Sygn. akt: KIO 2844/25

WYROK

Warszawa, dnia 26 sierpnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Irmina Pawlik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2025 r. przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich i:

2.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od odwołującego Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich na rzeczzamawiającego Województwa Podkarpackiego - Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:…….…….....

Sygn. akt: KIO 2844/25

Uzasadnienie

Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Rzeszowie(dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Budowa węzła na skrzyżowaniu autostrady A4 z drogą wojewódzką nr 986 w miejscowości Ostrów" (nr referencyjny: PZDW/WZP/243/WI/14/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 grudnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 236/2024 pod numerem 741285-2022. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 10 lipca 2025 r. wykonawca Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wybory oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W odwołaniu postawiono zarzuty naruszenia:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta przewiduje realizację zamówienia w sposób niezgodny z jego warunkami, tj. bez uwzględnienia konieczności zapewnienia ekranów przeciwolśnieniowych, co Przystępujący wprost przyznał w wyjaśnieniach z 26 czerwca 2025 roku, podczas gdy dokumentacja postępowania, w tym odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 34, potwierdza, że w ramach realizacji zamówienia wykonawcy mają obowiązek zainstalowania ekranów przeciwolśnieniowych a wycena tego świadczenia była dla wszystkich wykonawców obligatoryjna w ramach punktu 1.1.7 g Tabeli Elementów Rozliczeniowych („TER");

2.art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, tj. Przystępujący wbrew wymaganiom dokumentacji postępowania, w tym odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 34, wycenił w swojej ofercie – w pozycji

1.1.7 g TER – ekrany przeciwolśnieniowe na 0 zł, co w świetle wyjaśnień z 26 czerwca 2025 roku należy rozumieć, jako świadome i celowe pominięcie tego elementu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, ponowienie badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący w dniu 18 sierpnia 2025 r. złożył pismo procesowe, również wnosząc o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący w dniu 19 sierpnia 2025 r. złożył pismo stanowiące odpowiedź na wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy.

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

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W ocenie składu orzekającego Odwołujący prawidłowo ustalił termin na wniesienie odwołania, licząc go od dnia przekazania mu informacji o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, tj. od dnia 30 czerwca 2025 r. Izba miała na względzie okoliczność, że Odwołujący już w dacie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, który nastąpił 17 kwietnia 2025 r., miał wiedzę o tym, że Przystępujący w załączonej do oferty Tabeli Elementów Rozliczeniowych (dalej jako „TER") w poz. 1.1.7.g wskazał 0,00 zł, niemniej w ocenie Izby podstawy faktyczne zarzutów odwołania zostały oparte w zasadniczej mierze na okolicznościach, które ujawniły się dopiero w procesie ponownego badania i oceny ofert, już po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 17 kwietnia 2025 r. Nie można pominąć faktu, że Zamawiający pismem z 26 czerwca 2025 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty w zakresie poz. 1.1.7g TER, a wykonawca w odpowiedzi na to wezwanie złożył wyjaśnienia, wskazując, że w sposób zamierzony, opierając się na analizie dokumentów zamówienia, nie uwzględnił w ofercie wymiany istniejących osłon przeciwolśnieniowych. To właśnie treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego stała się podstawą do wniesienia odwołania i wywiedzenia zarzutów niezgodności oferty z warunkami zamówienia i błędu w obliczeniu ceny, a okoliczności wynikające z tych wyjaśnień, w szczególności powody wskazania w poz. 1.1.7g TER wartości 0,00 zł, nie były Odwołującemu znane na wcześniejszym etapie postępowania. To, że z perspektywy Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie dostarczyły mu nowej wiedzy, nie wpływa na stwierdzenie, że po unieważnieniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający podjął dalsze czynności - ponowił badanie oferty Przystępującego, która stała się ofertą najkorzystniejszą i zdecydował się wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących poz. 1.1.7g TER. W takim stanie rzeczy nie można wywodzić, że Odwołujący, opierając zarzuty na okolicznościach ujawnionych już po unieważnieniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszych, a wynikających z dokumentów udostępnionych mu po dokonaniu drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej (po 30 czerwca 2025 r.), wniósł odwołanie z uchybieniem ustawowemu terminowi.

W dalszej kolejności Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia, który złożył ofertę w postępowaniu, a wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, zawiadomienie o pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, informację o unieważnieniu ww. czynności, wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w zakresie poz. 1.1.7.g TER,zawiadomienie o ponownym wyborze

oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła i przeprowadziła także dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie [numerologia według oznaczeń Odwołującego]: dowód nr 1 - wyciąg z WWIORB, dowód nr 3 - oświadczenie Saferoad Restraint Systems sp. z o.o. z 9 lipca 2025 r. dowód nr 4 - zdjęcie „dwójnika" bariery ochronnej, dowód nr 6 - schemat widoczności (opracowanie własne), dowód nr 2 - oświadczenie PPUH PrOWERk sp. z o.o.dowód nr 5 - porównanie wyceny w poz. 1.1.7.d TER bariery obronne stalowe(opracowanie własne), na okoliczności określone w tezach dowodowych, jak również z dokumentu złożonego przez Zamawiającego, tj. korespondencji mejlowej prowadzonej przez Zamawiającego z przedstawicielem GDDKiA w styczniu 2025 r., na okoliczności podane do protokołu rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa węzła na skrzyżowaniu autostrady A4 z drogą wojewódzką nr 986 w miejscowości Ostrów, przebudowa autostrady A4 na odcinku od km 546+073 do km 547+671. Powyższy odcinek stanowi fragment autostrady A4, który zlokalizowany jest na terenie województwa podkarpackiego, w powiecie ropczycko-sędziszowskim, na terenie gminy Ostrów. W zakres zamówienia wchodzi opracowanie i uzgodnienie dokumentacji projektowej (w szczególności projekt budowlany, techniczny, wykonawczy) wraz z uzyskaniem decyzji pozwolenia wodnoprawnego i decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalnościoraz wykonanie wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej na zadanie pn.: Budowa węzła na skrzyżowaniu autostrady A4 z drogą wojewódzką nr 986 w miejscowości Ostrów. Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oraz Koncepcja Programowa (KP) stanowiące Załącznik do SWZ.

W pkt 5 Koncepcji Programowej „Stan projektowany" wskazano m.in., że „Autostrada składa się z dwóch jezdni (2x2 z pasami szerokości po 3,75m) rozdzielonych pasem dzielącym o szerokości około 12,50 m (z opaskami 0,5 m). Na autostradzie A4 w miejsce pasa awaryjnego zaprojektowano pasy włączenia i wyłączenia o odpowiednej długości i szerokości 3,75m i dodatkowo opaską 0,5m. W związku z brakiem przebudowy pasów autostrady zdecydowano się pozostawić opaskę szerokości 0,5m. Przebudowa wiązałaby się z dodatkowymi pracami, a zmiana na tak krótkim odcinku całej autostrady nie spowodowałaby poprawie i nie jest uzasadniona ekonomicznie. Droga wojewódzka zostanie rozbudowana w niezbędnym zakresie tj. na długości około 360 mb. Wzdłuż drogi zaprojektowano drogę dla pieszych i rowerów o szerokości 3,0m oraz drogę dla pieszych szerokości min. 1,5m."

W pkt 2.1.22.1.4 PFU w ppkt 2) wskazano, że na projektowanym odcinku autostrady/drogi ekspresowej ponadto należy zastosować m.in.: osłony przeciwolśnieniowe, system barier ochronnych i zamontowanych na nich osłon przeciwolśnieniowych powinien posiadać jeden wspólny certyfikat. W pkt 2.1.22.1.4.2 PFU wskazano, że osłony przeciwolśnieniowe należy przewidzieć w następujących miejscach: 1) w rejonie wyjazdów z MOP-ów; 2) w rejonie węzłów; 3) na barierach dzielących na łukach poziomych o małym promieniu w ciągu autostrady; 4) na barierach skrajnych wzdłuż dróg/linii kolejowych biegnących równolegle do projektowanej autostrady; 5) w rejonie, gdzie może wystąpić zagrożenie olśnieniem. Zastosowanie osłon przeciwolśnieniowych na barierach ochronnych wymaga przedstawienia udokumentowanego testu zderzeniowego dla takiego systemu (bariera ochronna z osłoną przeciwolśnieniową).

Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany był złożyć Tabelę Elementów Rozliczeniowych, która w poz. 1.1.7.g należało wycenić ekrany przeciwolśnieniowe. We wzorze TER zawarto uwagę, że wykaz ten stanowi rozbicie kwoty ryczałtowej i jest dokumentem poglądowym dla potrzeb prowadzenia monitoringu finansowego kontraktu i oceny ofert.

W Rozdziale XVII SWZ – IDW opisano sposób obliczenia ceny, wskazując m.in., że Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem: Formularza cenowego (FC), Kosztorysu ofertowego (KO), Tabeli Opracowań Projektowych (TOP), Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) lub innego stosownego dokumentu stanowiącego załącznik do SWZ. Wykonawca określi wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w tych dokumentach (ust. 1), cenę za realizację przedmiotu zamówienia należy obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji wskazanych w ww. dokumencie (ust. 2), wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia (ust. 3), cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ (np. koszty bezpośrednie, koszty pośrednie, zysk, ubezpieczenia, opłaty, koszty związane z zatrudnieniem osób na umowę o pracę zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, podatki - włącznie z podatkiem od towarów i usług (VAT) itp. (ust. 4).

Ponadto w subklauzuli 14.1 Warunków Szczególnych Kontraktu (Rozdział IV SWZ) wskazano, że podstawą do obliczenia należności za wykonane Roboty będą ceny, zawarte w TERoraz ilości, ustalone na podstawie obmiarów.

Ceny elementów, oznaczone w tym Wykazie jako ryczałtowe będą dzielone na uzgodnione z Inżynierem oraz Zamawiającym części i rozliczane w Przejściowych Świadectwach Płatności.

Zamawiający w pismach z 7 i 18 lutego 2025 r. udzielił wyjaśnień treści dokumentów zamówienia, w szczególności:

- w odpowiedzi na pytanie nr 34 o treści „Czy Zamawiający dopuści ponownie wykorzystanie takich elementów jak bariery, ogrodzenia, ekrany akustyczne?" Zamawiający wyjaśnił, że „Zamawiający nie przewiduje ponownego wykorzystania ww. elementów i informuje, iż przy kalkulowaniu Oferty Wykonawca winien uwzględnić zapisy OPZ zawarte w punktach A, M, N, O, P oraz zapisy odpowiednich Specyfikacji Technicznych/WWiORB."
- w odpowiedzi na pytanie nr 92 o treści „Według koncepcji programowej istniejące bariery drogowe wraz z osłonami przeciwolśnieniowymi w pasie rozdziału pozostają bez zmian, natomiast według udostępnionego pomocniczego przedmiaru poz. 81 należy wykonać osłony przeciwolśnieniowe U-19 w ilości 1150,0m. Proszę o wyjaśnienie rozbieżności i informację, czy Zamawiający będzie wymagał wymiany istniejących osłon przeciwolśnieniowych w pasie rozdziału autostrady" Zamawiający wyjaśnił: „Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami OPZ, pkt A), na Wykonawcy ciąży obowiązek „opracowania dokumentacji projektowej i innej, obejmującej w szczególności kompletny projekt budowlany wraz z projektem zagospodarowania terenu, projekty techniczne dla wszystkich branż, projekty wykonawcze i przedmiary robót, projekt stałej organizacji ruchu, a także skompletowania wniosku wraz z załącznikami i uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z rygorem natychmiastowej wykonalności (…)." Zamawiający wskazuje, że udostępnione Wykonawcom przedmiary robót nie mają charakteru wiążącego i nie są podstawą do skalkulowania oferty Wykonawcy, a zakres oraz ilości wskazane w przedmiarach są szacunkowe."

W postępowaniu wpłynęło 9 ofert, w tym Odwołującego i Przystępującego. Przystępujący w poz. 1.1.7.g TER Ekrany przeciwolśnieniowe wskazał 0,00 zł.

Zamawiający pismem z 17 kwietnia 2025 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Antex II sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. Wyrokiem z dnia 3 czerwca 2025 r., sygn. akt KIO 1662/25 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnić ww. czynność i odrzucić ofertę ww. wykonawcy. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 4 czerwca 2025 r.

W toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający pismem z 23 czerwca 2025 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty w zakresie poz. 1.1.7 g TER Ekrany przeciwolśnieniowe. Zamawiający wskazał, że Wykonawca ww. pozycję wycenił na kwotę 0,00 zł i wniósł o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w piśmie z 26 czerwca 2025 r. wyjaśnił:

„Wykonawca potwierdza, iż w pozycji 1.1.7 g Tabeli Elementów Rozliczeniowych, dotyczącej pozycji pn. „Ekrany przeciwolśnieniowe", została przez niego przyjęta wartość 0,00 zł. Wskazana wycena została przyjęta w sposób świadomy, celowy i poprzedzony gruntowną analizą dokumentacji przetargowej, w szczególności:

- Rozdziału III SWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ"),
- odpowiedzi Zamawiającego udzielonych na pytania Wykonawców przed terminem składania ofert, w szczególności odpowiedz nr 92. Rozdziału III SWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ")

1.Rozdziału III SWZ – Opisu Przedmiotu Zamówienia

Podstawą dla przyjęcia powyższego założenia była Koncepcja Programowa („Koncepcja"), opracowana przez Voessing Polska Sp. z o.o., stanowiąca integralną część OPZ. Dokument ten zawiera jednoznaczne założenia projektowe, z których wynika, że istniejące osłony (ekrany) przeciwolśnieniowe w pasie dzielącym autostradę A4 pozostają bez zmian. Poniżej fragmenty Koncepcji Programowej, potwierdzający założenia przyjęte do wyceny przez Wykonawcy.

Fragment Koncepcji Programowej – Plan Oznakowania – z wskazaniem, że osłony przeciwolśnieniowe pozostają bez zmian: [rysunek]

Fragment Koncepcji Programowej – punkt 5.1 Stan projektowany – rozwiązania sytuacyjne z wskazaniem braku przebudowy pasów autostrady, a tym samym pasa zieleni, na którym znajdują się istniejące ekrany przeciwolśnieniowe:

„Autostrada składa się z dwóch jezdni (2x2 z pasami szerokości po 3,75m) rozdzielonych pasem dzielącym o szerokości około 12,50m (z opaskami 0,5m). Na autostradzie A4 w miejsce pasa awaryjnego zaprojektowano pasy włączenia i wyłączenia o odpowiedniej długości i szerokości 3,75m i dodatkową opaską 0,5m. W związku z brakiem przebudowy pasów autostrady, zdecydowano pozostawić opaskę szerokości 0,5m. Przebudowa wiązałaby się z dodatkowymi pracami, a zmiana na tak krótkim odcinku całej autostrady nie spowodowałaby poprawie i nie jest uzasadniona ekonomicznie. Droga wojewódzka zostanie rozbudowana w niezbędnym zakresie, tj. na długości około

360mb. Wzdłuż drogi zaprojektowano drogę dla pieszych i rowerów o szerokości 3,0 oraz drogę dla pieszych szerokości min. 1,5m."

Załączona przez Zamawiającego dokumentacja przetargowa określa zakres zamówienia, tj. zaprojektowanie i budowę węzła na skrzyżowaniu autostrady A4 z drogą wojewódzką nr 986 w m. Ostrów, na odcinku od km 546+073 do km 547+671, z rozbudową pasa awaryjnego na pasy włączenia i wyłączenia oraz rozbudową drogi wojewódzkiej. Zakres ten nie przewiduje przebudowy jezdni autostrady ani pasa dzielącego, na którym znajdują się istniejące ekrany przeciwolśnieniowe. Przyjęcie przez Wykonawcę rozbiórki i budowy nowych ekranów przeciwolśnieniowych, przy braku konieczności prowadzenia prac budowlanych w zakresie pasów autostrady i pasa dzielącego, nie miałoby uzasadnienia technologicznego ani uzasadnienia ekonomicznego Jedynie na krótkich odcinkach przewidziano:

- od km 546+140 do km 546+215 – budowę przejazdu awaryjnego wymagającą rozbiórki barier drogowych oraz rozbiórki osłon przeciwolśnieniowych,
- od km 547+485 do km 547+560 – rozbiórkę barier drogowych (brak osłon przeciwolśnieniowych).

Z uwagi na brak wskazania w dokumentacji przetargowej konieczności wymiany istniejących osłon przeciwolśnieniowych, a także brak uzasadnienia technicznego i ekonomicznego, Wykonawca przyjął w swojej ofercie w pozycji 1.1.7 g TER kwotę 0,00 zł. Koszt rozbiórki istniejących osłon przeciwolśnieniowych na odcinku budowy przejazdu awaryjnego zostały założone w poz. 1.1.1 d „Rozbiórki elementów dróg, ogrodzeń, przepustów i pozostałej infrastruktury drogowej" w kwocie 216 939,42, przy czym sam koszt rozbiórki osłon przeciwolśnieniowych wynosi 4 000,00 zł netto.

2. Odpowiedzi Zamawiającego udzielonych na pytania Wykonawców przed terminem składania ofert, w szczególności odpowiedz nr 92.

Zgodnie z treścią zapytań składanych przez innych Wykonawców oraz odpowiedzią Zamawiającego, również inni uczestnicy postępowania mieli wątpliwości co do obowiązku wymiany istniejących osłon, co wskazuje na niejednoznaczność zapisów dokumentacji [w tym miejscu przedstawiono treść pytania nr 92 i odpowiedź udzielonej przez Zamawiającego - uwaga Izby].

Biorąc pod uwagę brak jednoznacznego określenia zakresu robót dotyczącego ekranów przeciwolśnieniowych przez Zamawiającego oraz wskazania niewiążącego charakteru załączonych przedmiarów, można zauważyć, że Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym podzielili się na trzy grupy. Pierwsza grupa Oferentów w pozycji 1.1.7 g TER założyła wymianę wszystkich osłon na nowe zgodnie z załączonym przedmiarem, z szeroko idącej ostrożności lub braku analizy załączonej dokumentacji przetargowej. Druga grupa zakłada wymianę części osłon, a trzecia grupa nie zakładała wymiany istniejących osłon i w tej pozycji przyjmuje minimalne kwoty w wysokości 7 969,50 – firma Strabag, 14 935,05 firma Colas lub tak jak PDM 0,00 zł.

W związku z powyższym, tj. brakiem jednoznacznego wymogu wymiany osłon przeciwolśnieniowych ze strony Zamawiającego oraz faktem, że wymiana istniejących osłon – z uwagi na ich dobry stan techniczny oraz niewielki zakres ingerencji – nie znajduje uzasadnienia technicznego ani ekonomicznego, Wykonawca nie uwzględnił wymiany istniejących osłon przeciwolśnieniowych i w pozycji 1.1.7 g TER przyjął kwotę 0,00 zł.

Jednocześnie Wykonawca chce podkreślić, że oferowana przez Wykonawcę cena ofertowa jest zgodnie z Warunkami Kontraktu ceną ryczałtową oraz z uwagi na charakter postępowania prowadzonego w formule „zaprojektuj i wybuduj", obowiązek zaprojektowania, wykonania i zakończenia robót, zgodnie z Warunkami Kontraktu oraz wymaganiami Zamawiającego spoczywa na Wykonawcy. Mając na uwadze powyższe Wykonawca podtrzymuje swoją ofertę i deklaruje wykonie całości zamówienia w zaoferowanej kwocie 34 772 677,80 zł brutto."

Zamawiający 30 czerwca 2025 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

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

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta przewiduje realizację zamówienia w sposób niezgodny z jego warunkami, tj. bez uwzględnienia konieczności zapewnienia ekranów przeciwolśnieniowych, Izba uznała za niewykazany.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające

w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący uzasadniając niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia wskazał na fakt, że z treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego wynika jednoznacznie, że nie uwzględnił on w ofercie (i nie wycenił) obowiązkowego elementu w postaci nowych osłon przeciwolśnieniowych. Odwołujący kwestionował zawarte w wyjaśnieniach treści oferty stanowisko Przystępującego tłumaczące powody takiego działania, wskazując w szczególności, że treść Koncepcji Programowej nie przesądza o braku konieczności uwzględnienia ekranów przeciwolśnieniowych, a tym bardziej nie wyklucza obowiązku ich czasowego demontażu i odtworzenia, z uwagi na konieczność wykonania prac związanych z montażem bramownic. W tym zakresie w odwołaniu przedstawiono argumentację dotyczącą technologii montażu bramownic. Odwołujący powoływał się także na treść odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 34, wywodząc z niej brak możliwości ponownego wykorzystania zdemontowanych, dotychczasowych ekranów przeciwolśnieniowych. Zdaniem Odwołującego skoro wykonanie robót będzie wymagało ingerencji w pas rozdziału, to zgodnie z dokumentacją postępowania, wykonawca obowiązany był do uwzględnienia w swojej ofercie również montażu nowych ekranów przeciwolśnieniowych – jako elementu niezbędnego do zapewnienia stanu zgodnego z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że zostało ono oparte na błędnym założeniu, że z treści odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 34 wynika obowiązek wymiany zdemontowanych osłon przeciwolśnieniowych na nowe. Pytanie to odnosi się wyłącznie do trzech elementów: barier, ogrodzeń oraz ekranów akustycznych, czyli do elementów opisanych w poz. 1.1.7d, 1.1.7e i 1.1.7h TER. Jego treść nie odnosi się do ekranów (osłon) przeciwolśnienowych, których dotyczy poz. 1.1.7g TER.Przedstawiona przez Odwołującego interpretacja ww. wyjaśnień treści SWZ jest więc niezgodna z ich literalnym brzmieniem. Odwołujący, poza powołaniem się na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 34, w treści odwołania nie przedstawił żadnych innych okoliczności, które mogłyby wskazywać na konieczność zamontowania nowych ekranów przeciwolśnieniowych. Odwołujący dopiero podczas rozprawy zwrócił uwagę na kwestię koniecznej do zapewnienia kompatybilności osłon przeciwolśnieniowych z barierą energochłonną, co po pierwsze stanowiło argumentację spóźnioną, a po drugie Odwołujący i tak nie wykazał, że ponowne zamontowanie dotychczasowych osłon przeciwolśnieniowych nie zapewni niezbędnej kompatybilności. Okoliczności takiej nie dowodzi złożone przez Odwołującego oświadczenie producenta osłon przeciwolśnieniowych PPUH PrOWERk sp. z o.o. (dowód nr 2), które w swojej treści wskazuje jedynie, że zachodzi konieczność zapewnienia takiej kompatybilności, aby bariery energochłonne spełniały swoją funkcję, a nie że ponowne użycie zdemontowanych osłon przeciwolśnieniowych jest niemożliwe. Wręcz przeciwnie, w oświadczeniu tym potwierdzono, że użycie zdemontowanych osłon jest możliwe, jeśli będą one kompatybilne z barierami certyfikowanymi. Na okoliczność braku tej kompatybilności nie przedstawiono twierdzeń ani dowodów. Ponadto Odwołujący nie zakwestionował okoliczności podnoszonej przez Przystępującego, że aktualny stan techniczny ekranów przeciwolśnieniowych zamontowanych na fragmencie autostrady A4 objętym zakresem zamówienia jest bardzo dobry i pozwala na ich dalsze wykorzystanie. Z kolei dowód złożony przez Zamawiającego, tj. korespondencja z GDDKiA, potwierdza, że elementy z demontażu zasadniczo mogą być ponownie wykorzystane (chyba, że Zamawiający ustalił inaczej, jak w odpowiedzi na pytanie nr 34), zatem nie sposób przesądzić, że każdy element z rozbiórki nie będzie mógł być wykorzystany ponownie, na co wskazywał Odwołujący powołując się na dowód nr 1. Przy czym okoliczność ta nie została wskazana w odwołaniu, więc powoływanie się na nią podczas rozprawy i tak było spóźnione.

Dalej należy wskazać, że kwestia konieczności wymiany istniejących osłon przeciwolśnieniowych była przedmiotem pytania nr 92, w którym zwrócono uwagę, że z jednej strony z Koncepcji Programowej wynika, że istniejące bariery drogowe wraz z osłonami przeciwolśnieniowymi w pasie rozdziału pozostają bez zmian, a z drugiej strony w pomocniczym przedmiarze poz. 81 wskazano, że należy wykonać osłony przeciwolśnieniowe U-19 w ilości 1150,0m. Wykonawca wprost zapytał czy Zamawiający będzie wymagał wymiany istniejących osłon przeciwolśnienowych w pasie rozdziału autostrady. Zamawiający udzielając odpowiedzi nie wskazał, że będzie wymagał takiej wymiany. Poinformował natomiast, że przedmiary robót nie mają charakteru wiążącego i nie są podstawa do skalkulowania ceny oferty. Z tak udzielonej odpowiedzi nie sposób wyinterpretować istnienia po stronie wykonawcy bezwzględnego obowiązku wymiany ekranów przeciwolśnieniowych na nowe. Wręcz przeciwnie, Zamawiający nie potwierdził takiej konieczności i pozostawił tę kwestię w gestii wykonawcy, którego jednym z zadań jest opracowanie dokumentacji projektowej. Odwołujący nie wskazał konkretnych postanowień dokumentów zamówienia, z których wynikałby obowiązek wymiany istniejących osłon przeciwolśnienowych w pasie rozdziału autostrady na nowe. Nie jest takim postanowieniem pkt 2.1.22.1.4 ppkt 2) PFU, który mówi jedynie o tym, że należy zastosować/przewidzieć osłony przeciwolśnieniowe i nie zawiera zakazu ewentualnego wykorzystania dotychczasowych osłon, jeżeli ich stan techniczny na to pozwala. W ocenie Izby z dokumentów zamówienia nie wynika zakaz wykorzystania przez wykonawcę zdemontowanych na potrzeby realizacji

zamówienia dotychczasowych ekranów przeciwolśnieniowych, a przynajmniej Odwołujący takiej okoliczności nie dowiódł.

W tym stanie rzeczy, skoro Odwołujący nie wykazał, aby z treści dokumentów zamówienia wynikał obowiązek uwzględnienia w ofercie konieczności wymiany ekranów przeciwolśnieniowych na nowe, to nie sposób stwierdzić niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, a zatem zarzuty odwołania nie mogą zostać uwzględnione. Przy czym nawet gdyby uznać za prawidłowe stanowisko Odwołującego, że z uwagi na objęty przedmiotem zamówienia obowiązek wykonania konstrukcji bramowych zachodzi konieczność ingerencji w pas rozdziału oraz demontażu barier energochłonnych i zamontowanych na nich ekranów przeciwolśnieniowych, to w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy brak jest podstaw do uznania, że każdorazowo wiązałoby się to z obowiązkiem zamontowania nowych ekranów przeciwolśnieniowych i brakiem możliwości wykorzystania dotychczasowych elementów będących w odpowiednim stanie technicznym. W konsekwencji argumentacja dotycząca ściśle technologii montażu bramownic i składane w tym zakresie dowody (nr 3 – oświadczenie Saferoad, nr 4 – zdjęcie dwójnika, nr 6 – schemat widoczności) pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia. Z kolei dowód nr 5 (opracowanie własne – porównanie wycen wykonawców w poz. 1.1.7.d TER bariery ochronne stalowe) został złożony na okoliczność wykazania, że Przystępujący nie zakładał prowadzenia robót w pasie rozdziału, a zatem dotyczył on okoliczności w sprawie niespornej – Przystępujący bowiem w postępowaniu odwoławczym potwierdził, że założył technologię montowania bramownic wykluczająca konieczność ingerencji w istniejące bariery i osłony. Tym samym dowód ten również nie ma znaczenia w sprawie.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że z Koncepcji Programowej wynika jednoznacznie, że przebudowa części autostrady, na której znajdują się ekrany przeciwolśnieniowe, czyli pasów rozdziału, nie jest uzasadniona ekonomicznie, skoro przedmiot zamówienia nie zakłada przebudowy pasów autostrady. W konsekwencji ewentualna ingerencja w pasy rozdziału, w tym w zlokalizowane tam bariery energochłonne i znajdujące się na nich osłony przeciwolśnieniowe, będzie zależna od sposobu realizacji zamówienia przyjętego przez danego wykonawcę, w oparciu o sporządzoną przez wykonawcę dokumentację projektową. W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, aby wskazany przez niego w treści odwołania sposób montażu bramownic, zakładający demontaż i wymianę ekranów przeciwolśnieniowych na nowe, był jedynym możliwym do zastosowania w przypadku przedmiotowego zamówienia, a w szczególności, że nie jest możliwe przyjęcie wariantu, w którym nie dojdzie w ogóle do ingerencji w istniejące bariery energochłonne (i ekrany przeciwolśnienowe), zwłaszcza mając na względzie dużą szerokość istniejącego pasa rozdziału. Przyjęcie różnych koncepcji przez wykonawców pośrednio potwierdzają wyceny poz. 1.1.7g TER, z których wynika wniosek, że niektórzy wykonawcy wycenili wymianę osłon przeciwolśnieniowych na nowe na całym odcinku, niektórzy jedynie w części, a niektórzy w marginalnym zakresie lub w ogóle.

Podkreślić należy, że aby możliwe było stwierdzenie przez Izbę niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, Odwołujący powinien udowodnić, że oferta jego konkurenta nie odpowiada konkretnym, ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia, precyzyjnym i jednoznacznym wymaganiom. Podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp materializuje się wyłącznie w przypadku, gdy niezgodność oferty z warunkami zamówienia jest po pierwsze oczywista i niewątpliwa, a po drugie postanowienia dokumentów zamówienia, z których wywodzona jest niezgodność są jasne i klarowne. Negatywne konsekwencje względem wykonawców mogą zostać wywiedzione tylko wtedy, gdy treść dokumentów zamówienia nie budzi uzasadnionych wątpliwości. W rozpoznawaj sprawie Odwołujący nie wykazał, aby przyjęte przez Przystępującego założenie o braku ingerencji w pas rozdziału, a także o braku konieczności wymiany dotychczasowych osłon przeciwolśnieniowych na nowe i ewentualnym wykorzystaniu osłon dotychczas istniejących, było sprzeczne z warunkami zamówienia. Ani przywołane w odwołaniu postanowienia dokumentów zamówienia, ani udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia treści SWZ, nie wskazują na obowiązek wymiany osłon przeciwolśnieniowych na nowe. Tym samym nie sposób uznać, aby Odwołujący udowodnił niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.

W konsekwencji za niezasadny Izba uznała także drugi z zarzutów, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zarzut ten został oparty na twierdzeniu, że Przystępujący wbrew wymaganiom dokumentacji postępowania, w tym odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 34, wycenił w swojej ofercie – w pozycji 1.1.7 g TER – ekrany przeciwolśnieniowe na 0,00 zł, co w świetle wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego w dniu 26 czerwca 2025 roku należy rozumieć, jako świadome i celowe pominięcie tego elementu zamówienia. Jak jednak wskazano powyżej, Odwołujący nie wykazał, aby z dokumentów zamówienia wynikał jednoznaczny obowiązek uwzględnienia w ofercie konieczności wymiany osłon przeciwolśnieniowych na nowe. W konsekwencji nie zostało przez Odwołującego dowiedzione, że Przystępujący błędnie rozpoznał stan faktyczny i pominął w wycenie obligatoryjny element przedmiotu

zamówienia. Tym samym brak było podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie w sprawie kosztów postępowania").

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Art. 575 ustawy Pzp stanowi, że strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego. Kosztami, o którym mowa w § 5 pkt 2, są uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (lit. b).

Uwzględniając powyższe regulacje, z uwagi na oddalenie odwołania w całości, Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania w łącznej kwocie 3600 zł, poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożonym do akt sprawy spisem kosztów.

Przewodnicząca:…….…….....