniem wymagań dotyczących usytuowania urządzeń organizacji ruchu, warunków bezpieczeństwa ruchu drogowego, ochrony środowiska i odwodnienia. Należy przyjąć rozwiązania dodatkowych jezdni (dróg obsługujących przyległy teren) dla Odcinka 1 jak w koncepcji Programowej („Budowa Obwodnicy Skaryszewa w ciągu drogi krajowej nr 9”), dla Odcinka 2 jak w koncepcji Programowej („Rozbudowa drogi krajowej nr 9 na odcinku od końca Obwodnicy”. Oznacza to więc, że zmiana treści pkt 1.1.3.2 PFU wprowadzała obowiązek zaprojektowania i wykonanie wszystkich dodatkowych jezdni (dróg obsługujących przyległy teren) zgodnie z koncepcjami Programowymi dla Odcinka 1 i 2. Modyfikacja ta określała zakres dotyczący dodatkowych jezdni, które zamawiający utożsamiał jednocześnie – jak wynika z treści udzielonej odpowiedzi - z drogami obsługującymi przyległy teren. Tak też należało zakwalifikować jezdnie oznaczone jako DG3, DG7 i DG10. Zamawiający, dokonując powyższej modyfikacji, dokonał bowiem sprostowania uprzednio udzielonych odpowiedzi do SWZ (sprostowanie nr 4). Nieuprawnione są więc twierdzenia odwołującego Mostostal, że drogi DG3, DG7 i DG10 należało zakwalifikować jako drogi będące kontynuacją istniejących dróg publicznych, tj. drogi gminne. Potwierdzeniem powyższego rzeczywiście nie jest i nie może być pismo Urzędu Miasta i Gminy w Skaryszewie. Wynika z niego jedynie, że wskazane w nim drogi stanowią drogi serwisowe a te z kolei – jak wskazał przystępujący – ze względu na funkcję są tożsame z drogami (jezdniami) dodatkowymi. Są to bowiem drogi mające charakter drogi wewnętrznej, które nie są zaliczane do kategorii dróg publicznych. Mogą się nimi (drogami publicznymi) dopiero stać po spełnieniu szeregu rozwiązań technicznych. Do tego czasu pozostają we władaniu i na utrzymaniu przez GDDKiA i nie mogą być klasyfikowane jako drogi publiczne a więc i drogi gminne. Co więcej przystępujący przywołał zapytanie jednego z wykonawców, w którym wykonawca ten pytał o to czy należy kierować się wymaganiami przedstawianymi w pismach poszczególnych gmin. Zamawiający jednoznacznie wówczas odpowiedział, że „*należy wykonać zgodnie z punktem 1.1.3.2. PFU*”. A skoro tak to słusznym jest twierdzenie przystępującego, że przywołane przez odwołującego Mostostal pisma nie decydują o zakwalifikowaniu określonych dróg do kategorii dróg gminnych, gdyż to PFU kwestie te reguluje.*

Odnosząc się do drogi DG7 i DG10 odwołujący Mostostal podniósł także, że wykonawca MIRBUD zaniżył szerokość tych jezdni. Tymczasem drogi te są dodatkowymi jezdniami przyjętymi dla skomunikowania przyległego terenu, dowiązanymi – jak wyjaśnił przystępujący – do istniejących już dróg publicznych o parametrach opisanych w punkcie 1.1.3.2 PFU a więc o parametrach spełniających wymogi SWZ. W obydwu przypadkach wykonawca założył, co wprost wynika z udzielonych wyjaśnień, wykonanie odpowiednio skrzyżowania 3 i 4, korekty drogi gminnej oraz wykonanie dodatkowej drogi dodatkowej.

Odnosząc się do klasy drogi dla obszaru DG10 stwierdzić należy, że wymóg dotyczący klasy drogi odnosi się do drogi gminnej, która nie była przedmiotem wyjaśnień. Była nim tylko dodatkowa jezdnia DG10, która drogą gminną nie jest. Dla drogi gminnej nr 350208W – jak wykazał wykonawca MIRBUD – założył natomiast klasę L.

Jeśli chodzi o dodatkową jezdnię oznaczoną nr DG3 (wskazaną w załączniku nr 2) droga ta także nie jest drogą gminną. Wobec tego wymogi, na które wskazuje odwołujący Mostostal do niej się nie odnoszą. Odnoszą się one bowiem do drogi gminnej nr 351015W, dla której wykonawca ten przyjął parametry wskazane przez zamawiającego w SWZ.

Wykonawca MIRBUD, wbrew twierdzeniom odwołującego Mostostal, uwzględnił wymóg opisany przez zamawiającego w SWZ (PFU – str. 19), który nakłada na wykonawców obowiązek zaprojektowania i wykonania drogi dojazdowej DD1 od granicy działki nr 212/5 wraz z tą działką do połączenia z drogą gminną 351049W (ul. Złota). Zgodnie z rozwiązaniami zawartymi w koncepcji Programowej – jak wyjaśnił przystępujący - ulica Złota (droga gminna numer 351049W) łączy się z projektowaną drogą DD1 poprzez odcinek istniejącej drogi wewnętrznej (na działce nr 246/3). Pozostały odcinek na działce nr 246/3 w chwili obecnej jest drogą wewnętrzną gminy. Przedmiotowa inwestycja zrealizowana zostanie w oparciu o przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 roku o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (ręczona ustawa nie dotyczy i nie obejmuje realizacji na drogach wewnętrznych, które nie są drogami publicznymi). W związku z powyższym, odcinek projektowanej drogi od końca jezdni dodatkowej DD1 do skrzyżowania z ul. Złotą musi zostać zaprojektowany jako droga publiczna. W związku z powyższym, w/w odcinek drogi (długości około 50m) został uwzględniony w ofercie jako inna droga publiczna podlegająca rozbudowie w związku z budową drogi krajowej (zgodnie z zapisami zawartymi w PFU na str. 28). Dlatego też odcinek drogi na działce nr 246/3, jako odcinek projektowanej drogi gminnej, nie został zawarty w załączniku nr 2, w którym wykazano wyłącznie dodatkowe jezdnie.

Zakres prac – jak wynika z odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców - mieści się w granicach

uzyskanych decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach". Jednocześnie zamawiający dopuścił możliwość zmiany decyzji środowiskowej lub uzyskania nowej, jeśli wykonawca wykaże brak technicznej możliwości przyjętych rozwiązań i wprowadzi je za zgodą zamawiającego. Co więcej przystępujący wskazał, że wykonawca MIRBUD na etapie przygotowywania oferty, nie dostrzega konieczności zmiany lub uzyskania nowej decyzji środowiskowej z uwagi na to, że obszar ten mieści się w liniach, w których została prowadzona ocena oddziaływania na środowisko.

Jeśli chodzi o zarzut nieuwzględnienia wymaganej długości dróg (DG3, DG7 i DG10) stwierdzić należy, że wykonawca MIRBUD – jak wyjaśnił – przyjął w ofercie długości jezdni dodatkowych wprost odpowiadające treści PFU, nie dokonując w tym zakresie żadnych zmian. To odwołujący Mostostal zaniżył ich rzeczywistą długość w ofercie wykonawcy MIRBUD. Natomiast rzekoma różnica w długości wynika jedynie ze sposobu liczenia początku i końca odcinków. Stanowi to konsekwencję tego, że w Koncepcji Programowej błędnie przedstawiono sposób połączenia odcinków 3,5m i odcinków 5m.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że zarzut ten także nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD, a w konsekwencji sprzeczny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, bowiem w treści ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej przedłożonej przez tego wykonawcę wskazano błędną siedzibę tego wykonawcy (zarzut 3 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wykonawca MIRBUD złożył gwarancję ubezpieczeniową „WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA) Nr 498000001027 z dnia 05.11.2024 r.”, w treści której wskazano „MIRBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą: ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Warszawa, NIP: 836-17-02-207”.

Odwołujący Mostostal zakwestionował powyższe, żądając odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, tj. z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium, bowiem w treści ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej błędnie został oznaczony podmiot będący wykonawcą, którego zobowiązanie zabezpiecza gwarancja. Jak wynika z odpisu pełnego KRS spółki MIRBUD S.A. nigdy nie miała ona zarejestrowanej siedziby w Warszawie, a z treści oferty i odpisu KRS tego wykonawcy wynika, że na dzień składania ofert i dokumentu wadialnego siedziba wykonawcy mieściła się i nadal mieści się w Skierniewicach. Wykonawca został błędnie oznaczony w dokumencie wadialnym, co więcej wskazany został adres siedziby, który w rzeczywistości nie istnieje (nie ma takiego adresu: 96-100 Warszawa).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...)

wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3”.

Oznacza to, że odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę, który nie wniósł wadium lub wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, lub złożył wniosek o zwrot wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W niniejszym stanie faktycznym odwołujący Mostostal nieprawidłowość we wniesieniu wadium utożsamia z „błędnie oznaczonym podmiotem będący wykonawcą, którego zobowiązanie zabezpiecza gwarancja”. W treści gwarancji wadialnej złożonej przez wykonawcę MIRBUD oznaczonej jako „WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA) Nr 498000001027 z dnia 05.11.2024 r.” wskazano bowiem „MIRBUD SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą: ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Warszawa, NIP: 836-17-02-207”. Tak więc w jej treści błędnie podano siedzibę wykonawcy. Wskazano bowiem „Warszawa” zamiast „Skierniewice”. Natomiast – jak wynika z odpisu aktualnego z KRS – siedzibą wykonawcy jest „kraj POLSKA, woj. ŁÓDZKIE, powiat M. SKIERNIEWICE, gmina M. SKIERNIEWICE, miejsc. SKIERNIEWICE” oraz adres wykonawcy „Adres ul. UNII EUROPEJSKIEJ, nr 18, lok. —, miejsc. SKIERNIEWICE, kod 96-100, poczta SKIERNIEWICE, kraj POLSKA”.

Niemniej jednak „w gwarancji wadialnej wykonawca nie został określony błędnie, ponieważ do określenia wykonawcy niezbędne jest podanie firmy wykonawcy, która w tym przypadku została podana prawidłowo i odpowiada tej podanej w Krajowym Rejestrze Sądowym. Natomiast błędnie podano adres siedziby tego wykonawcy. Nie można więc uznać, że błędnie jest określony podany w gwarancji wykonawca, bowiem adres czy podanie siedziby nie identyfikuje tego wykonawcy zgodnie z regulacjami KC i KSH jako określenia wykonawcy, w tym przypadku spółki prawa handlowego, która identyfikowana jest przez podanie jej firmy. Podanie błędnego adresu wykonawcy nie zmienia samego określenia wykonawcy, bowiem firma wykonawcy została podana zgodnie ze stanem faktycznym wynikającym z Krajowego Rejestru Sądowego.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2974/22) Co więcej w treści pozostałych dokumentów adres wykonawcy został podany zgodnie z aktualnym adresem wynikającym z KRS. Natomiast w gwarancji wadialnej gwarant podał błędny adres wykonawcy, wpisując „Warszawa” zamiast prawidłowo „Skierniewice”. Skoro więc prawidłowo dokonano określenia wykonawcy w gwarancji wadialnej, tj. prawidłowo i zgodnie ze stanem wynikającym z KRS podano firmę wykonawcy, jak również z uwagi na fakt, że nie były kwestionowane w żadne sposób inne postanowienia gwarancji wadialnej odnoszące się do treści tej gwarancji brak jest podstaw do uznania, że oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

KIO 1010/25

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 121 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, w ramach których zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług, do czego niezbędne jest wytworzenie mieszanki mineralno-asfaltowej za pośrednictwem otaczarni, w sytuacji gdy wykonawca MIRBUD nie potwierdził, że przeznaczy posiadane otaczarnie do osobistego wykonania ww. kluczowych zadań, a nawet gdyby przyjąć, że wykonawca MIRBUD chciałby je przeznaczyć do wykonania ww. kluczowych zadań (czemu jednak odwołujący POLAQUA zaprzecza) to osobiste wykonanie ww. kluczowych zadań nie będzie możliwe ze względu na ilość i wielkość tożsamyh zamówień publicznych realizowanych w obecnym czasie jednocześnie przez wykonawcę MIRBUD, w ramach których również istnieje obowiązek osobistego wykonania ww. kluczowych zadań, do czego niezbędne są otaczarnie (zarzut 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w dniu 14 sierpnia 2024 r., dokonując zmiany SWZ nr 2, zmodyfikował pkt 6.5 SWZ, nadając mu następującą treść „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług”.

Wykonawca MIRBUD w Formularzu dotyczącym oferty – pkt 5 oświadczył, że **ZAMIERZAMY** powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

Cały zakres zamówienia z wyłączeniem osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.”.

Zamawiający, pismem z dnia 26 listopada 2024 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę MIRBUD „do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. (...)”

14. Czy Wykonawca uwzględnił w swojej wycenie konieczność wykonania siłami własnymi zakresu robót wskazanych w dokumencie „Dane Kontraktowe” jako kluczowe zadania do osobistego wykonania? Jakie siły własne Wykonawca posiada i przeznaczy do wykonania

zakresu robót wymaganego Kontraktem? (...)

40. Prosimy o informacje dotyczącą zasobów własnych Wykonawcy tj. ilości własnego personelu (z podziałem na kadrę zarządzającą, inżynierską oraz pracowników budowlanych i operatorów) i sprzętu, którym dysponuje. Prosimy również o podanie informacji jaka liczba z ww zasobów zostanie skierowana do realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego. (...)

45. Jaki potencjał sprzętowy w poszczególnych miesiącach (z podziałem na rodzaj i branżę) zamierza zaangażować Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia? Prosimy o wskazanie jakim sprzętem będzie dysponował Wykonawca (sprzęt własny, podpisane umowy ramowe/przedwstępne/zapytania ofertowe/oferty). Czy potencjał sprzętowy Wykonawcy będzie dostępny od początku realizacji robót? W jakich etapach będzie sprowadzany na Plac Budowy?”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca MIRBUD wyjaśnił, że będzie dysponował własnym sprzętem, który przedstawiono w załączniku nr 5 – Wykaz sprzętu, a także sprzętem podwykonawców, realizujących poszczególne prace.

W załączniku nr 5.3 pod pozycją 30474 wskazał Otczarkę Ammann Universal 240 Q, a pod pozycją 30151 wskazał Otczarkę Teltomat 160 Kobylarnia.

Zamawiający, pismem z dnia 7 marca 2025 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy MIRBUD jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 121 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących:

1) zamówień na roboty budowlane lub usługi lub

2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.”

Przepis ten określa przypadki, w których zamawiający może ograniczyć możliwość polegania na potencjale podmiotów trzecich, określając kluczowe zadania zamówienia, które wykonawca musi wykonać osobiście.

Z kolei już wcześniej cytowany art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia. Przepis ten wymaga więc – jak słusznie podniósł przystępujący – jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje w zestawieniu z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tak więc niezgodność ta musi być oczywista i niewątpliwa.

W kontekście powyższego stwierdzić należy, że zamawiający nie postawił warunku udziału w postępowaniu polegającego na obowiązku dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym w postaci otczarki (zob. pkt. 8.2.4 IDW Tom I SWZ). Zamawiający zgodnie z postanowieniem pkt 6.5 IDW jedynie „zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem oraz wykonanie pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług”. Tak więc wykonawca - wbrew twierdzeniom odwołującego Polaqua – nie miał obowiązku legitymować się posiadaniem własnej otczarki a miał jedynie osobiście wytworzyć mieszanki mineralno-bitumiczne, w tym także z wykorzystaniem otczarek. Mógł więc posłużyć się otczarką, która nie jest jego własnością a którą dla potrzeb tego postępowania będzie dysponował. Nie wymagano bowiem, jak oczekuje tego odwołujący Polaqua, aby wykonawcy wykazali się otczarką stanowiącą ich własność. To dopiero taki wymóg prowadziłby do ograniczenia konkurencji. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wymagał bowiem złożenia deklaracji, że do realizacji zamówienia przeznaczona zostanie konkretna otczarka (poprzez podanie jej numeru czy innych danych pozwalających na jej identyfikację. Wykonawcy mieli więc swobodę w zakresie dotyczącym podstawy prawnej dysponowania tym sprzętem.

Wykonawca MIRBUD nigdzie nie oświadczył, że nie będzie realizował zamówienia zastrzeżonego do osobistego wykonania. Przeciwnie wykonawca ten oświadczył, że kluczowe zadania wykona osobiście. Co więcej, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 26 listopada 2024 r., do złożenia wyjaśnień treści oferty wykonawcy MIRBUD, wykonawca ten, odpowiadając na pytanie nr 14 wyjaśnił jaki sprzęt między innymi skieruje do realizacji tej części zamówienia, jak również podał, że będzie dysponował sprzętem określonym w Załączniku nr 5 – Wykaz sprzętu. Wykonawca wykazał więc, że posiada potencjał techniczny do wykonania tego zamówienia, który „między innymi” skieruje do jego wykonania. Tak więc sprzęt wyspecyfikowany w wykazie sprzętu nie stanowi katalogu zamkniętego. Wskazano w nim bowiem niejako przykładowo jakim sprzętem wykonawca będzie dysponował. Co oznacza, że do jego realizacji zostanie zadysponowany przez wykonawcę także inny sprzęt.

Podkreślić także należy, że wykonawca MIRBUD- jak podniósł przystępujący - jest jednym z dwóch wykonawców realizujących największą ilość zadań dla tego zamawiającego. Tak więc – jak dalej wskazywał - skala oraz wielkość realizowanych inwestycji sprawia, że dysponuje on olbrzymim zapleczem sprzętowym i technicznym, które pozwala mu na sprawną realizację zamówień na terenie całego kraju. Zasoby te są na bieżąco rozwijane celem umożliwienia jeszcze sprawniejszego reagowania na zmieniające się potrzeby zamawiających oraz rozrastające się portfolio zamówień. Ponadto, przynależność do grupy kapitałowej MIRBUD sprawia, że zasoby przystępującego są poszerzane o te, które znajdują się w posiadaniu innych członków grupy.

Niezależnie od powyższego przystępujący wykazał, że wskazane przez odwołującego Polaqua inwestycje realizowane są etapowo, co oznacza możliwość wykorzystania tego samego sprzętu na każdym z realizowanych kontraktów przy odpowiednim zarządzaniu harmonogramem prac pozwalającym na efektywne wykorzystanie posiadanych otaczarek, przy czym zdecydowana większość tych zadań realizowana jest w formule zaprojektuj i wybuduj. Tak więc wykonawca musi uzyskać niezbędne decyzje i zezwolenia, co jest procesem czasochłonnym (trwającym nawet kilkanaście miesięcy). To na wykonawcy spoczywa proces organizacji robót oraz ich etapowania, co z kolei pozwala na racjonalne wykorzystanie posiadanego sprzętu.

Przystępujący wykazał także, że dysponuje 13 takimi wytwórniami: 3 z nich (wytwórnie stacjonarne) są zlokalizowane w miejscowościach Kobyłkarnia, Bogusławice, Miękinia; 3 kolejne są w trakcie instalacji/ budowy (Bierkowo, Żukowo, Skarżysko Kamienna); 3 są najmowane (plac budowy S1, OMT, S6) a 2 są planowane do postawienia, gdyż są zakupione i są w trakcie transportu do Polski). Z treści SWZ nie wynika także konieczność posiadania przez wykonawcę wytwórni mas bitumicznych na terenie placu budowy, jak również odległość od placu budowy w jakiej wytwórnia musiałaby się znajdować. Zamawiający nie wymagał do wykorzystania 100% pozyskanego destruktu zastosowania technologii na „gorąco”. Dlatego też wykonawca MIRBUD – jak wyjaśnił - zadeklarował wykorzystanie destruktu do wykonania podbudów zasadniczych dróg obsługujących przyległy teren z mijankami oraz w miarę możliwości do utwardzenia poboczny.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD, jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, z uwagi na:

- brak zapewnienia zamawiającemu zaplecza laboratoryjnego wyposażonego w wymagane warunkami zamówienia urządzenia, o których mowa w pkt. 1.2.3.4 PFU, co doprowadziło do pozbawienia zamawiającego możliwości przeprowadzenia odpowiedniej kontroli jakości materiałów i może doprowadzić do realizacji prac poniżej wymagań opisanych w warunkach zamówienia;

- brak uwzględnienia w ofercie konieczności zmiany istniejącej lub uzyskania nowej decyzji środowiskowej, co umożliwiło zaoferowanie niższej ceny niż inni wykonawcy, podczas gdy w celu prawidłowego skalkulowania ceny i należytej realizacji kontraktu należało uwzględnić zmianę istniejącej lub uzyskanie nowej decyzji środowiskowej już teraz (na etapie przygotowania i kalkulacji oferty), a nie jedynie założyć taką możliwość, jako potencjalne ryzyko, jakie czysto hipotetycznie może wystąpić w trakcie realizacji zamówienia (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie 1.2.3.4. PFU (Tom III SWZ) zamawiający podał, że:

„Przed przystąpieniem do robót Wykonawca zapewni Zamawiającemu zaplecze laboratoryjne. Laboratorium niestacjonarne zlokalizowane będzie na terenie Rejonu Radom, baza materiałowa Krzyżanowice 237. Wykonawca na własny koszt przeniesie oraz ustawi zaplecze laboratoryjne z Rejonu GDDKiA miejscowości Poczernin 37 09-142 Załuski na teren rejonu Radom – baza materiałowa w miejscowości Krzyżanowice.

Kontenery – 4 sztuki o wymiarach ok 6x3 m wysokość 2,7m, waga ok 2000kg sztuka. Kontenery są skręcone po dwie sztuki. Na czas transportu należy rozkręcić a potem na miejscu skrócić. Urządzenia w kontenerach zabezpieczyć na czas transportu. (...)”.

Zamawiający, pismem z dnia 11 października 2024 r., dokonał zmiany SWZ nr 11 wprowadzając w punkcie 1.2.3.4 PFU dodatkowe postanowienia, tj.:

„Urządzenia w kontenerach, tj.:

- Sonda dynamiczna DPL/DPM z wyciągarką i kompletem żerdzi DPL (10m),

- DPM (10m) oraz sprzęt pomocniczy do wykonywania sondowań dynamicznych do oznaczania stopnia/wskaźnika zagęszczenia,

- Płyta dynamiczna oraz osprzęt pomocniczy do badań dynamicznego modułu odkształcenia EVD,

- waga laboratoryjna - 2 szt.,

- stół wagowy hydrostatyczny - 2 szt.,

- ręczny ubijak Proctora - 2 szt.,

- Prasa wytrzymałościowa 0 -3000 kN - 1szt.

Urządzenia w kontenerach zabezpieczyć na czas transportu. (...)”.

Zamawiający, pismem z dnia 26 listopada 2024 r., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę MIRBUD „do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. (...)”

16. Czy i w jaki sposób Wykonawca w swojej Ofercie uwzględnił konieczność zapewnienia zaplecza laboratoryjnego zgodnie z pkt. 1.2.3.4 PFU ? Proszę o podanie założonego kosztu netto.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca MIRBUD podał:

„Wykonawca informuje, że w swojej Ofercie uwzględnił konieczność zapewnienia zaplecza laboratoryjnego zgodnie z pkt. 1.2.3.4 [Przygotowanie i użytkowanie niestacjonarnego laboratorium drogowego dla Zamawiającego (polowego)] PFU.

Wykonawca przed przystąpieniem do robót zapewni Zamawiającemu zaplecze laboratoryjne na terenie Rejonu GDDKiA w Radomiu, tj. kontenery przetransportowane z Rejonu GDDKiA w Poczerninie oraz doprowadzi zewnętrzne przyłącza wraz z wykonaniem podliczników a także zapewni dostęp do sieci internetowej oraz zapewni warunki użytkowe opisane w PFU i poniesie koszty związane z montażem, odtworzeniem uszczelnienia dachu i ścian kontenerów, eksploatacją, ubezpieczeniem, organizacją pracy oraz demontażem i likwidacją zaplecza laboratoryjnego, zgodnie z opisem w SWZ. Wykonawca na powyższe, założył koszt w wysokości około 850.000,00 zł.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia. Przepis ten wymaga więc – jak słusznie podniósł przystępujący - jednoznaczного wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje w zestawieniu z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tak więc niezgodność ta musi być oczywista i niewątpliwa.

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym jak wprost wynika z PFU - pkt. 1.2.3.4 PFU wykonawca Przed przystąpieniem do robót Wykonawca zapewni Zamawiającemu zaplecze laboratoryjne. Laboratorium niestacjonarne zlokalizowane będzie na terenie Rejonu Radom, baza materiałowa Krzyżanowice 237. Wykonawca na własny koszt przeniesie oraz ustawi zaplecze laboratoryjne z Rejonu GDDKiA miejscowości Poczernin 37 09-142 Załuski na teren

rejonu Radom – baza materiałowa w miejscowości Krzyżanowice”. Powyższe zostało doprecyzowane zmianą nr 11 z dnia 11 października 2024 r. poprzez wskazanie jakie urządzenia znajdują się w kontenerach zamawiającego. Urządzenia te znajdują się w posiadaniu zamawiającego, na co także wskazał zamawiający. Wykonawca zobowiązany jest jedynie do demontażu kontenerów stanowiących zaplecze laboratoryjne, ich transportu i zabezpieczenia urządzeń w tych kontenerach (urządzenia laboratoryjne w posiadaniu zamawiającego), ponownego montażu i odtworzenia uszczelnienia dachu i ścian kontenerów, doprowadzenia przyłączy i założenia podliczników, zapewnienia nadzoru i organizacji nad pracą, ponoszenia kosztów eksploatacyjnych, ponownego demontażu i przeniesienia laboratorium po ukończeniu robót. Wobec tego wykonawcy mieli jedynie uwzględnić w swoich ofertach koszt zapewnienia zaplecza obejmujący wyżej wskazane czynności i taki koszt wykonawca MIRBUD uwzględnił. Wykonawca ten, odpowiadając na pytanie zamawiającego, oświadczył, że uwzględnił w swojej ofercie i zamierza zapewnić zaplecze laboratoryjne zgodnie z treścią PFU obowiązującą na dzień składania ofert a więc zrealizować zamówienie w tym zakresie zgodnie z warunkami zamówienia.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Jeśli zaś chodzi o zarzut dotyczący zakresu świadczenia dotyczącego prac o charakterze administracyjno-prawnym (decyzja środowiskowa) (tiret drugi) Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie 1.2 PFU w części dotyczącej zmiany lub uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach podał:

„Zmiana lub uzyskanie nowej decyzji środowiskowej możliwe jest tylko i wyłącznie wtedy gdy nie ma możliwości technicznych realizacji przedmiotu umowy w ramach granic określonych w DŚU. Powyższe wymaga potwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu i akceptacji przez Zamawiającego.

Jeżeli w wyniku przyjętych rozwiązań zajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w DŚU należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe.”

Zamawiający, pismem z dnia 26 listopada 2024 r., wezwał wykonawcę MIRBUD, do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia, wskazując że „*wyjaśnienia i przyjęte do sporządzenia oferty założenia powinny w szczególności dotyczyć poniższych kwestii (...)*

22. Czy Wykonawca przyjął w Ofercie rozwiązania techniczne wychodzące poza linie, w których została przeprowadzona ocena oddziaływania na środowisko w procedurze uzyskiwania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, w szczególności w zakresie dowiązania dróg obsługujących teren od istniejących dróg publicznych ? Proszę o wskazanie takich wyjść z podaniem zakładanego sposobu uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych sankcjonujących wyjścia, w podziale na Odcinek 1 i Odcinek 2.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca MIRBUD wyjaśnił, że *na etapie opracowania oferty przyjął rozwiązania techniczne niewychodzące poza linie, w których prowadzona była procedura uzyskiwania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, w zakresie dowiązania dróg obsługujących teren od istniejących dróg publicznych. Jeśli jednak zajdzie konieczność zmiany stosownie do pkt. 1.2 PFU, to taką zmianę Wykonawca przeprowadzi zgodnie z postanowieniami SWZ.”.*

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.* Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia. Przepis ten wymaga więc – jak słusznie podniósł przystępujący – jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje w zestawieniu z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tak więc niezgodność ta musi być oczywista i niewątpliwa.

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym, jak wyjaśnili zamawiający i przystępujący, wykonawca MIRBUD ustalił, że w momencie składania oferty nie identyfikuje konieczności wyjścia poza linie, lecz w przypadku takiej konieczności postąpi zgodnie z PFU. Zamawiający – w związku z formułą „projektuj i buduj” – nie wskazał bowiem szczegółowych rozwiązań projektowych, jakie należy przyjąć w przypadku wyjścia poza granice DŚU. Choć wykonawca MIRBUD – jak podał - nie zakłada konieczności wyjścia poza DŚU, to jednak nie wyklucza, iż na etapie opracowywania dokumentacji projektowej wystąpi konieczność uzyskania odstępstw od przepisów budowlanych w zakresie Odcinka 1 i Odcinka. Wykonawca MIRBUD w kalkulował więc ryzyko związane z ewentualną koniecznością pozyskania odstępstw od przepisów techniczno-budowlanych dla potencjalnych przypadków opisanych w Koncepcji Programowej. Niemniej jednak w związku z formułą „projektuj i buduj” – jak podkreślał zamawiający - na tym etapie postępowania nie można przesądzać o kształcie przyszłej dokumentacji projektowej, która stanie się podstawą realizacji inwestycji i przyjęcia określonych rozwiązań technicznych.

Dlatego też każdy z wykonawców miał prawo (z uwagi na formułę zamówienia) do przyjęcia odmiennych rozwiązań projektowych i realizacyjnych (o ile pozostają one zgodne z wymaganiami zamawiającego). Wykonawca MIRBUD przyjął takie, które są zgodne z wymaganiami zamawiającego, przewidując jednocześnie w określonych okolicznościach wyjście poza linie DŚU. Zidentyfikowany przypadek wyjścia poza linie DŚU – jak wykazał - pozostaje bez znaczenia dla konieczności pozyskania lub zmiany decyzji środowiskowej. Zamawiający po zidentyfikowaniu tego elementu przez odwołującego Polaqua poinformował o nim biuro projektowe Egis Poland Sp. z o.o., z którym posiada zawartą umowę na opracowanie Koncepcji Programowej oraz materiałów do uzyskania DŚU. W odpowiedzi uzyskał informację, że wskazany fragment dotyczy wariantu W1 (alternatywnego). W wariantcie W2 (preferowanym) przedstawiony problem potencjalnego wyjścia poza linie w ogóle nie występuje, ponieważ droga została odsunięta tak, by nie kolidować z naniesioną na mapę istniejącą kanalizacją deszczową. Karta informacyjna przedsięwzięcia (KIP), stanowiąca załącznik do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, została sporządzona z uwzględnieniem wariantu preferowanego, a więc takiego, który nie przewiduje wyjścia poza linie DŚU.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten także nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu

pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: