

WYROK

z dnia 2 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Małgorzata Matecka**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 25 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 11 lutego 2022 r. przez odwołującego: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: KOBYLARNIA S.A., MIRBUD S.A. z siedzibą lidera w Brzozie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą wydatki zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od odwołującego PORR S. A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie – oddział w Bydgoszczy, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: „PZP”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz-Toruń, odcinek 3 od węzła Solec do węzła Toruń Zachód.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 124-327408.

W dniu 11 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP i art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia jako niezgodnej z warunkami zamówienia i prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji z Konsorcjum Kobylarnia, podczas gdy:

a) Konsorcjum Kobylarnia zaoferowało wykonanie obiektu dla zwierząt (PZGd w km ok. 25+500) niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z SWZ;

b) Konsorcjum Kobylarnia zaoferowało wykonanie robót budowlanych nieuwzględniających wymagań Zamawiającego dla układu docelowego drogi (przekrój 2x3) w zakresie określonym przez Zamawiającego oraz opisanym w pkt. 1.1.3.1 PFU (TOM III SWZ);

2) art. 239 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Kobylarnia, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 1 lutego 2022 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Kobylarnia,

4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu i odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia, a w konsekwencji wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

5) 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.

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zamawiający w Wezwaniu 1 w pytaniu 64 zwrócił się do Konsorcjum Kobylarnia o wyjaśnienie jakie rozwiązanie projektowe dla branży mostowej obiektów z poz. 5 Tabeli nr 1.1 PFU przyjęło do wyceny oferty. Zamawiający oczekiwał wskazania w szczególności czy Konsorcjum Kobylarnia zamierza wykonać dwa odrębne obiekty inżynierskie nad linią kolejową i drogą czy jeden wspólny. W Wyjaśnieniach 1 (odpowiedź nr 64), Konsorcjum Kobylarnia wskazało, że „do wyceny Oferty na etapie jej przygotowania przyjęło rozwiązanie projektowe dla branży mostowej obiektów z poz. 5 Tabeli nr 1.1 PFU, przewidywane jako dwa odrębne obiekty inżynierskie o konstrukcji powłokowej w postaci:

– odrębnego obiektu inżynierskiego nad linią kolejową oraz

– osobnego obiektu o konstrukcji powłokowej składającego się z dwóch przęseł nad drogą ekspresową.

Konsorcjum Kobylarnia przedstawiło rysunek ilustrujący powyższe rozwiązanie techniczne.

Zdaniem Odwołującego, rozwiązanie zaproponowane przez Konsorcjum Kobylarnia jest niezgodne z postanowieniami PFU oraz wyjaśnieniami do SWZ przedstawionymi przez Zamawiającego. Jak argumentował w Odwołaniu, przede wszystkim Zamawiający nie dopuścił możliwości wykonania przejścia dla zwierząt w formie dwóch odrębnych obiektów. Z dokumentów zamówienia wynikało bowiem, że wykonawca jest zobowiązany do wykonania jednego obiektu – przejścia dla zwierząt, który umożliwi pokonanie przez zwierzęta wszystkich przeszkód, tj. drogi ekspresowej, drogi dojazdowej do drogi D2/11 oraz linii

kolejowej. Zamawiający przedstawił swoje oczekiwania wobec tego obiektu w zmianie SWZ nr 39 z dnia 17 sierpnia 2021 r.

Z poz. 5 zmienionej tabeli 1.1. do PFU (zmienionej w ramach zmiany SWZ nr 39), wynika jednoznacznie, że wykonawca ma wykonać 1 obiekt inżynierski umożliwiający pokonanie kilku przeszkód, tj. trasy głównej S-10 z rezerwą na trzeci pas ruchu i teren utwardzony na potrzeby utrzymania oraz drogi dojazdowej D2/11 i linii kolejowej. Konsorcjum Kobylarnia zaoferowało natomiast:

- wykonanie dwóch niezależnych obiektów,
- nie uwzględniło żadnego przejścia dla zwierząt nad drogą dojazdową D2/11.

Zdaniem Odwołującego, z powyższych względów Zamawiający już po analizie Wyjaśnień 1 powinien odrzucić ofertę Konsorcjum Kobylarnia jako niespełniającą wymagań Zamawiającego wynikających z PFU. Pomimo istnienia podstaw do odrzucenia, Zamawiający zaniechał tej czynności i wezwał ponownie Konsorcjum Kobylarnia do wyjaśnienia – Wezwanie 2. W dodatkowym uzupełnieniu do pytania i odpowiedzi nr 64 w Wezwaniu 2 Zamawiający poprosił o uzupełnienie odpowiedzi w zakresie uwzględnienia drogi dojazdowej D2/11, gdyż z rysunków nie wynika, aby droga była uwzględniona. Takie pytanie zatem bezsprzecznie prowadzi do zmiany treści odpowiedzi Konsorcjum Kobylarnia na pytanie nr 64 i stanowi nieuprawnione negocjacje treści oferty, a w konsekwencji jej niedozwoloną zmianę. Z Wyjaśnień 1 nie wynika bowiem, aby Konsorcjum Kobylarnia zaoferowało wykonanie przejścia dla zwierząt nad drogą dojazdową D2/11. Wręcz przeciwnie, Konsorcjum Kobylarnia jednoznacznie wskazało, że zamierza wykonać 2 niezależne obiekty, które miały umożliwić pokonanie przeszkód: trasy głównej drogi ekspresowej i linii kolejowej. Wykonanie przejścia dla zwierząt nad drogą dojazdową D2/11 nie wynika również z przedstawionych rysunków. Konsorcjum Kobylarnia w ogóle nie odniosło się do kwestii konieczności wykonania przejścia dla zwierząt obejmującego przejście nad drogą dojazdową D2/11. Dopiero po Wezwaniu 2 Konsorcjum Kobylarnia zorientowało się, że popełniło błąd w ofercie. W Wyjaśnieniach 2 w pytaniu 64 wskazało, że uwzględniło w ofercie konieczność zaprojektowania i budowy drogi dojazdowej D2/11. Ta jednak odpowiedź nie potwierdza, że Konsorcjum Kobylarnia zamierza wykonać przejście dla zwierząt nad drogą dojazdową D2/11.

Jak podkreślał Odwołujący, droga dojazdowa D2/11 ma być zlokalizowana pomiędzy drogą S10 a linią kolejową. Stąd też skoro Konsorcjum Kobylarnia zamierza wykonać 2 niezależne obiekty inżynierskie – nad drogą S10 i nad linią kolejową, oznacza to, że żaden obiekt nie ma być zbudowany nad drogą dojazdową D2/11.

W związku z tym, nawet jeśli Zamawiający mógł dopytać Konsorcjum Kobylarnia o sposób wykonania omawianego obiektu poprzez skierowanie Wezwania 2 (co Odwołujący kwestionuje, gdyż stanowi niedopuszczalne negocjacje treści oferty), to nadal Konsorcjum Kobylarnia nie potwierdziło wykonania jakiegokolwiek przejścia dla zwierząt nad drogą dojazdową D2/11. W konsekwencji należy uznać, że oferta Konsorcjum Kobylarnia w tym zakresie nie spełnia wymagań Zamawiającego i z tego powodu powinna zostać odrzucona.

Jak zostało wcześniej wskazane, Konsorcjum Kobylarnia zaoferowało wykonanie 2 niezależnych obiektów. Tymczasem Zamawiający wymagał wykonania 1 obiektu, co wynika z:

a) zmiany nr 39 do SWZ i poz. 5 Tabeli 1.1 PFU, w której został wskazany 1 obiekt do wykonania. Zgodnie jednocześnie z odpowiedzią na pytanie O.3_20.3 (zestaw 27) Tabela nr 1.1. stanowi Wykaz obiektów inżynierskich nowoprojektowanych z informacją o przeszkodach koniecznych do przekroczenia przez elementy między innymi trasy głównej, łącznic, dodatkowych jezdni oraz innych dróg. Roboty należy zrealizować między innymi zgodnie z pkt 1.1.3.2 PFU. Tym samym z tabeli 1.1. wynika ilość obiektów do wykonania. W poz. 5 został wskazany 1 obiekt, co oznacza, że niedopuszczalne było zaoferowaniu dwóch odrębnych obiektów.

b) decyzji Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska nr DOOŚ-WDŚZII.420.8.2020.mk.49 z dnia 4 czerwca 2021 r. („decyzja środowiskowa”) z pkt. 24 wynika, że ok. km. 25+500 ma zostać wykonane jedno przejście górne nad trasą S-10 oraz linią kolejową nr 18 o minimalnej szerokości 40 m2.

Jak dalej argumentował Odwołujący, w uzasadnieniu decyzji środowiskowej (str. 34) wskazano, że: „Na etapie inwentaryzacji przyrodniczej wskazano, że w ok. km 25+500 ww. odcinka znajduje się istotny szlak migracji zinwentaryzowanej populacji wilka, dlatego zostanie wykonane przejście górne w minimalnej szerokości 40 m. Mając na uwadze ideę stosowania zintegrowanych rozwiązań minimalizujących dla ciągów transportowych stanowiących dla środowiska pojedynczą barierę, przebieg trasy S-10 został zbliżony do linii kolejowej nr 18 (str. 497 raportu ooś). Dlatego w związku z bliskim, równoległym przebiegiem planowanej drogi oraz kolei przejście w ok. km 25+500 zostanie poprowadzone nad trasą ekspresową oraz linią kolejową. Wskazanie minimalnej szerokości w postaci 40m podyktowane jest zachowaniem odpowiednich proporcji przejścia, a w konsekwencji zachowaniem funkcjonalności, ponieważ jako jedyne będzie przekraczać dwa ciągi komunikacyjne. Przejście uwzględniające linię kolejową może przyczyniać się do lepszej ochrony gniazdującego w tym obszarze bielika – pierwotną przyczyną problemu

śmiertelności bielika w wyniku kolizji z transportem kolejowym jest żerowanie osobników na potraconych przez pociągi ssakach kopytnych. W związku z powyższym, przejście uwzględniające linie kolejową przyczyni się do zmniejszenia śmiertelności ssaków w wyniku kolizji z pociągami, a w konsekwencji do zmniejszenia śmiertelności żerujących na nich bielików.”

Powoływał Odwołujący w szczególności odpowiedzi nr O.3_128.21 (zestaw nr 18) oraz O.3.22.66 (zestaw 36).

Jednocześnie, w odpowiedziach na pytania do SWZ Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że przejścia dla zwierząt należy wykonać zgodnie z decyzją środowiskową – np. odpowiedź na pytanie O.3_181.101 (zestaw nr 17).

Ponadto, z odpowiedzi na pytanie nr O.3_157.2 (zestaw 19) wynika, że wykonawców wiąże ilość obiektów inżynierskich oraz ilość przeszkód do pokonania, która wynika z tabeli 1.1. PFU. Zamawiający zaznaczył również, że jeden obiekt będzie pokonywać więcej niż jedną przeszkodę.

Tym samym niedopuszczalne było zaoferowanie wykonania dwóch odrębnych obiektów, co w konsekwencji oznacza, że oferta Konsorcjum Kobylarnia jest niezgodna z warunkami zamówienia, a zatem powinna zostać odrzucona. Odwołujący w załączeniu przedstawił rysunek obrazujący prawidłowy sposób wykonania obiektu. Na rysunku widać, że obiekt pokonuje trzy przeszkody, tj. drogę ekspresową, drogę dojazdową D2/11 oraz linię kolejową.

Jak dalej wskazywał Odwołujący, w toku Postępowania wykonawcy zwracali się z pytaniami dotyczącymi sposobu wykonania omawianego przejścia dla zwierząt. To czy Zamawiający wymaga wykonania przejścia dla zwierząt w ramach jednego obiektu czy też w ramach 2 obiektów jest bardzo istotne. Wykonanie bowiem jednego obiektu jest znacznie droższe i bardziej skomplikowane pod kątem technicznych niż wykonanie dwóch odrębnych obiektów. Wynika to przede wszystkim z długości obiektu, który musiał umożliwić pokonanie kilku przeszkód. Przyjęcie zatem przez Konsorcjum Kobylarnia dwóch odrębnych obiektów powoduje znaczące oszczędności wykonania robót. Gdyby zatem dopuszczona została możliwość wykonania dwóch odrębnych obiektów, wówczas ceny ofert pozostałych wykonawców byłyby znacznie niższe.

Zamawiający nie powinien natomiast akceptować rozwiązań, które nie były przez niego dopuszczone w toku Postępowania. Jednoznacznie bowiem z przytoczonych odpowiedzi na pytania do SWZ wynika, że Zamawiający oczekiwał wykonania jednego obiektu. Akceptacja rozwiązania Konsorcjum Kobylarnia jako zgodnego z SWZ narusza zasadę uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem powinien dopuścić możliwość wykonania dwóch obiektów na etapie przed upływem terminu składania ofert, czego zaniechał. Akceptacja takiego rozwiązania na etapie oceny ofert jest niedopuszczalna i narusza fundamentalne zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Oferta Konsorcjum Kobylarnia jest zatem niezgodna z warunkami zamówienia bowiem z Wyjaśnień 1 i 2 wynika, że: 1) Konsorcjum Kobylarnia nie przewidziało wykonania przejścia dla zwierząt nad drogą dojazdową D2/11, podczas gdy Zamawiający wymagał, zgodnie ze zmianą nr 39 do SWZ, aby obiekt pokonywał także przeszkodę w postaci tej drogi dojazdowej, 2) Konsorcjum Kobylarnia zaoferowało wykonanie dwóch odrębnych obiektów – przejść dla zwierząt nad drogą ekspresową i nad linią kolejową, podczas gdy z treści SWZ, PFU, decyzji środowiskowej i wyjaśnień do SWZ wynika, że Zamawiający oczekuje wykonania jednego obiektu – przejścia dla zwierząt.

Powyższe oznacza zdaniem Odwołującego, że oferta Konsorcjum Kobylarnia powinna zostać odrzucona. Natomiast akceptacja rozwiązania niewynikającego z SWZ godzi w zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty konsorcjum Kobylarnia z warunkami zamówienia w zakresie przekroju drogi, Odwołujący wskazywał, co następuje:

Przedmiotem zamówienia objętego Postępowaniem jest zaprojektowanie i wybudowanie odcinka drogi S10. Zamawiający w dokumentach zamówienia uwzględnił, aby wykonany projekt budowlany umożliwił rozbudowę drogi z 2-pasmowej na 3-pasmową. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem zaprojektowanie i wybudowanie drogi, która pozwoli na osiągnięcie docelowej wielkości, tj. 2-kierunkowej drogi i 3 pasów ruchu w każdym kierunku (2x3). Wynika to przede wszystkim z pkt. 1.1.3.1., w którym wskazano, że przekrój budowlany to 2-kierunkowa droga o dwóch pasach ruchu (2x2), natomiast przekrój docelowy to 2x3. W tym kontekście Zamawiający oczekiwał również, aby: a) geometria projektowanej i budowanej drogi uwzględniała jej docelowy przekrój, np. w kontekście węzłów, łącznic, przejazdów, innych dróg, dodatkowych jezdni (pkt 1.1.3.2. PFU), b) odwodnienie drogi zostało wyliczone dla docelowego przekroju (1.1.3.5. PFU i 2.1.19 PFU), c) zagospodarowanie terenu uwzględniało przekrój docelowy (2.1.17.1. PFU), d) urządzenia do podczyszczania dróg opadowych były zlokalizowane zgodnie z docelowym przekrojem drogi (2.1.13 PFU), e) rozpiętość przęsła i usytuowanie podpór obiektów nad drogą ekspresową uwzględniało jej docelowy przekrój (2.1.16.1.2. PFU), f) szerokość drogi uwzględniała jej docelowy przekrój (2.1.16.1.3 PFU).

Jak podkreślał Odwołujący, Zamawiający swoje wymagania dotyczące sposobu wykonania zamówienia w kontekście układu docelowego przedstawił również w ramach wyjaśnienia treści SWZ, w szczególności zestaw 4, odpowiedź na pytanie O.3_128.26 oraz w zmianach do SWZ, np. zmiana nr 32.

Powyższe wymagania dotyczące układu docelowego drogi były przedmiotem dodatkowego pytania Zamawiającego wynikającego z Wezwania 1 – pytanie nr 65. Zamawiający zażądał wyjaśnienia, czy Konsorcjum Kobylarnia przewidziało wykonanie robót budowlanych przy uwzględnieniu wymagań dla ruchu docelowego (przekrój 2x3). Zamawiający oczekiwał, aby Konsorcjum Kobylarnia przedstawiło zakładane parametry i lokalizację elementów przekroju normalnego drogi ekspresowej w zakresie pasa dzielonego, jezdni rowów i poboczy.

Jak dalej argumentował Odwołujący, w odpowiedzi na pytania 65 (Wyjaśnienia 1) Konsorcjum Kobylarnia oświadczyło co prawda, że spełni wymagania Zamawiającego, jednak przeczą temu przedstawione przez niego wyjaśnienia w formie graficznej (przekroje projektowanej drogi). Z załącznika 5.1. i 5.2. widać jednoznacznie, że Konsorcjum Kobylarnia zamierza umiejscowić rów oraz drogę technologiczną bez uwzględnienia przekroju docelowego drogi. Umieszczenie rowu i drogi technologicznej jest przygotowane dla przekroju drogi 2x2, a nie 2x3. W konsekwencji, zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum Kobylarnia, w celu dostosowania drogi do układu docelowego, tj. 2x3 (dobudowy 3 pasa ruchu), konieczne będzie przebudowanie (przeniesienie) również pozostałych elementów drogi, które według wymagań Zamawiającego już dla układu 2x2 powinny być zlokalizowane w miejscach docelowych.

Prawidłowym rozwiązaniem jest zatem umiejscowienie rowu oraz drogi technologicznej uwzględniające rozwiązanie docelowe 2x3. Oznacza to zatem, że rów oraz droga technologiczna powinny być zlokalizowane w taki sposób, aby w razie rozbudowy drogi do wariantu 2x3 nie było konieczności zmiany ich lokalizacji. Wykonawca zatem powinien uwzględnić w ofercie miejsce na wykonanie trzeciego pasa ruchu (celem doprowadzenia w przyszłości do przekroju docelowego 2x3) w taki sposób, aby nie było potrzeby dalszej przebudowy drogi, tj. zmiany lokalizacji drogi technologicznej i przesunięcia rowu.

Konsorcjum Kobylarnia nie zaoferowało zatem wykonania drogi o przekroju zgodnym z warunkami zamówienia, a tym samym nie spełnia ona wymagań Zamawiającego, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Kobylarnia już po złożeniu przez tego wykonawcę Wyjaśnień 1.

Co istotne, Zamawiający zauważył powyższą niezgodność oferty z SWZ i zamiast odrzucić ofertę, wezwał Konsorcjum Kobylarnia do dodatkowych wyjaśnień – Wezwanie 2. Takie

wezwanie należy uznać za nieuprawnione negocjacje treści oferty i próbę nieuprawnionej jej zmiany na etapie oceny ofert. Stwierdzony bowiem błąd w ofercie Konsorcjum Kobyłarnia nie mógł być poprawiony. Zamawiający natomiast błędnie uznał, że istnieją podstawy do dalszego wyjaśnienia tej kwestii i bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Kobyłarnia już po Wyjaśnieniach 1.

Wezwaniu 2 Zamawiający zauważył wyżej opisany błąd i zwrócił się do Konsorcjum Kobyłarnia ponownie o wyjaśnienie tej kwestii. Bezpośrednio z dodatkowego pytania Zamawiającego wynika błąd w ofercie Konsorcjum Kobyłarnia. Zamawiający bowiem wskazał, że „zgodnie z PFU i udzielonymi odpowiedziami na etapie postępowania przetargowego, lokalizacja rowów oraz rzędne dla dna rowów powinny być zaprojektowane na układ docelowy. Przedstawione przez Państwa [Konsorcjum Kobyłarnia] przekroje normalne temu zaprzeczają. Rozbieżność ta ma znaczący wpływ na ilość robót ziemnych”. Zamawiający zatem wiedział, że przedstawione rysunki są niezgodne z jego wymaganiami wynikającymi SWZ, w tym w szczególności lokalizacja rowów jest niezgodna z docelowym przekrojem drogi. Zamawiający również zdawał sobie sprawę, że nieprawidłowe rozwiązanie przyjęte przez Konsorcjum Kobyłarnia ma istotne znaczenie dla ilości robót ziemnych. Pomimo wszystko Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Kobyłarnia i wezwał wykonawcę do ponownego wyjaśnienia stwierdzonych błędów.

W odpowiedzi na pytanie 65 w Wyjaśnieniach 2 Konsorcjum Kobyłarnia przedstawiło kolejne rysunki celem poprawienia błędu, tj. zmiany dotychczasowej treści oferty. Złożenie jednak dodatkowych wyjaśnień przez Konsorcjum Kobyłarnia w zakresie pytania 65 nie powinno w ogóle wystąpić, bowiem należy je traktować jedynie jako próbę niedopuszczalnego poprawienia oferty i jej zmiany, a w konsekwencji negocjacji treści oferty.

Dalszym dowodem potwierdzającym, że intencją Konsorcjum Kobyłarni było wykonanie drogi o przekroju wynikającym z rysunków dołączonych do Wyjaśnień 1 (czyli niezgodnie z SWZ) jest rysunek dołączony do Wyjaśnień 1 w zakresie pytania 64. Z tego rysunku również wynika, że Konsorcjum Kobyłarnia zamierza wykonać rowy oraz drogi technologiczne bez uwzględnienia przekroju docelowego 2x3.

W związku z powyższym, Konsorcjum Kobyłarnia złożyło ofertę, która nie uwzględnia wybudowania drogi w sposób wynikający z wymagań Zamawiającego, co w konsekwencji oznacza, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia i powinna być odrzucona.

Nieuwzględnienie przez Konsorcjum Kobyłarnia wymagań Zamawiającego dotyczących docelowego przekroju drogi powoduje, że cena oferty tego wykonawcy jest znacznie niższa niż cena pozostałych ofert. To właśnie fakt nieuwzględnienia powyżej opisanych wymagań

Zamawiającego przez Konsorcjum Kobylarnia pozwoliło na uzyskanie najniższej ceny spośród innych ofert.

Uwzględnienie bowiem wymagań dotyczących docelowego przekroju drogi powoduje znaczące koszty wykonania robót budowlanych. Przede wszystkim ma to wpływ na koszty:

- prac ziemnych (większy zakres prac, z uwagi na konieczność przygotowania szerszych nasypów pod drogę, umożliwiających w przyszłości wykonanie pasa 3),
- humusowanie z obsiewem – konieczność jego wykonania na większej powierzchni niż w przypadku drogi w układzie 2x2. Miejsce na trzeci pas ruchu powinno zostać obsiane,
- odwodnienia – konieczność zastosowania innych urządzeń z uwagi na większą ilość wody opadowej przy układzie docelowym,
- wykonania wiaduktów (WS i WD), mostów, przejść dla zwierząt w ciągu drogi – długość wiaduktu powinna być dłuższa i uwzględniać dodatkowy, trzeci pas ruchu w każdym kierunku.

Koszt tych prac powoduje, że cena oferty Konsorcjum Kobylarnia w zakresie wykonania Robót powinna być wyższa nawet o 7%.

Zaniechanie uwzględnienia konieczności wykonania zamówienia uwzględniającego przekrój docelowy drogi powoduje również, że Konsorcjum Kobylarnia zaniżyła koszty ogólne wykonania zamówienia. Potwierdzają to poniższe okoliczności:

- przyjęty czas realizacji zadania jest krótszy, co znajduje swoje przełożenie w krótszym okresie zatrudnienia kadry, zaangażowaniu sprzętowym i organizacyjnym,
- mniejszy zakres robót ziemnych i konstrukcyjnych ma wpływ na mniej napięte łańcuchy logistyczne oraz mniejsze narażenie wykonawcy na roszczenia z tytułu napraw nawierzchni,
- globalne ryzyko związane z prowadzeniem projektu jest mniejsze – z uwagi na mniejszą skalę czynników i krótszy okres narażenia na ich wystąpienie,
- przepływy pieniężne rozłożone są na krótszym odcinku czasu, co pozwala na uzyskanie bardziej korzystnej sytuacji finansowej przedsiębiorstwa,
- zakres gwarancji jest ograniczony, gdyż obejmuje mniejszą ilość elementów poddanych potencjalnym defektom,
- mniejszy zakres robót ma wpływ na mniejszy zakres prac projektowych.

Powyższe oznacza, że nieuwzględnienie w ofercie wymagań dotyczących docelowego przekroju drogi ma znaczący wpływ na cenę oferty i powoduje brak możliwości wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Jednocześnie oferta taka jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi przede wszystkim z PFU, co powinno powodować odrzucenie oferty. Zamawiający zaniechał podjęcia takiej czynności wobec oferty Konsorcjum Kobylarnia, pomimo tego, że z Wyjaśnień 1 wynika, że Konsorcjum Kobylarnia nie uwzględniło wymagań Zamawiającego dotyczących docelowego przekroju drogi. Z kolei jak wynika z pytania ad. 65 (Wezwanie 2), pomimo stwierdzenia przez Zamawiającego niezgodności z wymaganiami SWZ Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, ale prowadził dalsze wyjaśnienia, które miały doprowadzić do zmiany oferty Konsorcjum Kobylarnia i zapewnienia jej zgodności z SWZ – działania takie należy jednak zakwalifikować jako niedozwolone negocjacje treści oferty wykonawcy w rozumieniu art. 223 ust. 1 PZP.

W dniu 16 lutego 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie, który w pisemnym stanowisku poparł zarzuty postawione przez Odwołującego oraz wniósł o uwzględnienie odwołania w całości. Tego samego dnia przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum Kobylarnia S. A. z siedzibą w Brzozie i MIRBUD S. A. z siedzibą w Skierniewicach, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 24.02.2022 r., Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy, powołując się na zadawane w toku postępowania pytania oraz odpowiedzi. Zdaniem Zamawiającego, w SWZ nie zostały wskazane techniczne wymagania czy przejście dla zwierząt ma być wykonane jako jeden obiekt inżynierski czy też kilka obiektów, a jedynie jakie przeszkody mają być pokonane w ramach przejścia dla zwierząt. Jedno przejście dla zwierząt górą nad kilkoma przeszkodami można wykonać stosując różne, tak samo prawidłowe rozwiązania techniczne, tj. wykonać jeden obiekt inżynierski pokonujący kilka przeszkód lub kilka niezależnych konstrukcji stanowiących funkcjonalnie jeden obiekt inżynierski, przy czym funkcjonalnie dalej będzie to jedno przejście dla zwierząt. Bowiem realizacja zarówno wariantu pierwszego jak i drugiego, wymienionych wyżej, skutkuje powstaniem jednego przejścia, a nie dwóch odrębnych.

Wobec powyższego, Zamawiający uznał za prawidłowe odpowiedzi wykonawcy i nie zidentyfikował niezgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia przez Konsorcjum Kobylarnia w ofercie wymagań dotyczących docelowego przekroju drogi 2x3, Zamawiający podkreślił, że odpowiedź pisemna Konsorcjum potwierdziła zgodność oferty i założeń wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SWZ, jednakże załączony rysunek, niejednoznacznie w ocenie Zamawiającego, obrazował opisane w odpowiedzi rozwiązania. Na rysunku zostały nałożone dwa przekroje, jeden linią przerywaną i kolejny linią ciągłą. W związku z tą niejasnością, Zamawiający w celu uzyskania pewności, co do rozumienia przedmiotu zamówienia zadał Konsorcjum dodatkowe pytanie. Nie stwierdził natomiast niezgodności oferty Konsorcjum z wymaganiami SWZ. Załączenie do udzielonych odpowiedzi przekrojów, było działaniem dodatkowym. Zamawiający nie określił sposobu sporządzenia przekroju oraz przedstawienia założeń i lokalizacji, tym samym decyzję w tym zakresie podejmował wyłącznie wykonawca. Zatem w sytuacji, w której Zamawiający nie miał pewności, czy prawidłowo odczytuje rysunek przedstawiony przez Konsorcjum, za słuszne uznał zadanie pytania dodatkowego.

W odpowiedzi na pytanie 65 Zamawiający uzyskał potwierdzenie, że dna rowów zostaną zaprojektowane zgodnie z założeniami, tj. na układ docelowy. Na potwierdzenie zostały dołączone również przekroje poprzeczne. Tym samym brak było podstaw do uznania, że oferta jest niezgodna z SWZ i winna ulec odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. W ocenie Zamawiającego, na skutek zadanych pytań i udzielonych odpowiedzi, w żadnym stopniu nie doszło do zmiany oferty Konsorcjum celem dostosowania jej do wymagań określonych w SWZ.

Mając na uwadze przedstawioną przez siebie argumentację, wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu, w dniu 25 lutego 2022 r., Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego przedstawił pisemne stanowisko w sprawie, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego w załączniku nr 6 do odwołania, jest jedynie jednym z możliwych do przyjęcia rozwiązań w ramach projektowanego zadania. Nie jest to natomiast jedyne prawidłowe rozwiązanie w zakresie wykonania obiektu jakim jest przejście dla zwierząt, gdyż w praktyce funkcjonują także inne rozwiązania, w tym takie jak zaoferował Przystępujący. Obrazując, jako potwierdzenie powyższego, przedstawił przykłady innych realizacji obiektów analogicznych do realizowanego w niniejszym postępowaniu. Podkreślił, że w ramach rozwiązania przez niego zaproponowanego powstanie jedno przejście górne dla dużych zwierząt, umożliwiające pokonanie kilku przeszkód.

Jego zdaniem, brak jest także dowodów, że rozwiązanie zaproponowane przez Przystępującego, jest niezgodne z decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska, z której wynika jedynie, że ma być wykonane jedno przejście dla zwierząt. Jak dodaje, Zamawiający nie narzucił rozwiązań projektowych, w tym konstrukcji przejścia dla zwierząt. To, co wiązało wykonawców na mocy decyzji środowiskowej, to to by dany obiekt spełniał swoje funkcje środowiskowe (jednego korytarza ekologicznego zapewniającego integralność obszaru po obu stronach drogi). Zaoferowane przez Przystępującego rozwiązanie nie stanowi dwóch oddzielnych przejść dla zwierząt. Jak najbardziej prawidłowe było zatem zaproponowanie rozwiązania, które umożliwi pokonanie przeszkód za pomocą kilku obiektów, z zastrzeżeniem, że będą one stanowić funkcjonalną całość. Bezzasadność postawionego zarzutu, wynika zdaniem Przystępującego, już samej korespondencji prowadzonej z Zamawiającym w ramach postępowania, w tym m. in. z pytania 64 i odpowiedzi na to pytanie.

Pytanie zamawiającego, w którego treści znajdowało się stwierdzenie „*czy dwa odrębne obiekty inżynierskie czy jeden wspólny*”, zmierzało do uzyskania informacji na temat przyjętych rozwiązań konstrukcyjnych, które nie zostały przesądzone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Zamawiający zmierzał zatem do poznania założeń projektowych i konstrukcyjnych i w konsekwencji do ich weryfikacji pod kątem wymagań w tym zakresie przewidzianych w dokumentach zamówienia, tj. czy dane rozwiązanie zapewnia jedno przejście dla zwierząt oraz czy pokonuje wszystkie przeszkody.

Jak podkreślał Przystępujący, w pytaniu ad. 64 Zamawiający dopytywał przede wszystkim o kwestię związaną z uwzględnieniem drogi dojazdowej D2/11. Rysunek złożony przez Przystępującego na pierwsze wezwanie referował ściśle do pytania Zamawiającego, które Przystępujący zrozumiał jako pytanie dotyczące drogi S i linii kolejowej. W tym miejscu Przystępujący podnosi, że również inni wykonawcy byli dopytywani przez Zamawiającego o to, czy uwzględnili drogę dojazdową w ramach przyjętych przez nich rozwiązań projektowych dotyczących przejścia dla zwierząt. To potwierdza, że tak samo jak Przystępujący inni wykonawcy nie odkodowali intencji zawartej w pytaniu Zamawiającego, że pod użytym w pytaniu pojęciem droga należy rozumieć dwie drogi. A zatem Przystępujący podkreśla, że z rysunku tego nie miało wynika jak podnosi Odwołujący, że przejścia dla zwierząt nie będzie również nad drogą dojazdową.

Zamawiający zorientował się, że został źle rozumiany przez wykonawców i zapewne dlatego dalej dopytywał wykonawców już tylko o kwestię drogi dojazdowej. Przystępujący udzielił kategorycznej odpowiedzi w tym zakresie, co nie jest kwestionowane przez Odwołującego. Odnosząc się dalej do argumentów Odwołującego, Przystępujący oświadcza,

że to nieprawda, że przyjęcie dwóch obiektów (funkcjonalnie jedna całość) oznacza, że obiekt nie będzie obejmował równocześnie drogi dojazdowej. Odwołujący nie może porównywać swojej oferty do oferty Przystępującego. Przystępujący przewidział, że obiekt obejmuje jednocześnie drogę S i drogę dojazdową, co jest zgodne z PFU i praktyką zamówienia przy innych podobnych inwestycjach.

Przystępujący podniósł, że rysunek był schematyczny, a nie szczegółowy, koncentrował się na rozwiązaniach konstrukcyjnych i nie musiał zawierać wszystkich szczegółów otoczenia takich jak w projekcie budowlanym.

Przystępujący przyjął do oferty wykonanie przejścia górnego dla zwierząt dużych czyli budowlę umożliwiającą przejście w jednej linii (w tym przypadku nad przeszkodami - linią kolejową, droga D2/11, drogą ekspresową i terenem na potrzeby utrzymania), a nie jak twierdzi Odwołujący dwa przejścia górne dla zwierząt dużych. Interpretacja warunków zamówienia dokonana przez Przystępującego i przyjęte założenia są prawidłowe, co potwierdza dokumentacja postępowania. Tym samym, Zamawiający jak najbardziej prawidłowo ocenił ofertę Przystępującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego docelowych przekrojów drogi, Przystępujący podkreślił, że niezasadne jest twierdzenie odwołania, że Przystępujący nie uwzględnił w ofercie wymagań dotyczących docelowego przekroju drogi. Wymóg w tym zakresie był jasny dla wszystkich wykonawców, w tym również dla Przystępującego i stanowił jeden z podstawowych wyjściowych parametrów. Zamawiający w postępowaniu nakazał wybudowanie drogi o przekroju 2x2 tj. 2 pasy ruchu w jednym kierunku. Jednocześnie wymagał aby niektóre elementy robót, w tym niektóre obiekty mostowe i elementy odwodnienia były projektowane pod przyszłą rozbudowę drogi ekspresowej o 3 pasy.

Wszystkie z przytoczonych w uzasadnieniu odwołania punkty PFU zostały uwzględnione przez Przystępującego przy sporządzeniu oferty i brak jest dowodu przeciwnego.

Z treści wyjaśnień dotyczących pytania 65 wynika wprost, że Przystępujący przewidział oraz wycenił wykonanie robót budowlanych przy uwzględnieniu wymagań dla układu docelowego 2x3, w zakresie określonym przez Zamawiającego, czego Odwołujący nie kwestionuje (str. 12 odwołania pkt. 3.4, w którym Odwołujący przyznaje, że treść wyjaśnień potwierdza spełnienie wymagań Zamawiającego). Interpretowanie samych rysunków przez Odwołującego w oderwaniu od treści oferty oraz wszystkich oświadczeń i wyjaśnień jest całkowicie błędne.

Przede wszystkim ze złożonych rysunków nie wynika, na co powołuje się Odwołujący, że Przystępujący zamierza umiejscowić rów oraz drogę technologiczną bez uwzględnienia przekroju docelowego (2x3), czyli że zaoferował świadczenie polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu drogi z pominięciem układu docelowego dla pewnych elementów robót. Przystępujący przekazał Zamawiającemu rysunek, na którym linią przerywaną zaznaczono układ docelowy wraz z rowem dla tego układu oraz linią ciągłą zobrazowano układ z koncepcji wraz z odpowiednim rowem. Intencja rozróżnienia obu przekrojów (2x2 i 2x3), jak się wydaje, nie została zrozumiana przez Zamawiającego. Stąd dopytanie w tym przedmiocie. Zamawiający, co wynika z pytania nr ad. 65 sformułowanego w wezwaniu z dnia 20 października 2021 r., zinterpretował przedstawione przez Przystępującego przekroje, w ten sposób że uznał, że przekrój docelowy został zaprezentowany za pomocą linii ciągłej.

Przystępujący podkreślił, że żaden z oferentów nie był zobowiązany do opracowania rozwiązań szczegółowych na etapie składania oferty. Również z treści pytania nr 65 nie wynika, że Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy w odpowiedzi przedstawienia gotowych rozwiązań projektowych. Co istotne, Zamawiający nie oczekiwał również złożenia przekrojów normalnych, tym bardziej, nie precyzował sposobu sporządzenia przekroju oraz przedstawienia założeń i lokalizacji w zakresie wymaganym. A zatem pytanie miało charakter otwarty i decyzji wykonawcy pozostawiono w jaki sposób wyjaśni poruszaną kwestię. Przystępujący postępując z należytą starannością, w celu zapewnienia Zamawiającego odnośnie prawidłowego zinterpretowania przedmiotu zamówienia, przedstawił nie tylko wyjaśnienia w przedmiocie przyjętych założeń, które nie budzą żadnych wątpliwości co do uwzględnienia układu docelowego dla danych elementów robót, ale również dodatkowo złożył przekroje normalne, które wyrysował zgodnie z obowiązującymi zasadami, a w tytule wskazał układ docelowy 2x3.

Wyrysowanie na przekrojach normalnych, złożonych na pierwsze wezwanie, układu docelowego za pomocą linii przerywanej, nie stanowi sprzeczności oferty z warunkami zamówienia. Rysunek towarzyszący wyjaśnieniom nie stanowi oferty. Ofertą nie jest również objęta docelowa inwestycja w układzie 2x3. Odwołujący o sprzeczności oferty z warunkami zamówienia wnioskuje z samego faktu dopytania Przystępującego przez Zamawiającego. Tymczasem, sam Odwołujący był również dopytywany po udzieleniu odpowiedzi na tożsame pytanie nr 65 skierowane do niego. Potwierdza to ocenę Przystępującego odnośnie tego, że Zamawiający sformułował pytanie otwarte, a na tak postawione pytanie wykonawcy w różny sposób zareagowali. Jak się następnie okazało w sposób niewystarczający dla Zamawiającego, który chcąc mieć pewność właściwego zrozumienia przedmiotu zamówienia, zwrócił się o dalsze wyjaśnienia nie tylko do Przystępującego i Odwołującego,

ale również do pozostałych wykonawców. Przystępujący potwierdza, że do wyliczeń robót w omawianym zakresie przyjął układ docelowy, który został oznaczony na pierwszym rysunku linią przerywaną i tak też wyjaśniał zarówno na pierwsze, jak i drugie wezwanie.

W zakresie zarzutu dotyczącego niedozwolonych negocjacji, Przystępujący wskazał w swoim stanowisku, że analizując treść odpowiedzi na pytanie 65, nie dokonane zostały żadne zmiany treści złożonego pierwotnie oświadczenia woli, w tym nie zmienione zostały udzielone pierwotnie wyjaśnienia. Rysunek złożony na drugie wezwanie w założeniach pozostał ten sam, zmienił się tylko w takim zakresie, że linia przerywana została wyrysowana tym razem linią ciągłą w zakresie przedstawienia rozwiązania docelowego jakie przyjął i wycenił Przystępujący. Zatem odpowiedź nr 2 to kolejne zapewnienia Zamawiającego o uwzględnieniu wymagań PFU (lokalizacja rowu odwadniającego dla przekroju 2x3).

Przystępujący podkreślił, że w związku z formułą zamówienia „zaprojektuj i wybuduj” konkretne rozwiązania projektowe będą powstawać na etapie realizacji danego zamówienia, a przedmiotem oferty jest koncepcja. Rysunki złożone w toku składanych wyjaśnień nie stanowią dokumentacji projektowej, tym samym nie można od nich wymagać takiej samej szczegółowości, a z braku pewnych elementów wnioskować o sprzeczności. Koncepcja wykonawcy przyjęta do oferty odpowiada warunkom zamówienia.

Rysunki przedstawiające przekrój drogi ekspresowej, były przygotowane pod treść pytania, a więc nie mogą być podstawą do twierdzeń iż powinny one zawierać one także wszystkie inne elementy służące do kalkulacji ceny oferty. Celem tych rysunków nigdy nie było pokazanie wszystkich kosztów koniecznych do realizacji inwestycji (w tym prac ziemnych, humusowania z obsianiem, odwodnienia, wykonania wiaduktów, mostów, przejść dla zwierząt).

Podniósł również Przystępujący z ostrożności procesowej, że brak jest podstaw do obciążania Przystępującego negatywnymi konsekwencjami niejednoznacznych zapisów SWZ. Przywołał także argumenty dotyczące wadliwie przygotowanego odwołania w niniejszej sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba

ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawcę Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum Kobylarnia S. A. z siedzibą w Brzozie i MIRBUD S. A. z siedzibą w Skierniewicach, zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego, ustalając, że przystąpienia wpłynęły w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, tj.: decyzję Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Bydgoszczy z dnia 23.03.2021 r., opinię Politechniki Gdańskiej Wydział Inżynierii Lądowej i Środowiska Katedra Wytrzymałości Materiałów z dnia 22.02.2022 r., opinię NATURPROJEKT z dnia 24 lutego 2022 r., opinię Dr hab. inż. A. M. z dnia 24.02.2022 r., rysunki przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego i Przystępującego, tj. rysunek dot. Obiektu 05_PZGD_rew.04, rysunku przedstawiającego przekrój docelowy opisanego jako „Rozwiązanie zgodne z zapisami kontraktowymi- SIWZ”, rysunku przedstawiającego przekrój docelowy opisanego jako „Rozwiązanie niezgodne z zapisami kontraktowymi- SIWZ”, rysunku opisanego jako rozwiązanie Konsorcjum Kobylarnia z wnioskiem: „Definicja długości całkowitej obiektów wskazuje na zastosowanie dwóch niezależnych obiektów”, rysunku w skali 1:100 opisanego jako rozwiązanie konsorcjum Kobylarnia. Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba oparła się jednak tylko na niektórych z nich, co zostanie podkreślone w treści uzasadnienia. Zdaniem Izby nie wszystkie dowody były przydatne do rozstrzygnięcia sprawy, z uwagi na przyjęcie odmiennej oceny zaistniałego na tle ustalonego stanu faktycznego zagadnienia prawnego, którego zakwalifikowanie miało kluczowe znaczenie dla wyniku sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz-Toruń, odcinek 3 od węzła Solec do węzła Toruń Zachód. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w TOM III SWZ, tj. Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: „PFU”).

Zgodnie z tabelą 1.1 pozycja 5 PFU, znajdującej się w sekcji 1.1.3.3 pn. „*Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich*”, uwzględniając dokonaną przez Zamawiającego zmianę nr 39 SWZ:

Lp.	Kilometraż orientacyjny wg. DŚU/KP/STEŚ-R	Przeszkoda (kolizja trasy głównej z przeszkodą)	Parametry funkcjonalne przeszkód	Rodzaj obiektu inżynierskiego
5	Wg decyzji GDOŚ ok. 25+500	Trasa główna S-10 z rezerwą na trzeci pas ruchu i teren utwardzony na potrzeby utrzymania oraz droga dojazdowa D2/11 i linią kolejową	Parametry zgodne z decyzją środowiskową	PZGd*

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie O.3_20.3 (zestaw 27, tura 7 z dnia 17.08.2021 r.): „Tabela nr 1.1. stanowi Wykaz obiektów inżynierskich nowoprojektowanych z informacją o przeszkodach koniecznych do przekroczenia przez elementy między innymi trasy głównej, łącznic, dodatkowych jezdni oraz innych dróg. Roboty należy zrealizować między innymi zgodnie z pkt 1.1.3.2 PFU”.

Zgodnie z decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z dnia 4 czerwca 2021 r. (numer: DOOŚ-WDŚZIL.420.8.2020.mk.49), punkt 24:

„W celu zapewnienia możliwości migracji zwierząt dużych wykonać przejścia zlokalizowane w: (...)

- ok. km 25+500 – przejście górne nad trasą S-10 oraz linią kolejową nr 18 o minimalnej szerokości 40m”.

Zgodnie z odpowiedziami na pytania do SWZ:

- pytanie numer O.3_128.21 (zestaw 18, tura 6 z dnia 17.08.2021 r.): Czy Zamawiający, w ramach ceny kontraktowej, dopuszcza możliwość wykonania niezależnych obiektów nad drogą ekspresową S-10 i linią kolejową LK-18 w kilometrze ok. 25+500 (obiekt nr 5 w tabeli 1.1.)? Odpowiedź: „W DSU wskazano, że w km ok. 25+500 należy wykonać przejście górne nad trasą S10 oraz linią kolejową nr 18 o minimalnej szerokości 40 m. Konstrukcja tego obowiązku wskazuje, że należy wykonać jedno przejście nad trasą S10 i linią kolejową.”

- pytanie numer O.3_2.2 (zestaw 36, tura 8 z dnia 18.08.2021 r.): a) Czy zamawiający dopuszcza wykonanie zamiast jednego obiektu dwóch odrębnych obiektów tj. jednego nad infrastrukturą kolejową i jednego nad infrastrukturą drogową. Odpowiedź: „W DSU wskazano, że w km ok. 25+500 należy wykonać przejście górne nad trasą S10 oraz linią kolejową nr 18 o minimalnej szerokości 40 m. Konstrukcja tego obowiązku wskazuje, że należy wykonać jedno przejście nad trasą S10 i linią kolejową”.

Odpowiedź na pytanie O.3_181.101 (zestaw 17, tura 2 z dnia 04.08.2021 r.): „Przejścia dla zwierząt należy wykonać zgodnie z decyzją środowiskową”.

- pytanie numer O.3_157.2 (zestaw 19, tura 6 z dnia 17.08.2021 r.) : „Czy w kontekście zapisów PFU pkt. 1.2 „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia” pkt. 2) b) „ilość obiektów inżynierskich ze wskazaniem zmian Decyzji GDOŚ (zał. nr 1)” wiążąca jest ilość obiektów czy jednak zgodnie z tab. 1.1 PFU wiążąca jest ilość przeszkód”? Odpowiedź: „Nie ma jednoznacznej zależności pomiędzy ilością obiektów inżynierskich a ilością przeszkód do pokonania. Wielokrotnie jeden obiekt będzie pokonywał więcej niż jedną przeszkodę. Dla Wykonawcy wiążąca jest zarówno ilość obiektów jak i ilość przeszkód. Ilości obiektów oraz ilości i rodzaj przeszkód podano w PFU w tabeli 1.1. W pkt 1.2 PFU przedstawiono zakres wiążący dokumentu STEŚ-R, m. in. w zakresie ilości obiektów inżynierskich ze wskazaniem zmian Decyzji GDOŚ (załącznik nr 1)”.

Zgodnie z PFU:

- „Przekrój budowany: 2x2, przekrój docelowy: 2x3”,

- „Geometrię węzłów należy dostosować do docelowego przekroju” (pkt 1.1.3.2),

- „Projektując system odwodnienia należy obliczyć, zaprojektować i wybudować zbiorniki i urządzenia podczyszczające wody opadowe na przekrój docelowy przyjmując rozwiązania optymalizujące wysokość kosztów utrzymania i rozbudowy do przekroju docelowego” (pkt 1.1.3.5),

- „Wszystkie urządzenia ww. sieci (wodociągowych, gazowych, energetycznych itd.), należy lokalizować w liniach rozgraniczających projektowanej drogi ekspresowej, lecz wyłącznie po wewnętrznej stronie projektowanego ogrodzenia drogowego i linii podziałów wewnętrznych (tj. w docelowym pasie drogowym drogi krajowej), nie należy lokalizować przedmiotowej infrastruktury w pasie drogi, której przekazanie planowane jest innym zarządcom” (pkt 2.1.17.1),

- „Urządzenia do podczyszczania wód opadowych, określonych w pkt 2), 3), 4) należy lokalizować z uwzględnieniem docelowego przekroju drogi głównej” (pkt 2.1.13),
- „Obiekty nad drogą ekspresową powinny być zaprojektowane dla docelowego przekroju drogi ekspresowej” (pkt 2.1.16.1.2),
- „Ze względu na przewidzianą dla przekroju docelowego rezerwę terenu na trzeci pas na zewnątrz wymaga się, aby nowe obiekty nad drogą ekspresową uwzględniały trzy pasy ruchu na drodze ekspresowej” (pkt 2.1.16.1.3).

Zgodnie z pytaniem do SWZ:

- pytanie O.3_128.26: MOSTY: „Czy Zamawiający wymaga wykonania rezerwy na 3 pas ruchu dla obiektów w ciągu drogi ekspresowej?” Odpowiedź: „Obiekty WS mają być zaprojektowane i zrealizowane w przekroju 2x2 o konstrukcji umożliwiającej poszerzenie obiektu o trzeci pas ruchu. Zadanie obejmuje budowę drogi ekspresowej o przekroju 2x2 z rezerwą terenu pod trzeci pas ruchu, po zewnętrznej stronie jezdni głównych. Wykonawca zobowiązany jest zaprojektować i wykonać odwodnienie pasa drogowego dla układu docelowego o przekroju 2x3, w zakresie przebiegu i parametrów przepustów pod korpusem drogi i rowów drogowych. Parametry zbiorników należy przyjąć na podstawie obliczeń hydrologicznych dla przekroju 2x2. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w pasie drogowym rezerwę terenu pod rozbudowę zbiorników do parametrów docelowych. Pozostałą infrastrukturę należy zaprojektować i wykonać dla przekroju 2x2”.

Zgodnie ze zmianą 32 do SWZ: Zamawiający zmienia w PFU pkt 1.1.3.1 PFU poprzez dodanie zapisu po parametrach drogi ekspresowej:

„(...)

Wykonawca w terminie 5 miesięcy od podpisania umowy przedstawi koncepcję rozwiązań sytuacyjno-wysokościowych realizowanego odcinka drogi ekspresowej uwzględniającą przekrój docelowy 2x3. Powyższe ma na celu zminimalizowanie robót traconych w przypadku rozbudowy drogi do przekroju 2x3. Opracowanie winno zawierać w szczególności rozwiązania uwzględniające:

- docelowe parametry i przebieg przepustów i rowów przy trasie głównej oraz docelowe parametry i lokalizację zbiorników;
- docelowe skomunikowanie węzłów oraz MOP i OD (jeżeli występują) z trasą główną;

- *niezbędny zakres przebudowy infrastruktury kolizyjnej.*

(...)”.

Zamawiający dokonując oceny ofert złożonych w postępowaniu, pismem z dnia 15.09.2021 r., wezwał wykonawcę Kobylarnia w trybie art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy PZP, do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z pytaniem 64: *„Prosimy o wskazanie, jakie rozwiązanie projektowe dla branży mostowej obiektów z poz. 5 Tabeli nr 1.1 PFU przyjął Wykonawca do wyceny oferty. Wyjaśnienia powinny wskazywać w szczególności czy Wykonawca zamierza realizować dwa odrębne obiekty inżynierskie nad linią kolejową i drogą czy jeden wspólny, założenia kształtowania najść dla zwierząt w obrębie tych obiektów oraz założenia konstrukcyjne”.*

Zgodnie z pytaniem 65: *„Czy Wykonawca przewidział wykonanie robót budowlanych przy uwzględnieniu wymagań dla układu docelowego (przekrój 2x3) w zakresie określonym przez Zamawiającego? Prosimy o przedstawienie założeń parametrów i lokalizacji elementów przekroju normalnego drogi ekspresowej w zakresie pasa dzielącego, jezdni, rowów i poboczy”.*

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 64: *„Wykonawca informuje, że do wyceny Oferty na etapie jej przygotowania przyjął rozwiązanie projektowe dla branży mostowej obiektów z poz. 5 Tabeli nr 1.1 PFU, przewidywane jako dwa odrębne obiekty inżynierskie o konstrukcji powłokowej, w postaci:*

- odrębnego obiektu inżynierskiego nad linią kolejową oraz

- osobnego obiektu o konstrukcji powłokowej składającego się z dwóch przęseł nad drogą ekspresową, według zamieszczonego poniżej szkicu (szczegółowe rysunki wykonawca przekazuje jako Załącznik nr 4.)”.

„Kształtowania najść dla zwierząt w obrębie tych obiektów przyjęto w oparciu o Obecnie obowiązujące przepisy, wytyczne do projektowania i zapisy decyzji RDOŚ i GDOŚ. Oba obiekty przyjęto o konstrukcji gruntowo-powłokowej z blach falistych. Obiekty nad linią kolejową i drogą ekspresową są osobnymi konstrukcjami, jedynie łączy je wspólny nasyp po którym migrują zwierzęta. W strefie między linią kolejową a drogą ekspresową nasyp jest obniżony do poziomu ok 5,5-6,0m nad terenem. Między dwoma konstrukcjami na nasypie do migracji zwierząt przewidujemy półkę, z której zwierzęta będą mogły zejść lub na nią wejść po najściach o pochyleniu 15%”.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 65:

„Wykonawca potwierdza, że przewidział i wycenił wykonanie robót budowlanych przy uwzględnieniu wymagań dla układu docelowego (przekrój 2x3), w zakresie określonym przez Zamawiającego w oparciu o rozwiązania przyjęte w koncepcji programowej. Wykonawca przewidział etapowanie przekroju normalnego i uwzględnił założenia wyznaczone przez Zamawiającego, czyli między innymi rezerwę pod 3 pas na zewnątrz w stosunku do osi drogi oraz docelowy przebieg rowów drogowych dla przekroju 2x3 (w nasypie rów odsunięty od korpusu na odległość umożliwiającą dobudowę 3 pasa – nasyp dla 2x2, w wykopie pobocze poszerzone o odległość umożliwiającą dobudowę 3 pasa – wykop dla 2x3 bez korytowania)”.

„Szczegóły założeń parametrów i lokalizacji elementów przekroju normalnego drogi ekspresowej w zakresie pasa dzielącego, jezdni, rowów i poboczy przedstawiono na poniższych przekrojach normalnych. Szczegółowe rysunki w tym zakresie wykonawca przekazuje jako Załączniki nr 5.1 i 5.2”.

Zgodnie z ponownym wezwaniem z dnia 20.10.2021 r., skierowanym do wykonawcy Kobyłarnia, Zamawiający poprosił o doprecyzowanie poruszanych kwestii.

Oдноśnie pytania 64: *„W nawiązaniu do przedstawionych przekrojów prosimy o uzupełnienia odpowiedzi w zakresie uwzględnienia drogi dojazdowej D2/11 gdyż z rysunków nie wynika aby droga była uwzględniona. Czy w przypadku braku uzgodnienia z PKP obiektu powłokowego nad linią kolejową w przedstawionej cenie Wykonawca zrealizuje obiekt o innej konstrukcji?”.*

Oдноśnie pytania 65: *„W związku z rozbieżnością pomiędzy udzieloną odpowiedzią a przedstawionymi rysunkami przekrojów Zamawiający chciałby uzyskać pewność prawidłowego zrozumienia przedmiotu zamówienia. Założeniem Zamawiającego jest wykonanie robót budowlanych dla układu docelowego tj. przekroju 2x3. Zgodnie z zapisami PFU i udzielonymi odpowiedziami na etapie postępowania przetargowego, lokalizacja rowów oraz rzędne dna rowów powinny być zaprojektowana na układ docelowy. Przedstawione przez Państwa przekroje normalne zaprzeczają temu. Rozbieżność ta ma znaczący wpływ na ilość robót ziemnych. Prosimy o wyjaśnienie tej kwestii”.*

Zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 27.10.2021 r., złożonymi w odpowiedzi na ww. wezwanie:

Oдноśnie pytania 64: *„Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w Ofercie konieczność zaprojektowania i budowy drogi dojazdowej D2/11. Wykonawca potwierdza, że*

przeanalizował i uwzględnił w cenie Oferty (jako ryzyko) ewentualną konieczność wykonania obiektu o innej konstrukcji niż powłokowa”.

Odnosnie pytania 65: „Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w Ofercie, wynikającą z zapisów PFU i udzielonych odpowiedzi na pytania na etapie postępowania przetargowego, konieczność zaprojektowania i zrealizowania rowów, z dostosowaniem ich lokalizacji oraz rzędnych dna rowów do zgodnego z założeniem Zamawiającego układu docelowego, tj. jest wykonanie tego zakresu robót budowlanych jak dla układu docelowego o przekroju 2x3. W załączeniu szkic”.

Pismem z dnia 15.12.2021 r., Zamawiający poinformował o wyborze w postępowaniu oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Konsorcjum: Kobylarnia S. A. i MIRBUD S. A. Następnie, pismem z dnia 31.01.2022 r., w związku z wyrokiem KIO 3762/21 z dnia 17 stycznia 2022 r., Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Następnie w dniu 01.02.2022 r., Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, który to wybór był tożsamy z wcześniej unieważnionym. Konsorcjum KOBYLARNIA S. A. i MIRBUD S. A. otrzymało w ramach punktacji 100 punktów. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego - PORR S. A. z wynikiem 95,14 punktów.

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, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy Konsorcjum: Kobylarnia S. A., Mirbud S. A. (dalej: Konsorcjum), w zakresie zaproponowanego przejścia dla zwierząt, Izba wskazuje, co następuje.

Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty ze SWZ polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i

nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru (tak w odniesieniu do poprzedniego stanu prawnego: wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2021 r., KIO 1103/21).

Przy czym zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są zapisy SWZ - jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Ponadto zasadą jest, że niezgodność oferty z SWZ musi być jednoznacznie wykazana, a istniejące wątpliwości w zakresie interpretacji postanowień SWZ w zakresie wymagań Zamawiającego nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy (tak: wyrok z dnia 25 maja 2021 r., KIO 992/21).

Innymi słowy, podstawą dla zastosowania sankcji jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, musi być stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych merytorycznych aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie można jednak sankcji takiej zastosować w sytuacji, gdy wymagania te pozostawiają pewne pole do interpretacji. W takim wypadku wszelkie niejasności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Przechodząc od powyższych uwag na grunt analizowanej sprawy, wskazania wymaga, że zarówno zapisy PFU, treść decyzji środowiskowej, zmiany SWZ oraz odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców, nie przesądzały, że przejście dla zwierząt musi zostać wykonane w formie jednego obiektu inżynierskiego. Tabela 1.1 PFU po zmianie nr 39 SWZ określała jedynie funkcję jaką zbudowany obiekt ma realizować – powinien pokonywać przeszkody w postaci trasy S10 z rezerwą na trzeci pas ruchu i terenu utwardzonego na potrzeby utrzymania oraz drogi dojazdowej D2/11 i linii kolejowej. Nie można zdaniem Izby jednoznacznie wyinterpretować z treści tabeli, tak jak twierdzi Odwołujący, że wykonawca miał wykonać jeden obiekt inżynierski umożliwiający pokonanie ww. przeszkód. Chodziło o jedno przejście dla zwierząt, jednak bez sprecyzowania szczegółowych wymagań konstrukcyjnych.

Nie wynika obowiązek wybudowania jednego obiektu inżynierskiego również z decyzji Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska, w której mowa tylko o jednym przejściu górnym dla zwierząt, bez sprecyzowania w jaki sposób to jedno przejście miałyby zostać wykonane. Również w samej specyfikacji Zamawiający nie sprecyzował, czy pod pojęciem „obektu” należy rozumieć jeden obiekt inżynierski czy też możliwym jest wybudowanie „obektu” przy pomocy dwóch odrębnych obiektów inżynierskich.

Izba przychyliła się w tym zakresie do argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego, że interpretując postanowienia dokumentacji w zakresie budowy przedmiotowego przejścia dla zwierząt, przyjąć można jego wykonanie przy pomocy różnych, jednak tak samo prawidłowych rozwiązań technicznych, przy czym funkcjonalnie wybudowany obiekt będzie jednym przejściem dla zwierząt.

W odpowiedziach na pytania, np. nr O.3_128.21 (zestaw nr 18), O.3.22.66 (zestaw nr 36), Zamawiający konsekwentnie podkreślał, że *„konstrukcja tego obowiązku wskazuje, że należy wykonać jedno przejście nad trasą S10 i linią kolejową”*. Nie sposób przy tym z takiej odpowiedzi wyinterpretować, że wskazuje ona na tylko jeden prawidłowy sposób budowy przejścia dla zwierząt. Jedynym jednoznacznym i nie budzącym wątpliwości wnioskiem wypływającym z ww. odpowiedzi jest to, że powinno zostać wykonane jedno przejście dla zwierząt (w postaci jednego korytarza ekologicznego o szerokości min. 40 m, zapewniającego możliwość przejścia dużych zwierząt – co wynika z decyzji środowiskowej), bez sprecyzowania jednak konkretnych wymagań konstrukcyjnych.

Nie można również z odpowiedzi na pytania kierowane do Konsorcjum wywodzić, że nie uwzględniło ono budowy przejścia dla zwierząt nad drogą dojazdową. Po pierwsze wskazać należy, że pytania kierowane były przez Zamawiającego w trybie art. 224 ustawy PZP, a więc celem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Z uwagi na to, intencją zadawanych pytań była ocena czy rozwiązania przyjęte przez wykonawców, uzasadniają cenę ofertową przez nich zaproponowaną. Zamawiający nie wymagał, a wykonawcy nie byli zobowiązani, by odpowiadając na te pytania wskazywać szczegółowe i ostateczne rozwiązania projektowe, jakie zamierzają zrealizować, a jedynie pewne założenia. Nie jest to również etap, na którym wykonawcy takimi ostatecznymi rozwiązaniami muszą dysponować. Zgodnie bowiem z formułą zastosowaną w niniejszym zamówieniu, tj. „zaprojektuj i buduj”, przedmiotem zamówienia jest także opracowanie szczegółowej dokumentacji projektowej. Oznacza to, że wszelkie szczegóły dotyczące konkretnych rozwiązań konstrukcyjnych będą opracowywane dopiero po uzyskaniu przez danego wykonawcę zamówienia. Z tego względu, rysunki dołączone do odpowiedzi na pytanie miały na celu jedynie potwierdzenie ich treści pisemnej, nie obrazując jednak ostatecznych rozwiązań projektowych.

Zdaniem Izby odpowiedź Konsorcjum na pytanie 64 należy czytać w ten sposób, że dla realizacji przejścia dla zwierząt pokonującego przeszkody w postaci drogi ekspresowej, linii kolejowej oraz drogi dojazdowej (przeszkody wyraźnie wyartykułowane w poz. 5 Tabeli 1.1, na którą Konsorcjum wskazało w odpowiedzi), Konsorcjum zamierza zrealizować dwa odrębne obiekty inżynierskie o konstrukcji powłokowej.

Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, treść pisemna odpowiedzi Konsorcjum była wystarczająca dla jej pozytywnej oceny przez Zamawiającego, jednak z uwagi na pewne wątpliwości jakie wyniknęły z zaprezentowanych rysunków, uzasadnionym było zadanie dodatkowego pytania, które jednak nie doprowadziło do zmiany treści oferty. Jak słusznie wskazał Przystępujący, odpowiedzi Konsorcjum referowały ściśle do pytań postawionych przez Zamawiającego, jednak nie można wywodzić, że na ich skutek nastąpiła niedozwolona zmiana treści oferty. Zdaniem Izby, z odpowiedzi Konsorcjum nie można również wywieść, że nie uwzględniło ono budowy przejścia dla zwierząt także nad drogą dojazdową. W każdym razie Odwołujący nie wykazał tej okoliczności.

Izba podzieliła również argumentację Zamawiającego i Przystępującego, że rysunki przedstawione w trakcie rozprawy przez Odwołującego, nie mogą stanowić jedynego prawidłowego rozwiązania w zakresie budowy przedmiotowego przejścia dla zwierząt. Zamawiający nie narzucił wykonawcom biorącym udział w postępowaniu sztywnych reguł, jakimi mieliby kierować się przy budowie tego obiektu, dlatego też należało uznać, że dopuszczalnym było posłużenie się różnymi rozwiązaniami, które funkcjonalnie zaspokoją potrzeby Zamawiającego.

Podsumowując, zdaniem Izby, kluczowym zagadnieniem dla oceny niniejszego zarzutu, była odpowiedź na pytanie, czy postanowienia specyfikacji oraz innych dokumentów jej towarzyszących, np. decyzji środowiskowej, jednoznacznie określały w jaki sposób należy zbudować obiekt w postaci przejścia dla zwierząt. Analiza dokumentacji postępowania nie pozwala na udzielenie odpowiedzi twierdzącej na tak postawione pytanie. Skoro zatem warunki w tym zakresie nie były jednoznacznie określone, należy taką niejednoznaczność interpretować na korzyść wykonawców i dopuścić rozwiązanie zarówno w formie jednego obiektu inżynierskiego jak też w formie dwóch obiektów inżynierskich, których wybudowanie doprowadzi do zrealizowania jednego przejścia dla zwierząt. Z tego względu nie można uznać oferty Przystępującego za niezgodną z warunkami zamówienia, co prowadzi do wniosku, że zarzut powinien zostać oddalony.

Izba postanowiła pominąć argumentacją Odwołującego dotyczącą niezgodności zaoferowanego przejścia dla zwierząt z obowiązującymi rozporządzeniami, gdyż zarzut ten nie został wyartykułowany w odwołaniu, a co za tym idzie, nie mógł być rozpoznany przez Izbę, stosownie do treści art. 555 ustawy PZP.

Odnosząc się natomiast do zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum, w zakresie zaproponowanego przekroju docelowego drogi, Izba doszła do podobnych wniosków, jak w przypadku zarzutu dotyczącego przejścia dla zwierząt.

Po pierwsze należy zwrócić uwagę, że przedmiot zamówienia i uszczegóławiające go odpowiedzi na pytania do SWZ, wyraźnie określały, że tylko niektóre elementy infrastruktury należało zaprojektować i wykonać dla przekroju docelowego 2x3 (tak: odpowiedź na pytanie O.3_128.26 oraz zmiana nr 32 do SWZ).

Następnie należy podkreślić, że zastosowana w przedmiotowym zamówieniu formuła „zaprojektuj i wybuduj” oznacza, że wszelkie szczegóły dotyczące konkretnych rozwiązań konstrukcyjnych będą opracowywane dopiero po uzyskaniu przez danego wykonawcę zamówienia. Konsorcjum odpowiadając zatem na pytania dotyczące wyjaśnień ceny (pytanie 65) i załączając pewne rysunki, potwierdzało nimi treść odpowiedzi pisemnych.

Ze stwierdzenia Zamawiającego w ponownym pytaniu 65, że „*Przedstawione przez Państwa przekroje normalne zaprzeczają temu*”, nie można wyinterpretować, że Zamawiający stwierdził niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum. Wątpliwości Zamawiającego, jakie pojawiły się w związku z przedstawieniem rysunków wynikały z błędnego ich zrozumienia. Przystępujący przedstawił bowiem przekrój, na którym nałożone były na siebie dwa układy, jeden linią przerywaną (układ docelowy 2x3) i drugi linią ciągłą (układ 2x2) . Brak było przy tym legendy, która umożliwiłaby prawidłowe zrozumienie rysunku przez Zamawiającego. W odpowiedzi na drugie wezwanie przedstawiony został przekrój poprzeczny, który rozwiał wątpliwości Zamawiającego. Nie można przy tym mówić o negocjacjach treści oferty, w sytuacji gdy Konsorcjum jedynie uszczegółowiło informacje przekazane na pierwsze wezwanie, które potwierdzały zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego, ale zostały błędnie zinterpretowane.

Co wymaga podkreślenia, pytanie 65 kierowane było do Konsorcjum w trybie wyjaśnień ceny. Jak natomiast zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie, w sytuacji, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwości co do kalkulacji danego elementu zamówienia, jest uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w budzącym wątpliwości zakresie (tak: wyrok z dnia 28 lipca 2021 r., KIO 1903/21). Skoro zatem przedstawione przez Konsorcjum rysunki pewne wątpliwości u Zamawiającego wzbudziły, pomimo wyczerpującego charakteru złożonych wyjaśnień, był on uprawniony do doprecyzowania tej kwestii przez zadanie kolejnego pytania.

Odwołujący podejmując próbę wykazania niezgodności oferty Konsorcjum z warunkami zamówienia, z jednej strony skupia się na rysunkach przedstawionych przez Konsorcjum, twierdząc, iż wynika z nich nieujęcie w ofercie Konsorcjum pewnych elementów, jakie były

wymagane w dokumentacji. Z drugiej zaś strony przedstawia własne rysunki, które jego zdaniem, obrazują prawidłowe zrealizowanie przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie.

Izba w tym zakresie przychyliła się do argumentacji Przystępującego, że rysunki przedstawiane w odpowiedziach na pytania, były przygotowane pod treść tych pytań. Nie musiały zatem zawierać one wszystkich innych elementów, jakie będą na nich wymagane dopiero przy opracowywaniu dokumentacji projektowej. Nie jest więc uprawnionym twierdzenie, że można wywodzić niezgodności treści oferty Konsorcjum w zakresie przekroju drogi na podstawie rysunku, który nie prezentował ostatecznego rozwiązania projektowego, a dodatkowo złożony był w odpowiedzi na pytanie nr 64, które dotyczyło zupełnie innego elementu przedmiotu zamówienia.

Z formuły wykonania niniejszego zamówienia wynika, że szczegółowe rozwiązania projektowe będą opracowywane dopiero po uzyskaniu przez wykonawcę zamówienia. Ponadto, nie można za uniwersalne traktować rozwiązań przedstawianych przez Odwołującego, gdyż przedstawiają one założenia Odwołującego, które nie muszą być takie same jak założenia innych wykonawców. Nie można więc wywodzić niezgodności treści oferty Przystępującego z faktu, że zaproponowane przez niego rozwiązanie różni się od tego zaproponowanego przez Odwołującego.

Zdaniem Izby, treść pisemna wyjaśnień Konsorcjum, poparta także przedstawionymi rysunkami, które wskutek pewnych wątpliwości interpretacyjnych były następnie uszczegóławiane, potwierdzały, że przedmiot zamówienia zaoferowany przez Konsorcjum spełnia wymogi określone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Fakt przeciwny nie został wykazany przez Odwołującego. Z tego względu zarzut ten również zasługiwał na oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....