

Sygn. akt: KIO 583/18

WYROK
z dnia 11 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: TRAKCJA PRKil S.A., ul. Złota 59/XVII p. 00-120 Warszawa (pełnomocnik) Mostostal Warszawa S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53 00-874 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Budimex S.A. ul. Stawki 40 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 583/18 po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **POLAQUA Sp. z o.o. Wólka Kozodawska, ul. Dworska 1 05-500 Piaseczno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 583/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: TRAKCJA PRKil S.A. (pełnomocnik), Mostostal Warszawa S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą lidera: ul. Złota 59/XVII p. 00-120 Warszawa** i zalicza w poczet**

kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: TRAKCJA PRKiI S.A., Mostostal Warszawa S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 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 w Warszawie Oddział w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn - Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 2: ode. węzeł Ełk Południe - węzeł Wysokie (wraz z wylotem w ciągu dk 16)”

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie im zamówienia – Konsorcjum: TRAKCJA PRKil S.A., Mostostal Warszawa S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego w ramach postępowania. Odwołujący stwierdził, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Bezprawne działania Zamawiającego zamknęły Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która zgodnie z kryterium oceny ofert zajęła drugą lokatę. Gdyby Zamawiający dokonał czynności względem oferty wykonawcy Polaqua Sp. z o.o. (dalej: Polaqua), to oferta tego wykonawcy zostałaby odrzucona, a oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający z naruszeniem przepisów Ustawy dokonał następujących czynności:

bezpodstawnie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Polaqua podlegającej odrzuceniu:

bezpodstawnie zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3a Ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Polaqua do uzupełnienia pełnomocnictwa dla p. T. B.; naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy przez niezastosowanie przepisu w celu odrzucenia oferty Polaqua jako zawierającej treść niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wnosi o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu: dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty: dokonanie czynności odrzucenia oferty Polaqua; dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje. Odwołujący w dniu 15 marca 2018 r. został zawiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy Polaqua. Czynność wyboru oferty była czynnością bezpodstawną, naruszającą interes Odwołującego.

Zamawiający pismami z dnia 11 grudnia 2017 r. i 8 lutego 2018 r. w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy wezwał Polaqua do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Złożone wskutek tych wezwań wyjaśnienia potwierdziły, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ.

1. Wskazać należy na fakt, że oświadczenia zawarte w wyjaśnieniach treści złożonej oferty przetargowej przekazane Zamawiającemu przez Polaqua za pomocą pism z dnia 12 stycznia 2018 r. oraz z dnia 15 lutego 2018 r., jak również oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 26 stycznia 2018 r., zostały podpisane przez osobę, która nie była umocowana do dokonania tych czynności. W dokumentacji przetargowej brak jest pełnomocnictwa p. T. ., który podpisał wyjaśnienia i oświadczenie. Zamawiający winien wezwać Polaqua do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa. Nie czyniąc tego naruszył art. 26 ust. 3a Ustawy. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa jest niezwykle ważne z punktu widzenia losu oferty Polaqua. Ewentualne nieuzupełnienie pełnomocnictwa w terminie wskazanym przez Zamawiającego skutkowałoby odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust, 7a Ustawy.

II. 1. Wezwaniem Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2017 r. (pytanie Zamawiającego nr 9 dotyczące branży mostowej) Polaqua zobowiązana została do wyszczególnienia wszystkich obiektów przedmiotowego zadania, z podaniem ich długości i szerokości. Dla obiektu oznaczonego symbolem PZG-34.5 Polaqua w wyjaśnieniach z dnia 12 stycznia 2018 r. podała długość całkowitą obiektu jako 61,0 m, natomiast szerokość jako 56,80 m (pozycja 12 tabelarycznego zestawienia przedstawionego w tej odpowiedzi), dowód: • wyjaśnienia Polaqua z dnia 12 stycznia 2018 r. (w dokumentacji przetargowej) Zamawiający nabral wątpliwości do przedstawionych długości i szerokości tego obiektu i w kolejnym wezwaniu (z dnia 8 lutego 2018 r.) zwrócił się do Polaqua o uzupełnienie i uszczegółowienie wyjaśnień dotyczących obiektu, w odniesieniu do wymagań zawartych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) oraz w udzielonych odpowiedziach (odpowiedź na pytanie 18 - pismo nr O/OL.D- 3.2410.12016.1-4.30 z dnia 6 października 2017 r.). W nawiązaniu do opisu warunków zawartych w PFU oraz do udzielonych odpowiedzi z dnia 6 października 2017 r., w szczególności do odpowiedzi nr 224 o treści m.in. „(...) nie dopuszcza się przecinania dodatkowymi jezdniami szlaku migracji zwierząt (...)” (załącznik nr Ia, Ib i Ic), Zamawiający zażądał wskazania rozwiązania (opisu, rysunku) przyjętego w ofercie dla obiektu inżynierskiego PZG-34.5. Do udzielonych wyjaśnień z dnia 15 lutego 2018 r. Polaqua

załączyła rysunki robocze. Z załączonego rysunku - przekroju poprzecznego obiektu PZG-34.5 po nasieniu wymiarów na przekrój poprzeczny obiektu przez Odwołującego (załącznik nr 2) - wynika, że długość całkowita tego obiektu wynosi ponad 95 m (długość konstrukcji nośnej), a nie jak w skazała Polaqua w wyjaśnieniach z dnia 12 stycznia 2018 r., że długość całkowita tego obiektu wynosi 61 m. dowód: • PFU (w dokumentacji przetargowej) * wybrane odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 6 października 2017 r. - załącznik nr 1a, 1 b i 1c, ■ przekrój obiektu PZG-34.5 z wyjaśnień Polaqua z naniesionymi wymiarami przez Odwołującego - załącznik nr 2 Powyższe jest to o tyle istotne, że minimalna szerokość użytkowa tego przejścia dla zwierząt, zgodnie z wymaganiami zawartymi w PFU, powinna wynosić 0,8 długości (załącznik nr 3), więc w tym przypadku powinna wynosić co najmniej 76 m. Polaqua uwzględniła w swojej ofercie szerokość tego obiektu wynoszącą 56,80 m, z czego szerokość użytkowa przejścia (w świetle osłon przeciwoślńieniowych) jest jeszcze mniejsza od podanej wartości. Wymóg minimalnej szerokości użytkowej tego przejścia dla zwierząt wynika z istotnej przyczyny - zwierzęta nie będą korzystały z węższych obiektów. Ponadto Zamawiający postanowieniami PFU oraz w szeregu udzielonych odpowiedziach dotyczących tej kwestii (załącznik nr 1a, 1b i 1c) żądał konkretnej szerokości, a nie jakiegokolwiek, dowód: • wybrane postanowienia PFU - załącznik nr 3 • wybrane odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 6 października 2017 r. - załącznik nr 1a, 1b i 1c 2. W odniesieniu do tego samego obiektu w ciągu drogi DK 16, Ij. PZG 34.5, gdzie jezdnia jest umieszczona pod konstrukcją przejścia dla zwierząt, na podstawie przesłanego przez Polaqua przekroju tego obiektu wynika, że zaprojektowano tylko chodnik. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w' PFU, w pasie drogowym powinien być uwzględniony ciąg pieszo-rowerowy o określonych parametrach (załącznik nr 4). Polaqua nie uwzględniła tego elementu w swojej ofercie, co jednoznacznie wynika z przekazanego w swoich wyjaśnieniach z dnia 15.02.2018 r. przekroju obiektu PZG-34.5 i znajdującej się pod nim drogą krajową nr 16 (zał. 5). dowód: • wybrane postanowienia PFU - załącznik nr 4 • przekrój obiektu PZG-34.5 z wyjaśnień Polaqua z naniesionym przez Odwołującego brakującym elementem ciągu pieszo-rowerowego w ciągu DK 16 - załącznik nr 5 3. Z udzielonych wyjaśnień Polaqua wynika, że założone w ofercie pochylenie podłużne na obiekcie WS-26.3 nie jest spełnione, a wierzchołek niwelety jest zlokalizowany na obiekcie. Zgodnie z wymogiem w PFU (załącznik nr 6), minimalne pochylenie podłużne na obiektach w ciągu głównym wynosić winno 0,5%, a wierzchołek łuku niwelety powinien być zlokalizowany poza obiektem (zgodnie z udzieloną odpowiedzią na pyt. 25 z dnia 6 października 2017 r. - załącznik nr 1a. 1b i 1e). Wymagania postawione w PFU i w udzielonej odpowiedzi wymusiły, na wszystkich wykonawcach przygotowujących oferty, zmianę niwelety drogi w stosunku do zawartej w koncepcji programowej udostępnionej przez

Zamawiającego, Natomiast zgodnie z ofertą Polaqua, w miejscu lokalizacji obiektu WS-26.3 nie zmieniono przebiegu niwelety drogi wynikającej z koncepcji, wierzchołek łuku pionowego niwelety zlokalizowano na obiekcie, a pochylenie podłużne na tym obiekcie jest mniejsze niż 0,5%. Załącznik nr 7 obrazuje przyjętą przez Polaqua korektę niwelety drogi ekspresowej (została załączona do wyjaśnień Polaqua z dnia 12 stycznia 2018 r.), natomiast załącznik nr 8 przedstawia wycinek tej niwelety Polaqua w miejscu lokalizacji obiektu WS-26.3. dowód: * wybrane postanowienia PFU - załącznik nr 6 * wybrane odpowiedzi Zamawiającego z dnia 6 października 2017 r. - załącznik la, lb i lc ■ korekta niwelety drogi ekspresowej przyjęta przez Polaqua - załącznik nr 7a i 7b * wycinek niwelety Polaqua w miejscu lokalizacji obiektu WS-26 - załącznik nr 8 4. W odniesieniu do obiektu PZDdz-39.7 w ofercie Polaqua nie zachowano minimalnej skrajni przejścia dla zwierząt wynoszącej 5,0 m. Oferta Polaqua w tym elemencie nie spełnia wymogu PFU. Polaqua do wyjaśnień z dnia 12 stycznia 2018 r., w ramach pkt. 9, załącza tabelaryczne zestawienie zaprojektowanych obiektów branży mostowej, w tym w pozycji 22 wskazuje konstrukcję belkową dla obiektu PZDdz-39.7. Zgodnie z zamieszczonym w Koncepcji Programowej rysunkiem obiektu PZDdz-39.7, minimalna skrajnia dla zwierząt wynosi 5,0 m (załącznik nr 9 - rysunek obiektu PZDdz-39.7 z Koncepcji Programowej). Analizując wysokościowe umiejscowienie tego obiektu względem istniejącego terenu (posługując się załączoną już wcześniej niweletą z oferty Polaqua) oraz przyjmując minimalną grubość konstrukcji przyjętą dla tego obiektu, wynoszącą 1,24 m - grubość belki 1,0 m wraz z grubością nadbetonu 0,24 m (taką konstrukcją belkową przyjęto i opisano w udzielonych wyjaśnieniach Polaqua) - uzyskujemy informację, że wymagana minimalna skrajnia nie została zachowana w ofercie Polaqua (załącznik nr 10) - obiekt PZDdz-39.7 z naniesionymi danymi z oferty Polaqua). dowód: * wyjaśnienia Polaqua z dnia 12 stycznia 2018 r. (znajdują się w dokumentacji przetargowej) * rysunek obiektu PZDdz-39.7 z Koncepcji Programowej - załącznik nr 9 ■ obiekt PZDdz-39.7 z naniesionymi przez Odwołującego danymi z oferty Polaqua - załącznik nr 10

5. Szerokości czterech obiektów mostowych: WD-36.0, WD-36.9, WD-38,5 i WD-41.4 w ofercie Polaqua nie spełniają wymogów zawartych w PFU oraz w obowiązujących przepisach prawa w zakresie szerokości ścieżki rowerowej oraz chodnika. Wskazane w wyjaśnieniach Polaqua z dnia 12 stycznia 2018 r. szerokości tych czterech obiektów, tj. odpowiednio 12,65 m, 11,15 m, 12,65 m, 11,15 m uniemożliwiają prawidłowe zaprojektowanie o wymaganych szerokościach tych obiektów. PFU przed zmianami, dokonanymi przez Zamawiającego w wyniku udzielanych odpowiedzi, przewidywał wykonanie w ciągu dróg chodnika o szerokości 2.0 m: - DK-16 - wiadukt WD-36.0 - dr gminnej 177035N - wiadukt WD-36.9 - drogi powiatowej - wiadukt WD-38.5 - drogi gminnej Golubka - Mazurowo - wiadukt WD-41.4 Jednak w ramach zmiany PFU. dokonanej w dniu

6.10.2017 r. Pismem Znak 0/0L.D- 3.2410.1.2016.1-4.30. Zadanie nr 2, Zamawiający do PFU dodał postanowienie: „w ramach korekty przebiegu drogi powiatowej należy uwzględnić konieczność zapewnienia prowadzenia ruchu pieszo- rowerowego”, jednocześnie zostawiając zapis o szerokości chodnika 2.0 m (załącznik nr 4). Polaqua nie zwiększyła szerokości obiektów, zostawiając je jako zgodne z tabelą 1.1 PFU (np. dla WD-36.0 jest to 12.65m). Trzymając się postanowień zaktualizowanego PFU (zapewnienie prowadzenia ruchu pieszo- rowerowego - załącznik nr 4) oraz przepisów Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U.2016.124 t.j.)] stwierdza się, że szerokość wskazana w tabeli 1,1 PFU oraz w zestawieniu Polaqua jest mniejsza niż minimalna prawem wymagana szerokość, tzn. suma wszystkich elementów przekroju poprzecznego (jezdnia + opaska + szerokość barier + chodnik + ścieżka rowerowa). Wskazane w ofercie Polaqua szerokości obiektów są zbyt małe, aby umożliwiły zaprojektowanie i wybudowanie oczekiwanych przez Zamawiającego elementów przekroju poprzecznego o parametrach zgodnych z przepisami ww. Rozporządzenia, dowód: • wyjaśnienia Polaqua z dnia 12 stycznia 2018 r. (znajdują się dokumentacji przetargowej) * wybrane postanowienia PFU - załącznik nr 4.

Należy zwrócić uwagę, że w przepisach prawa nie występuje pojęcie ciągu pieszo- rowerowego, czy też innego elementu przekroju poprzecznego zapewniającego możliwość prowadzenia ruchu pieszo- rowerowego. Przepisy określają odrębne elementy przekroju dla prowadzenia ruchu pieszo- rowerowego. Są to: chodnik (na potrzeby ruchu pieszego) i ścieżka rowerowa (na potrzeby ruchu rowerowego). Z powyższych względów na nowo projektowanych obiektach należy zaprojektować ciąg składający się z: - chodnika (podana szer. w PFU 2.0 m - załącznik nr 4).

- ścieżki rowerowej dwukierunkowej szer. 2.0 m (zgodnie z art. 47 ust. 1. pkt 2) ww. Rozporządzenia). Dodatkowo, zgodnie z załącznikiem nr 1 do ww. Rozporządzenia, skrajnia ścieżki rowerowej winna być wysunięta 20 cm poza krawędź ścieżki. Od strony chodnika 20 cm skrajni wchodzi w skrajnię chodnika, ale już od strony balustrady należy dodać 20 cm, stąd szerokość ciągu rowerowego wynosić musi minimum 2.2 m. W załączeniu do niniejszego odwołania przedstawione zostało tabelaryczne zestawienie wymaganych szerokości dla 4 obiektów - załącznik nr 11 oraz schematy rysunkowe dla czterech obiektów' - załącznik nr 12a i 12b. dowód: • wybrane postanowienia PFU - załącznik nr 4 • tabelaryczne zestawienie szerokości obiektów - załącznik nr 11 * schematy rysunkowe dla czterech obiektów wykonane przez Odwołującego - załącznik nr 12a i 12b

6. Polaqua w wyjaśnieniach z dnia 12 stycznia 2018 r., w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego określone w pkt 8 wezwania, wskazała technologie wzmocnienia podłoża

wraz z podaniem w postaci tabelarycznej lokalizacji poszczególnych wzmocnień. Dla lokalizacji 36+240 - 36+320 oraz 39+710 - 39+740 Polaqua uwzględniła w ofercie powierzchniową wymianę gruntu, tj. wymianę do głębokości 1 m. Definicja powierzchniowej wymiany gruntu została podana przez Polaqua w wyjaśnieniach z dnia 15 lutego 2018 r. - odpowiedź na zawarte w wezwaniu do wyjaśnień pytanie Zamawiającego nr 5. Z przekrojów geologicznych, zawartych w koncepcji Programowej udostępnionej przez Zamawiającego, wynika, że w tych lokalizacjach głębokość zalegania warstw nienośnych wynosi odpowiednio 3 m i 2 m oraz 1,6 m (załącznik 13a, 13b i 13 c). Przyjęta w ofercie Polaqua technologia wzmocnienia podłoża, poprzez wymianę powierzchniową o głębokości 1 m, nie zapewnia wystarczającej nośności pod projektowane nawierzchnie drogi, tym samym spowoduje zapadanie się w tych miejscach budowanych dalszych warstw konstrukcyjnych nawierzchni drogi, a w rezultacie wybudowanie drogi niezgodnie z treścią SIWZ. dowód: • wyjaśnienia Polaqua z dnia 12 stycznia 2018 r. (znajdują się w dokumentacji przetargowej) • wyjaśnienia Polaqua z dnia 15 lutego 2018 r. (w dokumentacji przetargowej) • przekroje geologiczne z koncepcji Programowej - załącznik nr 13a, 13b i 13c 7. Wezwaniem Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2017 r. - pytaniem nr 6 dotyczącym wycenionej konstrukcji nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg - Polaqua zobowiązana została m.in. do wyszczególnienia warstwy mrozoochronnej wraz z podaniem jej grubości. W nawiązaniu do udzielonej odpowiedzi nr 6 z dnia 12 stycznia 2018 r., w której Polaqua nie podała grubości warstwy mrozoochronnej w konstrukcjach dróg, Zamawiający ponownie zwrócił się, w kolejnym wezwaniu z dnia 8 lutego 2018 r., o podanie m.in. ilości materiału przyjętego w ofercie Polaqua do wykonania warstwy mrozoochronnej w odniesieniu do postawionego wymogu, tzn. że warstwa mrozoochronna ma pełnić każdorazowo także funkcję warstwy odsączającej. W wyjaśnieniach z dnia 15 lutego 2018 r. Polaqua wskazała w odpowiedzi na pytanie 4, że: „Wykonawca w ofercie założył wykonanie warstwy mrozoochronnej w ilości 143.275 m²”. Zgodnie z ilościami wskazanymi w przedmiarze koncepcji Programowej - pozycje 72-78, łączna ilość warstwy mrozoochronnej wynosi powyżej 388.000 m² (załącznik nr 14). Zatem uwzględniona w ofercie Polaqua ilość warstwy mrozoochronnej jest ponad 2,5 krotnie zaniżona. Co należy podkreślić, że zgodnie z przedmiarem koncepcji Programowej, przy średniej grubości 0,22 m tej warstwy, ilość materiału na warstwę mrozoochronną wyrażona w m³ daje nam liczbę 85.360 m³. Gdyby nawet założyć, że w udzielonych wyjaśnieniach Polaqua zaszła omyłka w jednostce (zamiast m³ podano m²), to Polaqua w swojej ofercie musiałaby założyć wykonanie 651.260 m² (143.275 m³ : 0,22 m), a więc wykonałaby warstwę mrozoochronną na powierzchni o 263.250 m² większą od wynikającej z przedmiaru koncepcji Programowej (57.915 m³ : 0,22 m grubości warstwy), co jest oczywistą niedorzecznością,

dowód: ■ wyjaśnienia Polaqua z dnia 12 stycznia 2018 r. (w dokumentacji przetargowej) • wyjaśnienia Polaqua z dnia 15 lutego 2018 r. (w dokumentacji przetargowej) * przedmiar Koncepcji Programowej - załącznik nr 14

8. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2017 r., na pytanie Zamawiającego nr 24 dotyczącego wskazania w ofercie wyceny głównych elementów wyposażenia zaplecza Zamawiającego, Polaqua wyszczególniła m.in.:

a) komorę próżniową (pkt. 3.3.8.: D-M.00.00.01 WWiORB - załącznik nr 15) producenta BMT model Vacucell 55 EVO (załącznik nr 16). Podana w zestawieniu komora próżniowa nie spełnia wymogu szerokości roboczej komory wewnętrznej. Wymagana szerokość robocza komory wewnętrznej zgodnie z wymaganiami D-M.00.00.01 pkt.3.3.8 to 450 mm, natomiast z karty danych technicznych wskazanej przez Polaqua komory próżniowej (załącznik nr 16) wynika, że przedstawiony model komory próżniowej posiada szerokość roboczą wynoszącą zaledwie 400 mm.

b) wiertnicę rdzeniową (pkt. 3.3.35; D-M.00.00.01 WWiORB - załącznik nr 15) model Cardi L-200. Uwzględniony model urządzenia zgodnie z kartą techniczną (załącznik nr 17) posiada jedynie sam statyw bez wiertnicy oraz kółek jezdnych,

c) wiertnicę ciągnioną (pkt. 3.3,39,; D-M WWiORB - załącznik nr 15) producenta Strassentest model G05010 (załącznik nr 18). Uwzględniony w ofercie Polaqua model nie spełnia postawionych wymogów, a mianowicie: - przedstawiona wiertnica posiada możliwość wycinania próbek o średnicy do 300 mm, a zgodnie z wymaganiami D-M.00.00.01 pkt.3.3.39, wiertnica powinna wykonać otwory o średnicy do 330 mm; - zbyt mała pojemność zbiornika na olej, który wynosi 65 l, a zgodnie z wymaganiami D-M.00.00.01 pkt 3.3,39 zbiornik na olej hydrauliczny powinien pomieścić około 90 l; - ciężar całkowity zestawu wynosi 1400 kg. a zgodnie z wymaganiami D-M.00.00.01 pkt 3.3.39 ciężar całkowity powinien wynosić 1300 kg. dowód: • WWiORB - załącznik nr 15 * karta danych technicznych wskazanej przez Polaqua komory próżniowej - załącznik nr 16 * karta techniczna urządzenia wskazanego przez Polaqua jako wiertnica rdzeniowa - załącznik nr 17 • karta techniczna wiertnicy ciągnionej producenta Strassentest model G05010- załącznik nr 18

Przedstawione powyżej w 8 punktach niezgodności treści oferty Polaqua z treścią SIWZ kwalifikują tę ofertę do odrzucenia. Zamawiający poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Polaqua naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3) Ustawy.

Zamawiający wskazanymi wyżej czynnościami i zaniechaniem naruszył, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Także zamiar udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, stanowi naruszenie wymienionych zasad, nadto narusza także art. 7 ust. 3 Ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy. IV.

Dowody - załączniki:

1. wybrane odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z 6 października 2017 r. -załącznik nr la, lb i lc;
2. przekrój obiektu PZG-34.5 z wyjaśnień Polaqua z naniesionymi wymiarami – zał. nr 2;
3. wybrane postanowienia PFU - załącznik nr 3;
4. wybrane postanowienia PFU - załącznik nr 4;
5. przekrój obiektu PZG-34.5 z wyjaśnień Polaqua z naniesionym brakującym elementem ciągu pieszo-rowerowego w ciągu DK16 - załącznik nr 5;
6. wybrane postanowienia PFU - załącznik nr 6;
7. korekta niwelety drogi ekspresowej przyjęta przez Polaqua - załącznik nr 7a i 7b;
8. wycinek niwelety Polaqua w miejscu lokalizacji obiektu WS-26 - załącznik nr 8;
9. rysunek obiektu PZDdz-39.7 z Koncepcji Programowej - załącznik nr 9;
10. obiekt PZDdz-39,7 z naniesionymi danymi z oferty Polaqua - załącznik nr 10;
11. tabelaryczne zestawienie szerokości obiektów - załącznik nr 11;
12. schematy rysunkowe dla czterech obiektów - załącznik nr 12a i 12b;
13. przekroje geologiczne z Koncepcji Programowej - załącznik nr 13a, 13b i 13c;
14. przedmiar Koncepcji Programowej - załącznik nr 14;
15. WWiORB - załącznik nr 15;
16. karta danych technicznych wskazanej przez Polaqua komory próżniowej – zał. nr 16;
17. karta techniczna urządzenia wskazanego jako wiertnica rdzeniowa - załącznik nr 17;
18. karta techniczna wiertnicy ciągnionej producenta Strassentest model G05010 - załącznik nr 18.

Pozostałe dowody przedstawione w odwołaniu znajdują się w dokumentacji przetargowej.

Załączniki formalne/.../

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego – wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł o uwzględnienie odwołania wskazując, że jest ono zasadne. Stwierdził, że oddalenie odwołania usankcjonowałoby wybór oferty wykonawcy oferującego świadczenie niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, a w konsekwencji niezgodnie z przepisami ustawy pzp i z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji. Przystępujący wskazał, że posiada interes w przystąpieniu do postępowania i stwierdził że odwołanie odnosi się do nieprawidłowych działań zamawiającego, a w przypadku jego uwzględnienia nastąpi ponowna ocena ofert złożonych w postępowaniu, wśród których znajduje się oferta przystępującego. W konsekwencji oferta przystępującego ma szansę uzyskać status oferty najkorzystniejszej. W rankingu ofert oferta znajduje się na 3 miejscu za ofertą złożoną przez odwołującego, jednak

nie można wykluczyć, że z różnych przyczyn, chociażby związanych z prawidłowym wniesieniem zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy, wykonawca ma szansę realizacji zamówienia.

Zamawiający w złożonej dnia 11 kwietnia 2018 r. odpowiedzi na odwołanie datowanej na dzień 10 kwietnia wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając swoje stanowisko wskazał, co następuje.

Spośród 18 wykonawców zaproszonych do składania ofert, oferty złożyło 6 wykonawców.

Zamawiający zwrócił się do dwóch wykonawców z ofertami o najniższych cenach, m.in. Polaqua sp. z o.o., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w celu weryfikacji i ustalenia stopnia gotowości firm do realizacji kontraktu, co polegało na ustaleniu, czy oferty uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w siwz, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) oraz Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (WWiORB) stanowiących załącznik do PFU.

Wyjaśnienia Polaqua udzielone na wezwania z 11 grudnia 2017 r. i 8 lutego 2018 r. zamawiający uznał za potwierdzające uwzględnienie wszystkich wymagań siwz.

Dnia 23 lutego 2018 r. dokonano wyboru oferty Polaqua jako najkorzystniejszej. Odwołanie od tej czynności wniesione przez konsorcjum Trakcja zostało uwzględnione przez zamawiającego, który po unieważnieniu czynności z 23 lutego 2018 r. dokonał dnia 15 marca 2018 r. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy Polaqua.

Czynność ta została zaskarżona przez odwołującego.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów zamawiający wskazał, co następuje.

1. Odnośnie braku wezwania Polaqua do uzupełnienia pełnomocnictwa dla p. T. B. zamawiający stwierdził, że pełnomocnictwo dla w/w zostało mu przedłożone dnia 10 stycznia 2018 r., zatem wyjaśnienia wykonawcy z 12 stycznia i 15 lutego 2018 r. jak i zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą z dnia 26 stycznia 2018 r. podpisała osoba upoważniona do składania oświadczeń w imieniu wykonawcy. Zamawiający przypomniał przy tym, że do niniejszego postępowania stosuje się przepisy ustawy pzp wydane przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp, zatem ewentualną podstawą prawną zarzutu winien być art. 26 ust. 3, a nie 26 ust. 3a pzp.

2. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 -niezgodność treści oferty z treścią siwz.

1/ Obiekt PZG-34,5 (pkt 1. Część II uzasadnienia odwołania)

W tabeli 1.1 PFU pkt 1.1.3.3 zamawiający określił parametry obiektów inżynierskich, gdzie dla obiektu PZG-34,5 zostały określone następujące warunki:

PFU pkt. 1.1.3.3 Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich

Tabela nr 1.1. Wykaz obiektów inżynierskich (w tym: obiekty dla przejść dla zwierząt na drogach równoległych, łącznicach itp. przeszkodach)

lp. 12. Oznaczenie obiektu (sposób pokonania przeszkody) - PZGd-34,5 kilometraż 34+595 , długość całkowita ustroju nośnego (m) * , szerokość całkowita przęseł (m) * ,

Minimalne parametry przestrzeni dostępnej dla zwierząt tj. wysokość, szerokość, współczynnik względnej ciasnoty - szerokość użytkowa obiektu powinna stanowić nie mniej niż 80% długości ustroju nośnego obiektu.

”Rozwiązanie przejścia dla zwierząt zastosowane w Koncepcji Programowej będącej załącznikiem PFU jest niewłaściwe i należy je zmienić. Nie dopuszcza się przecinania drogami obsługującymi (drogami dojazdowymi) oraz korektą przebiegu istniejącej dk 16 szlaku migracji zwierząt. Drogi obsługujące należy lokalizować pod obiektem inżynierskim stanowiącym przejście dla zwierząt. Należy dostosować parametry obiektu inżynierskiego do szerokości przeszkód pod przejściem, to jest jezdni drogi ekspresowej oraz drób obsługujących teren przyległy. W związku z powyższym zwiększy się długość obiektu oraz szerokość użytkowa obiektu, która powinna stanowić nie mniej niż 80% długości ustroju nośnego obiektu.”

W pytaniu nr 9 wezwania z 11 grudnia 2017 r. zamawiający prosił o podanie informacji, jakie rozwiązania projektowe dla branży mostowej zostały przyjęte w ofertach. W przypadku obiektu PZG-34,5 kluczową kwestią było (PFU 1.1.3.3) przeprowadzenie zwierząt nad wszystkimi przeszkodami tj. jezdniami drogi ekspresowej oraz drogami obsługującymi teren przyległy. W pytaniu nie zawarto oczekiwań co do szczegółowych rozwiązań projektowych (na te wykonawca będzie miał 8 miesięcy w ramach opracowania projektu budowlanego, a czas na opracowanie kompletnej dokumentacji, aż do momentu uzyskania przez wykonawcę decyzji ZRID, to łącznie ok. 13 miesięcy), a jedynie potwierdzenia przyjęcia w ofercie rozwiązania zgodnego z siwz.

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 15 lutego 2018 r. w załączniku nr przedstawił ideę rozwiązania obiektu (a właściwie ze względu na przyjęte rozwiązanie – 3 obiektów) umożliwiających przejście zwierząt nad wszystkimi przeszkodami, tj. jezdnią drogi ekspresowej oraz drogami obsługującymi teren przyległy. Przedstawione szkice mają charakter poglądowy, nie stanowią szczegółowych rozwiązań, nie zawierają podstawowych wymiarów – jednak w sposób jasny przedstawiają ideę rozwiązania, która spełnia wymagania PFU i w taki zakresie interpretował zamawiający odpowiedź wykonawcy.

Dołączone od wyjaśnień z 15 lutego 2018 r. szkice (zał. 3) nie są zwymiarowane. Polaqua podając w poz. 12 tabeli (odp. Na pytanie 9, wyjaśnienie Polaqua z 12 stycznia 2018 r.) długość całkowitą obiektu 34,5 tj. 61 m, podała ją zgodnie z treścią tabeli 1.1 PFU, jako długość całkowitą ustroju nośnego, na którą zamawiający wskazywał również w odpowiedziach na pytania (np. nr 224 z 6.10.2017 r., pakiet I, nr 668 – pismo z 16.10.2017 r. pakiet II. Dla zaproponowanego przez wykonawcę rozwiązania, przyjmując miary graficzne z dołączonego do wyjaśnień szkicu (tak jak to zrobił odwołujący w zał. 2 do odwołania), długość całkowita ustroju nośnego wynosi: $L=16+30+12,3=58,3$ m, co w przybliżeniu opowiada całkowitej długości ustroju nośnego – 61,0 m – podanej przez Polaqua w odpowiedzi nr 9 (poz. 12 tabeli) z dnia 12 stycznia 2018 r.

Również przyjęta przez Polaqua szerokość obiektu 56,80 m (odpowiedź na pyt. 9, poz. 12 tabeli – wyjaśnienia z 12 stycznia 2018 r.) jest zgodna z wymaganiami PFU tj:

Szerokość użytkowa obiektu podana przez Polaqua /m/ - 56,80, długość całkowita ustroju nośnego podana przez Polaqua /m/ - 61, minimalna szerokość użytkowa obiektu, wyliczona wg Tabeli nr 1.1. pkt 1.1.3.3 PFU (0,8 x kol. 2) /m/ 48,80.

Z wyliczenia wynika, że wykonawca przyjął prawidłową szer. obiektu 56,80 większą od minimalnej 48,80, zatem stanowi ona więcej niż 80% podanej przez Polaqua długości ustroju nośnego obiektu. Dodatkowo zamawiający wskazuje, że przyjęta szerokość użytkowa obiektu odpowiada także minimalnej szerokości tj. ≥ 50 m, określonej w publikacji „Poradnik projektowania przejść dla zwierząt i działań ograniczających śmiertelność fauny przy drogach (fragment załączono do pisma).

2/ Obiekt PZG-34,5 (pkt 2. Część II uzasadnienia odwołania)

Zgodnie z wymogami z pkt 1.1.3. PFU dla DK16 ruch pieszych i rowerzystów odbywać się będzie chodnikiem o szerokości 2,0 n.

Stanowisko to potwierdza także dowód w odwołaniu – zał. Nr 4 – str. 12 PFU.

Jednocześnie zamawiający stwierdza, że odwołujący błędnie interpretuje zapis pkt 1.1.3 PFU: „W ramach korekty przebiegu drogi krajowej nr 16 (przebudowy drogi krajowej) należy uwzględnić konieczność zapewnienia prowadzenia ruchu pieszo-rowerowego”, zakładając, że ruch pieszo-rowerowy ma się odbywać chodnikiem i zlokalizowaną obok dodatkową ścieżką rowerową. Kwestię rozstrzyga pkt 1.1.3 PFU jednoznacznie: „infrastruktura dla pieszych i rowerzystów – chodnik szerokości 2,0 m”.

Ponadto zamawiający określa, że zgodnie z PFU pkt 1.1.2 układ drogowy (odp. Na pyt. 442 pismo z 6.10.2017 r.) jest wiążący:

- PFU pkt 1.1.2 Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu

„Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu zostały określone w niniejszym PFU. Do charakterystycznych parametrów należy również: układ drogowy w planie (z

wyłączeniem osi przebudowywanych odcinków dróg oraz chodników i ciągów pieszo-rowerowych zgodnie z koncepcją programową „Budowy drogi ekspresowej S61 na odcinku m. Szczuczyn – m. Raczki. Zadanie nr 2: w. Ełk Południe – w. Wysokie od km 23+255 do km 42+765 (wraz z wylotem w ciągu S16 dł. 3,425 km) stanowiącą załącznik do niniejszego PFU.

W przypadku: 1/ zmiany uwarunkowań skutkujących koniecznością zmiany charakterystycznych parametrów; 2/ konieczności wykonania robót nieuwjętych w niniejszym PFU – zastosowanie mają Warunki kontraktu.”

- odpowiedź na pytanie 442:

Pod pojęciem układ drogowy zamawiający rozumie lokalizację oraz parametry osi dróg i łącznic, szerokości pasów ruchu, szerokości opasek oraz pasów dzielących, szerokość oraz długość pasów włączenia i wyłączenia, parametry skrzyżowań, szerokości oraz odcinki, na których należy zastosować chodniki, ciągi pieszo-rowerowe i ścieżki rowerowe, lokalizacja i parametry zatok autobusowych.

Powyższe argumenty jednoznacznie wskazują, że odrębna ścieżka rowerowa pod obiektem PZG-34,5 nie jest wymagana, a ruch pieszo-rowerowy ma się odbywać chodnikiem o szerokości 2,0 m zgodnie z pkt 1.1.3 PFU.

3/ Obiekt WS-26.3 (pkt 3, część II uzasadnienia odwołania)

Zamawiający wskazuje, że koncepcja programowa nie jest dokumentem wiążącym. Przedstawione przez niego w koncepcji rozwiązanie dla obiektu WS-26.3 nie spełnia warunków PFU odnośnie zlokalizowania wierzchołka niwelety poza obiektem i zapewnienia minimalnego spadku podłużnego na obiekcie nie mniejszego niż 0,5%.

Zamawiający nie wymagał w zakresie wyjaśnień przedłożenia przez wykonawcę rysunków przedstawiających usytuowanie obiektów inżynierskich względem przyjętej przez wykonawcę niwelety. Rysunek stworzony przez odwołującego – zał. 8 do odwołania – nie może zatem stanowić przedmiotu analizy poprawności założeń Polaqua i ich zgodności z PFU. Zamawiający zaznacza, że wykonawca po podpisaniu umowy przez okres 8 miesięcy opracowując projekt budowlany ma obowiązek m.in. tak ukształtować przebieg niwelety na obiekcie WS-26.3, że warunki PFU odnośnie zlokalizowania wierzchołka niwelety poza obiektem i zapewnienia minimalnego spadku podłużnego na obiekcie nie mniejszego niż 0,5% zostaną spełnione.

Na etapie ofert i wyjaśnień zamawiający nie oczekiwał, ani nie wymagał, by wykonawcy przedłożyli ostatecznie opracowaną dokumentację projektową. Nie zakładał również, że na tym etapie będzie szczegółowo sprawdzał rozwiązania projektowe dołączone do składanych wyjaśnień.

Do czasu złożenia wniosku o ZRID wykonawcy mają prawo korygować przebieg niwelety w sposób zapewniający spełnienie warunków PFU (tu także w dalszej części pisma - Stanowisko zamawiającego dot. zagadnień związanych z korektą niwelety).

W przypadku analizowanego obiektu WS-26-3 wykonawca w opracowanym projekcie budowlanym ma obowiązek zaprojektować obiekt, na którym wierzchołek niwelety znajdzie się poza obiektem, a minimalny spadek podłużny na obiekcie będzie nie mniejszy niż 0,5%.

4/ Obiekt PZdZ-39.7 (pkt cz. II uzasadnienia odwołania)

Określona w PFU skrajnia przejścia dla zwierząt – w przypadku tego obiektu H=5,0 m – musi być bezwzględnie zachowana.

Jednak zamawiający nie wymagał w siwz, że wraz z ofertą wykonawcy winni złożyć gotowe i ostateczne rozwiązanie projektowe dotyczące przedmiotu zamówienia. Nie wymagał również powyższego w wezwaniach do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Na wykonanie projektu budowlanego i złożenie wniosku o ZRID wykonawca ma 8 miesięcy od podpisania umowy. Zatem do czasu opracowania i złożenia wniosku o ZRID wraz z projektem wykonawca może korygować przebieg niwelety w sposób zapewniający spełnienie wszystkich warunków określonych w PFU.

Robocze wersje niwelet, którymi posługiwali się wykonawcy służyły im wyłącznie jako materiał pomocniczy do przygotowania ofert i zostały przedłożone przez Polaqua wraz z wyjaśnieniami z 12 stycznia 2018 r. (odp. na pytanie 3) jako materiał poglądowy.

W trakcie opracowania projektu budowlanego, jak wcześniej wskazano, mają one prawo być przez wykonawcę zmieniane.

5/ Obiekty WD-36.0, WD-36.9, WD-38-5, WD-41.4 (pkt 5, cz. II uzasadnienia odwołania)

Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że: „Szerokość czterech obiektów mostowych WD-36.0, WD-36.9, WD-38-5, WD-41.4 nie spełnia wymogów zawartych w PFU oraz obowiązujących przepisach prawa w zakresie szerokości ścieżki rowerowej oraz chodnika”.

Zamawiający nie zgadza się z tym stwierdzeniem.

Dokonał analizy dokumentów: koncepcji programowej, PFU, przepisów techniczno-budowlanych.

W konkluzji przedstawionej w formie tabelarycznej wskazał, że dla przedmiotowych obiektów szerokość chodnika/ drogi dla rowerów DDR wynosi na obiekcie 2 m, szerokość chodnika/DDR na drodze wg planu sytuacyjnego wynosi 2 m, szerokość chodnika/DDR na drodze wg PFU wynosi 2 m, z czego wynika zgodność z wymogami, w tym przepisami techniczno-budowlanymi.

Przytoczony w odwołaniu zapis 1.1.3 PFU: „w ramach korekty przebiegu drogi powiatowej należy uwzględnić konieczność zapewnienia prowadzenia ruchu pieszo-rowerowego”

nie oznacza, że wykonawcy zostali zobowiązani do uwzględnienia w szerokości obiektów, oprócz chodnika, przeznaczonej dla rowerzystów dodatkowej ścieżki rowerowej. Ruch rowerowy na długości obiektu ma odbywać się tak jak na drodze przed i za obiektem, tzn. chodnikiem, ewentualnie jezdnią w miejscach, gdzie dozwolona prędkość dla pojazdów mechanicznych jest mniejsza niż 50 km/h. Odwołujący powołując się na zał. nr 4 do PFU ignoruje istotny zapis na stronie 12 tego załącznika, gdzie wskazano jednoznacznie: „infrastruktura dla pieszych i rowerzystów - chodnik 2,0 m”.

Jednocześnie zamawiający wskazuje na pkt 2/ powyżej z argumentacją dot. PZG-34-5.

Uznaje podane w wyjaśnieniach Polaqua z 12 stycznia 2018 r. /odp. 9/ parametry szerokości wyszczególnionych wyżej obiektów i elementów na tych obiektach (chodniki) za zgodne z PFU i umożliwiające prawidłowe ich zaprojektowanie.

6/ Technologia wzmocnienia podłoża (pkt 6, cz. II uzasadnienia odwołania)

W pierwszej z wymienionych lokalizacji od km 36+240 do km 36+320 tj. na długości 80 m konieczna dla zapewnienia nośności wymiana gruntów słabonośnych obejmuje warstwy zbudowane z plastycznych glin i pyłów. Średnia grubość koniecznej wymiany wynosi 2 m, a nie 3 m, jak podaje odwołujący. W ofercie Polaqua przewiduje się wymianę do 1 m, zatem ewentualna niezgodność w ilości dotyczącej wymiany gruntów wynosi $80\text{m} \times 1\text{ m} \times (27+7+7)\text{m} = 3280\text{ m}^3$.

W drugiej lokalizacji od km 39+710 do km 39+740 (na długości 30 m) wymiana gruntu jest zbędna z powodu lokalizacji w tym miejscu dolnego przejścia dla dużych zwierząt. (PZDdz-39,7). Wskazywana przez odwołującego wymiana do głębokości 2 m jest niepotrzebna. Polaqua w ofercie założyła (zbędną jak zaznaczono wyżej) powierzchniową wymianę gruntu tj. wymianę do głębokości 1 m - stąd przeszacowała powierzchniową wymianę gruntu o wielkość $30\text{m} \times 1\text{m} \times (27+10+10)\text{m} = 1410\text{m}^3$.

Kompensując ilość robót ziemnych w obu lokalizacjach ewentualna niezgodność w ilości wynosi $3280\text{ m}^3 - 1410\text{m}^3 = 1870\text{m}^3$, co stanowi zaledwie 0,04% całkowitej (4,67 mln m³) ilości robót ziemnych na tym zadaniu.

W ocenie zamawiającego tak znikoma różnica w założonych ilościach robót ziemnych nie może stanowić podstawy do uznania niezgodności treści oferty z siwz zwłaszcza, że kontrakt zakłada wynagrodzenie ryczałtowe.

7/ Warstwa mrozoochronna (pkt 7 cz. II odwołania)

Wykonawca założył wykonanie warstwy mrozoochronnej w ilości 143.275 m².

Zamawiający opierając się na dokumentacji geologicznej z koncepcji programowej, a także danych otrzymanych od wykonawcy w wyjaśnieniach (m.in. przebieg niwelety, wskazanie miejsc wymiany powierzchniowej gruntu) oszacował wymaganą powierzchnię warstwy

mrozoochronnej na 167.305 m². Przy czym istotny wpływ na rzeczywistą ilość wykonanej warstwy ma sposób, w jaki zostanie wykonana powierzchniowa wymiana gruntu.

Zgodnie z dokumentacją geologiczną z KP:

- na drodze ekspresowej długość odcinków drogi o grupach nośności gruntu G2, G3 i G4 wynosi $G2+G3+G4 = 0,03+0,0+2,42 = 2,45$ km, stąd powierzchnia warstwy mrozoochronnej wynosi: $2450 \text{ m} \times 27 \text{ m} = 66.150 \text{ m}^2$.

Po uwzględnieniu optymalizacji niwelety drogi S61 przyjętej przez Polaqua zwiększyła się ilość wykopów, w tym także w gruntach spoistych o grupie nośności G4 o 490 m. Powierzchnia warstwy mrozooodpornej zwiększyła się z tego powodu o $13.230 \text{ m}^2 = 490 \text{ m} \times 27,0 \text{ m}$. Wyliczona zgodnie z dokumentacją geologiczną i optymalizacją niwelety drogi S61 przyjętej przez Polaqua powierzchnia warstwy na drodze ekspresowej wzrosła zatem do $(66.150 + 13.230) = 90.585 \text{ m}^2$.

- na pozostałych drogach – wg wyjaśnienia Polaqua z 12 stycznia 2018 r. w odpowiedzi nr 3: „Niweleta pozostałych dróg została przyjęta zgodnie z koncepcją programową (...) ewentualna optymalizacja będzie przedmiotem opracowania na etapie wykonywania dokumentacji projektowej” – długość odcinków drogi o grupach nośności gruntu G2, G3 i G4 (zgodnie z dokumentacją geologiczną z KP) wynosi $G2+G3+G4 = 0,06+0,06+10,84 = 10,96$ km stąd powierzchnia warstwy mrozoochronnej wynosi $10.960 \text{ m} \times 7,0 \text{ m} = 76.720 \text{ m}^2$.

Ogółem na drodze ekspresowej i pozostałych drogach $90.585\text{m}^2 + 76.720\text{m}^2 = 167.305\text{m}^2$. Jednocześnie w odpowiedzi na pyt. 8 w piśmie z 12 stycznia 2018 r. Polaqua w ujęciu tabelarycznym przedstawia rodzaje wzmocnienia podłoża dla wyszczególnionych odcinków TG (trasy głównej), w tym wymianę gruntu (1 m głębokości). W miejscach projektowanej przez Polaqua powierzchniowej wymiany gruntu (przy założeniu głębokości wymiany 1 m i zastosowaniu do wymiany gruntów niewysadzinowych) istnieje techniczna możliwość rezygnacji z warstwy mrozoochronnej ponieważ podłoże nawierzchni po wymianie gruntu osiągnie grupę nośności G1. Możliwości takie wystąpią na 19 odcinkach drogi o łącznej długości około 3160 m, wymienionych na konkretnych odcinkach z podanymi długościami. Zamawiający wskazuje, że odwołujący dokonał analizy w zakresie ilości warstwy mrozoochronnej w oparciu o niewłaściwy dokument – zał. Nr 14 do odwołania:

- przedstawione zestawienie dotyczy wariantu II, który nie będzie realizowany, opracowany jest dla nawierzchni bitumicznych – natomiast do realizacji wybrano wariant I z nawierzchnią betonową.

Zamawiający informuje, że autor koncepcji programowej dokonał powtórnego przeliczenia warstwy mrozoochronnej na drodze ekspresowej (gr. 25 cm). W jej wyniku pierwotnie szacowana ilość 151.222,50 m² (dla wariantu I) została skorygowana do ok. 85.791 m², co w przybliżeniu odpowiada ilości wyliczonej przez zamawiającego na podstawie danych w

dokumentacji geologicznej z KP przy uwzględnieniu optymalizacji niwelety drogi S61 przyjętej przez Polaqua, która wynosi 90.585 m².

Z analizy wynika, że zarzut o niedoszacowaniu ilości warstwy mrozoochronnej w ofercie o ponad 2,5 raza wynika z błędnych założeń kalkulacyjnych przyjętych przez odwołującego. Ilość 143.275 m² warstwy mrozoochronnej założonej w ofercie Polaqua w przybliżeniu odpowiada szacunkom zamawiającego (167.305 m²) zgodnie z wyżej przedstawioną analizą.

8/ elementy wyposażenia zaplecza zamawiającego (pkt 8 cz. II uzasadnienia odwołania)

Zamawiający prowadzi obecnie trzy odrębne postępowania o udzielenie zamówień publicznych pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn-Budzisko (gr. Państwa) z podziałem na trzy wydzielone zadania.

Zadanie 2 pod względem zakresu obowiązków wykonawcy różni się istotnie od pozostałych zadań o dodatkowy obowiązek polegający na dostawie i wyposażeniu Zaplecza Zamawiającego (laboratorium drogowego). Standardowo w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA, obowiązek ten spoczywał na Konsultancie – firmie pełniącej nadzór nad projektowaniem oraz realizacją robót oraz zarządzanie kontraktem. W przypadku postępowań na S61 zamawiający zobowiązał wykonawcę robót zadania nr 2 do dostawy i wyposażenia zaplecza zamawiającego obsługującego wszystkie trzy zadania. Oznacza to, że wykonawca tego zadania (węzeł Ełk Południe – węzeł Wysokie) ma zapewnić zaplecze zamawiającemu i uwzględnić to w swojej ofercie.

Z uwagi na wyjątkowość rozwiązania organizacyjnego zamawiający dla zadania nr 2 zamawiający w wezwaniu z 11 grudnia 2017 r. zwrócił się pyt. 24 do wykonawców o przedstawienie głównych elementów wyposażenia zaplecza zamawiającego. W wezwaniu z 8 lutego 2018 r. poprosił wykonawcę o dodatkowe wyjaśnienie czy każde z wymienionych urządzeń wskazanych jako główne elementy wyposażenia zaplecza spełnią wszystkie wymagania z WWIORB D-M.00.00.01.

Polaqua wyjaśniła, że „każde z wymienionych urządzeń wskazanych jako główne elementy wyposażenia zaplecza zamawiającego spełniają wszystkie wymagania WWIORB D-M.00.00.01”

Zamawiający w wymogach opisał szczegółowo obowiązki wykonawcy w tym zakresie oraz sprzęt i wyposażenie wraz z warunkami dostarczenia, w tym wymagane uzgodnienia z zamawiającym.

Zarzuty odwołania o niewłaściwy dobór sprzętu zamawiający uznał za przedwczesne i bezpodstawne.

Zamawiający przedstawił także stanowisko dotyczące zagadnień związanych z korektą niwelety.

Wskazał, że dołączony do odpowiedzi Polaqua na pyt. 3 w piśmie z 12 stycznia 2018 r. załącznik graficzny miał wskazać miejsca, w których przyjęto zmianę niwelety tj. linii, jaka wyznacza rządne projektowanej drogi, składającej się z odcinków prostych oraz łuków wklęsłych i wypukłych, w stosunku do koncepcji programowej i wpływu tej zmiany na uwzględniony w ofercie szacunkowy bilans robót ziemnych (nasypy, wykopy). Załączona do wyjaśnień wykonawcy niweleta drogi została pokazana w sposób schematyczny, poglądowy. Zamawiający nie traktuje tego załącznika jako obowiązujący profil podłużny ze wszystkimi szczegółami i odniesieniami do parametrów drogi czy obiektów inżynierskich tej drogi. Z załączonego szkicu nie odczyta się podstawowych danych jakie bezwzględnie musi zawierać profil podłużny drogi, w tym m.in. poziom porównawczy, rządne niwelety, rządne terenu, rodzaj projektowanej nawierzchni, przekroje podłużne przez rowy drogowe, proste i łuki poziome, wielkości pochyleń podłużnych niwelety oraz elementy konstrukcyjne łuków pionowych, kierunki trasy drogi, kilometry i hektometry drogi, wyniki badań gruntu na trasie, zależnie od zmian gruntów podłoża, granice uprawy rolnej, oznaczenie miejsc obiektów inżynierskich (mosty, wiadukty, przepusty itp.), oznaczenie przejazdów kolejowych, skrzyżowań z innymi drogami, zjazdy z drogi, oznaczenia reperów i znaków wysokościowych.

Opracowanie projektowe w zakresie jw. wykonawca ma przygotować dopiero po podpisaniu umowy, w okresie przewidzianym na wykonanie projektu budowlanego i złożenia wniosku o ZRID tj. w terminie 8 miesięcy po podpisaniu umowy. Na etapie opracowywania dokumentacji projektowej zamawiający będzie weryfikował rozwiązania proponowane przez wykonawcę, wnosił uwagi do proponowanych rozwiązań odbiegających od warunków PFU, WWIORB, przepisów techniczno-budowlanych.

W wyjaśnieniach z 12 stycznia 2018 r. i 15 lutego 2018 r. Polaqua zaznaczyła, że na etapie wykonywania dokumentach technicznej przewiduje zmianę przebiegu niwelety, zatem dołączony do wyjaśnień załącznik graficzny nie jest ostatecznym rozwiązaniem niwelety, a tylko jego wariantem opracowanym na etapie ofertowania przedłożonym w celu zilustrowania wyjaśnień dot. maksymalnego spadku podłużnego drogi głównej. Szczegółowe analizowanie na obecnym etapie tego załącznika stosując kryteria, jakie musi spełniać zatwierdzony decyzją ZRID profil podłużny trasy (część projektu budowlanego potocznie nazywany niweletą) nie ma żadnego uzasadnienia. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, a opracowanie projektu jest przedmiotem zamówienia.

Koszt wykonania dokumentacji projektowej wykonawcy kalkulują na poziomie 20 – 50 mln zł. Tyle musiałby zatem wynieść koszt przygotowania oferty, w której uszczegółowienie części

technicznej zawierałoby wszystkie niezbędne rozwiązania, również te, na które zwraca uwagę odwołujący (pkt 3 i 4 odwołania).

W wyjaśnieniach wykonawca potwierdził, że przedłożonych szkic nie jest ostateczną wersją niwelety: „ ostateczny wariant niwelety zostanie opracowany po przeprowadzeniu uzupełniających badań geotechnicznych”, „wykonawca wyjaśnia, że uwzględnił w ofercie konieczność wykonania niezbędnego odwodnienia podłoża nawierzchni lub podniesienia niwelety, „Niweleta pozostałych dróg została przyjęta zgodnie z koncepcją programową przekazaną przez zamawiającego. Ich ewentualna optymalizacja będzie przedmiotem opracowania na etapie wykonywania dokumentacji projektowej”, „Wykonawca oświadcza, że na etapie wykonywania dokumentacji technicznej przewiduje wprowadzenie optymalizacji niwelety oraz kompleksowych zmian zapewniających poprawne funkcjonowanie systemu odwodnienia poprzez dostosowanie konstrukcji i parametrów rowów drogowych, przepustów czy drenaży. Optymalizacji zostaną poddane również pozostałe elementy infrastruktury drogowej w celu zapewnienia prawidłowego działania całego układu drogowego. W zakresie branży mostowej wykonawca przewiduje modyfikację długości obiektów i rozpiętości przęseł.”

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy pzp zamawiający stwierdził że zarzut jest bezzasadny. Wskazując na stanowisko dotyczące poprzednich zarzutów stwierdzi, że postępowanie było prowadzone w sposób prawidłowy z zachowaniem zasad wyrażonych w art. 7 ust, 1 i 3 ustawy pzp.

Stwierdził, że oferta Polaqua otrzymała maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert i tym samym najwyższą spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu. Wybór tej oferty jako najkorzystniejszej był działaniem prawidłowym.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawca Polaqua – wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że p. B. jest jego pełnomocnikiem w postępowaniu od dnia 9 sierpnia 2017 r., a pełnomocnictwo przekazano zamawiającemu dnia 8 stycznia 2018 r.

W sprawie długości i szerokości obiektu PZG-34,5 wskazał zgodnie z wyjaśnieniami z 15 lutego 18 r., że rysunki robocze miały charakter poglądowy, orientacyjny i nie stanowiły ostatecznego rozwiązania projektowego, które zostanie przedstawione w projekcie budowlanym realizowanym w ramach przedmiotu zamówienia. Rysunki miały jedynie wskazać, że szlaki migracji zwierząt nie zostaną przecięte istniejącymi i projektowanymi jezdniami, bez potwierdzania konkretnych parametrów technicznych, w tym wys. określonej na 61 m i szerokości 56,8 m z opisem składowych tych wielkości w załączonym przekroju obiektu. Podkreślił zgodność rozwiązania z PFU.

Odnosnie zarzutu podniesionego w zakresie ciągu pieszo-rowerowego przy DK-16 w ramach obiektu PZG-34,5 stwierdził, powołując wyjaśnienia i złożony przekrój podłużny obiektu zgodność propozycji z pkt 1.1.3 siwz ponownie podkreślając poglądowy charakter rysunku. Jednocześnie zanegował wiarygodność i autentyczność dokumentu załączonego do odwołania jako zał. 5 stanowiącego rysunek prezentujący przekrój obiektu PZG-34,5 przedstawiającego konstrukcję łukową, przez którą przebiega droga krajowa z rzekomo brakującym tam ciągiem pieszo rowerowym, jako dokumentu nie opatrzonego podpisem uprawnionej osoby.

Odnosnie zarzutu nr 3 dot. wierzchołka niwelety przy obiekcie WS-26.3 wskazał na treść swoich wyjaśnień oraz oświadczenia, że projektowana niweleta będzie zgodna z wymogami. Przedstawiony na wezwanie zamawiającego rysunek niwelety nie miał za zadanie wskazania jej wierzchołka, ale miał potwierdzić pochylenie podłużne na obiektach w ciągu głównym i miał charakter poglądowy i nie rozstrzygający zwłaszcza co do elementów, na okoliczność których nie był składany (np. wierzchołek niwelety). Ostateczne rozwiązania przewiduje się przedstawić w projekcie budowlanym. Złożone zamawiającemu wiążące oświadczenie, że wierzchołek niwelety zostanie umiejscowiony poza obiektem WS-26.6 jest aktualne.

Wskazał, że ewentualne prace związane z przeniesieniem wierzchołka niwelety (czego nie potwierdza), wymagałyby dodatkowych prac ziemnych poniżej 1% wartości robót. Nie stanowiłoby zatem istotnej zmiany treści oferty podlegając zastosowaniu art. 87 ust. pkt 3 pzp. Zanegował także wartość dowodową załącznika 8 do odwołania z rysunkiem przedstawiającym schemat wycinka niwelety z oferty przystępującego.

Odnosnie zarzutu nr 4 dot. skrajni przejścia dla zwierząt przy PZDdz-39.7 stwierdził, że złożony rysunek miał charakter roboczy i poglądowy bez wskazania ostatecznej lokalizacji obiektu mającej wpływ na ustalenie jego skrajni. Niezależnie od tego wskazał, że zachował wymogi skrajni przejścia, co potwierdza rysunek obiektu. Wskazał także, że zmiana lokalizacji obiektu jest dopuszczalna, a kilometrą z Koncepcji programowej nie jest wiążący. W PFU na str. 34 wskazano, że materiały przekazane w t. V siwz nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, a wykonawca otrzymuje te materiały w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko. W tym zakresie zał. 10 do odwołania prezentujący przekrój podłużny obiektu przedstawiający nałożone na siebie dwie wersje niwelety, jedna z KP a druga przystępującego z przedstawieniem rzekomych niezgodności oraz kwestionowanej skrajni wykonawca kwestionuje pod względem wartości dowodowej.

Odnosnie zarzutu nr 5 dot. ścieżki rowerowej oraz chodnika dla 4 obiektów mostowych przystępujący wskazał, że zgodnie z pkt 1.1.3 PFU infrastruktura pieszo-rowerowa miała zostać zapewniona w postaci chodnika o szerokości 2 m, który mógłby łączyć obie funkcje; potwierdza to także odpowiedź zamawiającego na odwołanie. Z tego wynika, że

zamawiający nie oczekiwał od wykonawców dodatkowej – obok chodnika – ścieżki rowerowej. W tym zakresie przewidziano tolerancję +/- 10%, co wynika z odp. na pytanie nr 1 do siwz.

Ocena odwołującego zawarta w załączniku nr 11 do odwołania stanowiąca opinię opartą na przepisach rozporządzenia oraz zapisach PFU nie stoi w sprzeczności z wymiarami podanymi w ofercie uwzględniając dopuszczalną tolerancję.

Odnosnie zarzutu nr 6 dotyczącego technologii wzmocnienia podłoża przystępujący podnosi brak dowodu postawionej tezy odwołania. W szczególności dowodem takim nie jest treść wyjaśnień z 12 stycznia i 15 lutego 2018 r., w których przystępujący faktycznie przyjął w swojej ofercie technologię wzmocnienia podłoża dla przedmiotowych lokalizacji polegającej na powierzchniowej wymianie gruntu z dookreśleniem, na czym ta wymiana ma polegać. Zakwestionował wartość dowodową schematycznych rysunków załączonych do odwołania (zał. 13 a b i c).

Odnosnie zarzutu nr 7 dot. warstwy mrozoochronnej przystępujący wskazał, że oferuje warstwę w ilości wystarczającej dla realizacji zamówienia (zgodnie z wyliczeniem projektanta, zał. Nr 12 wynosi ona 143.275 m²). Stwierdził, że ilość wskazana przez odwołującego w oparciu o KP 388.000 m² nie jest rozstrzygająca, a zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie możliwość powierzchniowej wymiany określonego gruntu, dla którego warstwa mrozoochronna nie jest wymagana.

Odnosnie zarzutu nr 8 dot. elementów wyposażenia zaplecza zamawiającego przystępujący wskazał na wymogi siwz i zadeklarował dostarczenie zamawiającemu dostarczenie sprzętu zgodnego z wymogami. Zauważył, że wymagany sprzęt stanowi specjalistyczne urządzenia dedykowane do Laboratorium Drogowego, a nie standardowe, stąd posługiwanie się jedynie kartami katalogowymi czy specyfikacjami technicznym przez odwołującego jest chybione, gdyż wymagany sprzęt zostanie wyprodukowany na odrębne zamówienie.

Niezależnie od powyższego przystępujący wskazał na parametry wymiarów komory próżniowej, wyposażenia wiertnicy rdzeniowej oraz wiertniczy ciągnionej jako spełniających wymogi. Wskazał także na wartość urządzeń w oparciu o dane producenta i wartość we własnej ofercie jako wiarygodne ze wskazaniem marginalnego udziału kwotowego w kwocie kontraktu.

Strony i uczestnicy przedstawili dodatkową argumentację stanowisk w kolejnych pismach złożonych w Krajowej Izbie Odwoławczej

W piśmie procesowym złożonym dnia 18 kwietnia 2018 r. odwołujący przedstawił swoje odniesienia do stanowisk zamawiającego i przystępującego Polaqua.

Odnosnie długości i szerokości górnego przejścia dla dużych zwierząt (obiekt PZG-34.5) uzupełniająco wskazał na parametry obiektu zadeklarowane przez Polaqua i wynikające z załączonych do wyjaśnień rysunków. Stwierdził, że przystępujący w piśmie procesowym z 11.04.2018 r. zmienił prezentowane w wyjaśnieniach z 12.01.2018 r. oświadczenie nt. długości całkowitej obiektu: w wyjaśnieniach wskazano 61 m, w piśmie 68,5 m (pkt 6 s. 2 i 3). Wskazał na rozumienie długości ustroju nośnego obiektu którym nie jest wyłącznie suma szerokości poszczególnych powłok obiektów tuneli: pod drogę DK16+pod drogę ekspresową +pod drogę dojazdową. Wypełnienie gruntowe (zasypka) pomiędzy powłokami należy także do ustroju nośnego. Przejście dla zwierząt jest konstrukcją gruntowo-powłokową i same powłoki nie są obiektem a dopiero zespolone z gruntem. Na poparcie stwierdzenia przytoczył fragmenty z literatury fachowej oraz sformułowanie w pkt 2.1.16.2.2 PFU Konstrukcja nośna przęseł – wymagania ogólne, że obiekty należy projektować w jednej z poniższych konstrukcji, gdzie w pkt e/ wskazano – „gruntowo-powłokową”.

Przypomniał, że przystępujący mimo otrzymanego wezwania nie złożył wyczerpującej i szczegółowej informacji o elementach mających wpływ na realizację zamówienia, a przedstawione rysunki jako poglądowe takiego wyjaśnienia nie stanowią.

Podtrzymał stanowisko co do obowiązku zapewnienia prowadzenia przez wykonawców ruchu pieszo-rowerowego w obiektach wymienionych zgodnie z postanowieniami PFU i przepisami prawa o ruchu drogowym oraz rozporządzenia Ministra Transportu i gospodarki Morskiej z 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz.U. z 2016.124) wskazujące jako min. szerokość ścieżki rowerowej w wysokości 2 m z miejscem na skrajnie ścieżki oraz dopuszczanie do korzystania przez rowerzystów z chodnika lub drogi dla pieszych jedynie wyjątkowo.

Odnosnie niwelety uzupełniająco wskazał na treść wezwania z 11 grudnia 2017 r., wymagania 2.1.16.1 PFU oraz fakt, że Polaqua zakładając w ofercie wierzchołek niwelety na obiekcie WS 26.3 oraz nie zapewniając minimalnego spadku podłużnego na obiekcie min. 0,5%, ukształtowała niweletę niezgodnie z siwz.

Wskazał, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie nie zaprzeczył, że treść oferty Polaqua w zakresie niwelety jest niezgodna z PFU i że wierzchołek niwelety rzeczywiście, zgodnie z ofertą wypadnie na obiekcie i w związku z tym spadek podłużny będzie równy „0%”, ale bagatelizuje sprawę wskazując, że Polaqua w projekcie budowlanym zaprojektuje obiekt, na którym wierzchołek niwelety znajdzie się poza obiektem, a minimalny spadek podłużny na obiekcie będzie nie mniejszy niż 0,5%.

Odwołujący stwierdził, że takie stanowisko jest nie do przyjęcia wobec niezgodności treści oferty z treścią siwz i obowiązkiem zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odnośnie skrajni dla obiektu PZDdz-39.7 odwołujący stwierdził na podstawie analizy umiejscowienia obiektu względem istniejącego terenu, zgodnie z rysunkiem z oferty Polaqua, przyjmując minimalną grubość konstrukcji dla obiektu 1,24 m – grubość belki 1,0 m wraz z grubością nadbetonu 0,24 m (konstrukcja opisana w wyjaśnieniach Polaqua), że wymagana minimalna skrajnia nie została zachowana w ofercie.

Natomiast i tym razem zamawiający akceptuje taki stan rzeczy mówiąc o pogładowym charakterze rysunków załączonych do wyjaśnień wskazując, że wykonawca będzie miał 8 miesięcy na dostosowanie (w toku projektowania) oferty do zgodności z PFU. Odwołujący podkreśla znaczenie treści wyjaśnień wraz z rysunkami i konieczność zgodności z siwz w tym uwzględnienia wszystkich wymagań określonych w PFU, co wykonawca deklarował w treści wyjaśnień (pkt 10 pisma z 12 stycznia 2018 r.).

Wskazał także na odmienne rozwiązania przedstawione w piśmie procesowym z 11 kwietnia 2018 r. w stosunku do wyjaśnień z 12 stycznia.

Odnośnie wzmocnienia (wymiany) gruntu odwołujący kwestionuje stanowisko zamawiającego, który nie dopatrył się niezgodności oferty z siwz, pomimo że przyznał, że Polaqua zaoferowała wzmocnienie (wymianę) gruntu na pewnych odcinkach na głębokość do 1 m („powierzchniowa wymiana gruntu”), a następnie przyznał, że w tych miejscach „średnia grubość koniecznej wymiany wynosi 2 m” (s. 9 odpowiedzi na odwołanie). Jednak wg wyliczeń zamawiającego w jednym miejscu Polaqua wymieni grunt w większym zakresie niż zaoferowała, a w drugim nie musi wymieniać, bo wypadnie tam obiekt mostowy i wg zamawiającego wielkości prawie się zbilansują, gdyż łączna niezgodność ilości gruntu do wymiany wyniesie ok 1870 m³, co daje wartość procentową 0,04%. Odwołujący podkreśla w omawianym zakresie niezgodność z siwz zwłaszcza co do bezwzględnego wymogu wymiany gruntu na głębokość 2 m.

Odnośnie warstwy mrozoochronnej odwołujący przypomniał zaniżenie w ofercie konkurenta długości dróg dojazdowych, na których wymagane jest zastosowanie warstwy mrozoochronnej i zostało potwierdzone przez zamawiającego, który mimo dokonanego ustalenia nie uznaje za uzasadnione zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odnośnie wyposażenia zaplecza (laboratorium) przypomniał, że trzy pierwotnie zaoferowane urządzenia wskazane w wyjaśnieniach Polaqua na wezwanie zamawiającego, nie spełniają wymogów siwz. Zauważył, że na potrzeby postępowania odwoławczego Polaqua zmieniła model komory próżniowej, co potwierdza niezgodność z siwz.

W piśmie procesowym złożonym z dnia 18 kwietnia 2018 r. złożonym dnia 19 kwietnia 2018 r. zamawiający przedstawił swoje stanowisko.

Wskazał, że treść oferty musi odpowiadać treści siwz, a w razie niezgodności w tym zakresie sankcją jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Przypomniał, że zasada niezmienności oferty odnosi się do elementów stanowiących treść oferty, ofertą objęte i w niej wyrażone.

Wyjaśnienia treści oferty mogą, przy spełnieniu pewnych warunków, stanowić podstawę do odrzucenia oferty, mogą być bowiem traktowane jako dowód, że oferta w rzeczywistości nie jest zgodna z wymaganiami. Jednak w przeciwieństwie do treści oferty wyjaśnieniom treści oferty nie nadano rygoru niezmienności, tak jak zrobiono to w stosunku do samej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy pzp). Powyższy pogląd wyraziła Izba w wyroku 334/18 i 336/18 będącym rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego w ramach tego samego postępowania odnośnie Zadania nr 3: odcinek węzeł Wysokie – m. Raczki.

Zgodnie z wzorem formularza oferty wykonawcy na etapie składania ofert zobowiązani byli do złożenia jedynie ogólnego oświadczenia o zgodności oferty z siwz i do zawarcia umowy zgodnej z ofertą, na warunkach określonych w siwz oraz wskazania ceny, za jaką zobowiązując się wykonać przedmiot zamówienia, zgodnie z załączonym do oferty wykazem płatności. Oznacza to, że zamawiający nie wymagał, aby wraz z ofertą wykonawcy przedłożyli jakiegokolwiek merytoryczne dokumenty, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a tym samym aby posługiwali się na etapie ofert wszystkimi gotowymi i niezmiennymi założeniami. Zamawiający podkreśla, że wykonawcy nie byli zobowiązani do przedstawienia w ofercie nawet ogólnej koncepcji, ani też założeń, w jaki sposób poszczególne wymagania związane z wykonaniem przedmiotu umowy zostaną zrealizowane, w tym również do wskazania parametrów przyjętego do wyceny sprzętu laboratoryjnego.

W konsekwencji czego przedłożone na wezwanie wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp nie stanowią treści oferty, ponieważ ich treść nie została w niej wprost wyrażona. Jedynie elementy objęte treścią oferty i w niej wyrażone mogą być oceniane pod kątem ich niezgodności z siwz.

Zamawiający na etapie oceny ofert uznał, że treść oferty Polaqua jest zgodna z siwz. A zatem również porównywalna do innych ofert. Złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia miały służyć zobrazowaniu przyjętych wstępnie do oferty założeń, które należy odczytywać zgodnie z ich intencją, wyłącznie jako robocze. Nie sposób mówić, w przypadku formuły „projektuj i buduj”, w jakiej przedmiotowe zamówienie będzie realizowane, o konkretnych i przede wszystkim o ostatecznych rozwiązaniach projektowych przyjętych do oferty, skoro wykonawcy wraz z siwz otrzymali jedynie zalecenia (w postaci PFU) co do projektu. Gotowe i kompleksowe rozwiązania wykonawcy będą zobowiązani przedstawić do

zatwierdzenia zamawiającemu dopiero na etapie realizacji umowy. Zarówno odwołujący, jak i przystępujący po jego stronie wywodzą daleko idące wnioski i skutki z całokształtu udzielonych przez Polaqua wyjaśnień. Zamawiający formułując pytania zawarte w wezwaniu oczekiwał odpowiedzi na konkretne kwestie poruszone w danym pytaniu. Nie było jego zamiarem, ani też założeniem tworzenie na podstawie wszystkich udzielonych wyjaśnień kompleksowego obrazu rozwiązania przyjętego do sporządzenia oferty przez przystępującego Polaqua sp. z o.o.

Odnosząc się do argumentów i dokumentów przedstawionych na rozprawie przez odwołującego zamawiający podtrzymując dotychczasowe stanowisko stwierdził:

1/ w odniesieniu do obiektu PZG-34.5 wskazał, że otrzymał wyjaśnienie poparte rysunkami roboczymi, że warunek bezkolizyjnego przejścia zwierząt nad wszystkimi drogami został spełniony, długość całkowita ustroju nośnego podana w wyjaśnieniach i zmierzona z rysunku przez zamawiającego (wskazując na roboczy charakter rysunku i przybliżony sposób dokonania pomiaru) jest zgodna z siwz, a szerokość użytkowa obiektu 56,80 m spełnia warunki minimalnej szerokości użytkowej obiektu, gdyż jest większa od minimalnych szerokości określonych w PFU;

2/ w odniesieniu do obiektu PZG-34.5 wskazał na wyjaśnienie pkt 5/ poniżej;

3/ odnośnie obiektu WS-26.3dot. zagadnień związanych z korektą niwelety wskazał na załącznik graficzny wyjaśnień wskazujący miejsca, w których przyjęto zmianę niwelety pokazanej w sposób schematyczny.

Ocena rysunku dokonana przez odwołującego jest nieuzasadniona, gdyż stanowi nadinterpretację jego przeznaczenia wykraczając poza informacje przedstawione. Przypomniano, że przebieg niwelety zostanie opracowany na etapie wykonywania dokumentacji technicznej zgodnie z siwz stanowiąc element przedmiotu zamówienia, a nie treści oferty. Deklarację o takim opracowaniu ostatecznego wariantu niwelety wykonawca kilkakrotnie złożył w wyjaśnieniach.;

4/ przedstawiono możliwości rozwiązania dla obiektu PZDdz-39.7 z uwzględnieniem optymalizacji niwelety i uzasadnioną lokalizacją obiektu inżynierskiego;

5/ w zakresie sposobu rozwiązania infrastruktury dla potrzeb ruchu pieszego i rowerowego (pieszo-rowerowego) wskazano na wyjaśnienia Polaqua jako zgodne z postanowieniami PFU i mającymi zastosowanie przepisami Prawa o ruchu drogowym;

6/ w zakresie technologii wzmocnienia podłoża w tym oszacowaniu konieczności wymian gruntów wskazano na odcinki, gdzie przystępujący przewiduje wzmocnienie i brak, zdaniem zamawiającego uzasadnienia dla dodatkowego wzmocnienia gruntu w lokalizacji wskazanej przez odwołującego i niezasadność zarzutu o niedoszacowaniu zakresu tych prac.

Zamawiający przypomniał, że wielkość prac będzie można ustalić na etapie projektowania uwzględniając rzeczywisty układ warstw gruntów;

7/ odnośnie powierzchni wykonania warstwy mrozochronnej zamawiający uznał, że przedstawiona przez Polaqua ilość warstwy mrozochronnej nie została zaniżona;

8/ w zakresie elementów wyposażenia zaplecza zamawiającego, uznano na podstawie wyjaśnień wykonawcy oraz informacji producentów/dostawców, że planowane do dostarczenia urządzenia są dostosowywane do aktualnych wymagań i potrzeb, a ewentualne opisy w ogólnych kartach katalogowych nie są tożsame z rzeczywistymi parametrami konkretnych urządzeń.

W toku rozprawy strony i uczestnicy przedstawili stanowiska podtrzymując zarzuty, żądania i argumenty wyrażone w złożonych pismach.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na oddalenie.

Niesporne jest, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wynik jest kwestionowany przez odwołującego, są roboty budowlane polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych, co zostało ustawowo zdefiniowane w art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w praktyce określane jest jako formuła „zaprojektuj i wybuduj”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że prowadził on postępowanie z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy przez niezastosowanie przepisu w celu odrzucenia oferty Polaqua jako zawierającej treść niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Jak wynika z dokumentacji postępowania oferta wykonawcy w zakresie przedmiotowym zawierała deklarację wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz, oświadczenie o zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu, ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami siwz przekazanymi przez zamawiającego z

uznaniem się przez wykonawcę za związanego określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania, a także oświadczenie o zapoznaniu się z warunkami kontraktu określonymi w siwz i zobowiązaniu się, w przypadku wyboru oferty, do zwarcia umowy zgodnie z ofertą na warunkach określonych w siwz, w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego (pkt 1, 2 i 11 formularza oferty). Ponadto określono termin związania ofertą, cenę i termin realizacji zamówienia.

Stosownie do art. 31 ust. 2 ustawy pzp, zważywszy na przedmiot zamówienia, został on opisany za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

W toku badania i oceny ofert zamawiający zwrócił się wykonawców, w tym Polaqua sp. z o.o., w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, stwierdzając, iż wezwanie ma na celu weryfikację i ustalenie stopnia gotowości firmy do realizacji kontraktu, co polegało na ustaleniu, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w siwz, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) oraz Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (WWiORB) stanowiących załącznik do PFU.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Polaqua udzielone na wezwania z 11 grudnia 2017 r. i 8 lutego 2018 r. zamawiający uznał za potwierdzające uwzględnienie wszystkich postawionych wymagań siwz.

Jak stwierdził odwołujący z treści złożonych wyjaśnień wynika iż treść oferty nie jest zgodna z treścią siwz.

Oczywiście zasadne jest stwierdzenie, że skutkiem ustalenia takiej niezgodności jest czynność odrzucenia oferty. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp zawiera natomiast sankcję niedochowania ww. wymogu, z której wynika obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, tj. możliwości dokonania jej korekty.

Zauważyć należy, że żaden z zarzutów odwołania nie został w sprawie podniesiony w stosunku do treści oferty (o zawartości wyżej przedstawionej) lub jakiegokolwiek załącznika do oferty. Niesporne jest, że zarzuty odnoszą się wprost do treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę zamawiającemu na jego wezwanie.

Kwestia wyjaśnień regulowana jest przez art. 87 ust. 1 ustawy pzp stanowiący, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wskazany przepis podkreśla zasadę związania wykonawcy oświadczeniami zawartymi w ofercie oraz niezmiennosc treści oferty. Zasady te odnoszą się do elementów, które treścią oferty zostały objęte i w niej wyrażone.

Niesporne jest, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie żądał od wykonawców przedstawienia, nawet ogólnego, koncepcji wykonawcy, w jaki sposób wymagania opisane w siwz, zostaną zrealizowane poprzestając na sformułowaniu wymogów o treści zawartej w formularzu ofertowym. Skład orzekający podziela w tym przedmiocie ocenę zawartą w wyroku sygn. akt: KIO 334/18, KIO 336/18 z dnia 9 marca 2018 r. iż *„Zamawiający miał prawo sformułować założenia oferty w taki sposób. Jednak oznacza on faktycznie, że Zamawiający zawierzył wykonawcom, jako profesjonalistom w danej dziedzinie, których weryfikował na wcześniejszych etapach postępowania, że spełnią oni jego wymogi, nie widząc potrzeby (przynajmniej w chwili sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia) kontroli ich oświadczeń poprzez zawarcie w ofercie dokładniejszego opisu sposobu wykonania zamówienia. Taka forma oferty odznacza się zaletą w postaci niewielkiego jej skomplikowania, ale też wadą – w postaci braku możliwości jej weryfikacji na podstawie treści w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości w zakresie rzeczywistych założeń wykonawcy przy sporządzaniu oferty.”*

W sprawie rozpatrywanej zamawiający przyjął taką właśnie formułę oferty i wymogu co do jej treści. Po otrzymaniu ofert skorzystał, jak wcześniej wskazano, z instytucji wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, co w każdym przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczalne. Nie można przy tym wykluczyć, że treść wyjaśnień potwierdza, iż treść oferty nie jest zgodna z treścią siwz, a w konsekwencji oferta podlega odrzuceniu. Taką właśnie tezę postawił odwołujący w sprawie stwierdzając przy tym, że wyjaśnienia stanowią oświadczenia woli na równi z oświadczeniem z oferty i stanowią w istocie integralną z ofertą całość.

W ocenie składu orzekającego brak jest podstaw do takiego stwierdzenia. W odróżnieniu od treści oferty wyjaśnienia jej treści nie są objęte wymogiem niezmienności, takim jak dotyczy samej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy pzp), nie stanowią również oświadczenia woli o charakterze zobowiązaniowym. Ocena ta jest oczywista i naturalna w kontekście przedmiotu zamówienia – formule „zaprojektuj i wybuduj”, jak i treści zapytań zamawiającego, który oczekiwał wyjaśnień, w jaki sposób wykonawca zamierza rozwiązać określoną kwestię w mającym być opracowanym projekcie lub też na etapie realizacji robót budowlanych. Otrzymane wyjaśnienia zarówno w części opisowej, jak i graficznej służyły wyjaśnieniu zamawiającemu przewidywanych założeń i nie stanowiły części dokumentacji ofertowej lub

dokumentacji projektowej stanowiącej wszakże przedmiot zamówienia przewidzianego do realizacji przez wybranego wykonawcę.

Za prawidłowe z takim stanie rzeczy uznać zatem należy stanowisko zamawiającego, który w wyniku oceny ofert uznał, że treść oferty Polaqua jest zgodna z siwz i porównywalna do innych ofert. Złożone na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia służyły wyłącznie zobrazowaniu przyjętych wstępnie do oferty założeń, które należy odczytywać zgodnie z ich intencją, wyłącznie jako robocze. W przypadku formuły „projektuj i buduj”, w jakiej przedmiotowe zamówienie będzie realizowane nie ma podstaw do żądania i oceniania konkretnych i ostatecznych rozwiązań projektowych, które nie są tożsame z założeniami przyjętymi do oferty. Gotowe i kompleksowe rozwiązania wykonawcy będą zobowiązani przedstawić do zatwierdzenia zamawiającemu dopiero na właściwym etapie realizacji umowy.

Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w oparciu o treść wyjaśnień nie stanowiących treści oferty w niniejszym postępowaniu.

Ponownie powołując treść wyroku KIO jw. skład orzekający w pełni je podziela: *„Izba zauważa tu, że powyższego rozstrzygnięcia nie należy interpretować jako stwierdzenia, że Zamawiający powinien przyjąć ofertę niezgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo ofertę, której cena nie pozwoli zamówienia prawidłowo zrealizować – wręcz przeciwnie, Izba podziela tu stanowisko Zamawiającego, że w każdym przypadku, nawet przy tak ogólnie sformułowanych ofertach, po stwierdzeniu niezgodności oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo innych podstaw obligatoryjnego odrzucenia, ma obowiązek ją odrzucić.*

Muszą być jednak ku temu odpowiednie podstawy – tak merytoryczne, jak i formalne. Między innymi Zamawiający powinien odpowiednio ukierunkować wyjaśnienia treści oferty, jak też uzyskać od wykonawcy odpowiednio szczegółowe i konkretne informacje. Nie może bowiem zaskakiwać wykonawcy swoimi rozstrzygnięciami w momencie, kiedy swoich wątpliwości na etapie wyjaśnień oferty nie ujawnił i prawidłowo nie zweryfikował.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: