Sygn. akt: KIO 2297/22

WYROK

z dnia 15 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Anna Chudzik
Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2022 r. przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg

Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji

Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin,

przy udziale wykonawcy Kolin in§aat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim §irketi, działającego przez Kolin in§aat Turizm Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce, ul. Progi 1 lok. 3, 00-634 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od odwołującego: Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa na rzecz zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie, ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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: .....

Sygn. akt KIO 2297/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Lublinie, ul. Ogrodowa 21,

20-075 Lublin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 7: węzeł „Zamość Południe" bez węzła - węzeł „Tomaszów Lubelski Północ" bez

węzła; dł. ok. 18,498 km", numer referencyjny: O.LU.D-3.2410.5.2021.af. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu

22.12.2021 r., nr 2021/S 248-655240.

Pismem z dnia 23.08.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Kolin in§aat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim ęirketi.

W dniu 02.09.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kolin, pomimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności:

- nie uwzględnia wymogów SWZ, w tym odpowiedzi udzielonej przez zamawiającego na pytanie nr 56 dotyczące odwodnienia,

- nie uwzględnia założeń SWZ dotyczących ochrony akustycznej,

2) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kolin z udziału w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji (wskazanych w uzasadnieniu odwołania), że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu,

3) art. 16 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zamawiający wezwał w dniu 16 maja 2022 r. Wykonawcę Kolin do wyjaśnień w trybie

art. 223 ust. 1 Pzp. Wykonawca Kolin w dniu 30 maja 2022 r udzielił między innymi następującej odpowiedzi na pytanie nr 62 „Jaką ilość przepompowni przyjął Wykonawca w ofercie? Prosimy o podanie kluczowych parametrów oraz wartości".

„Wykonawca w swojej ofercie przewidział i wycenił konieczną ilość przepompowni w ramach systemu odwodnienia odcinka S17 i ilości oraz podstawowe parametry przepompowni zostały zestawione w Aneksie A62

Aneks A62 Zestawienie pompowni

Na potrzeby złożenia oferty ogółem Wykonawca przyjął wstępnie zaprojektowanie i realizacje 14 pompowni wód deszczowych o szacunkowych parametrach wyszczególnionych w tabeli poniżej. Przedstawione pompownie i ich podstawowe parametry zostały opracowane na podstawie wstępnych danych, dlatego też zarówno ich liczba jak i parametry mogą ulec zmianie w procesie projektowania w wyniku uszczegółowionych danych i uzyskanych na tej podstawie optymalizacji rozwiązań projektowych."

Wykonawca wskazał również następujące zestawienie przepompowni. (...)

Po pierwsze: Odwołujący podnosi, iż Wykonawca w odpowiedzi wskazał, że przyjął 14 przepompowni, podał ich parametry ale nie wskazał wartości przepompowni, co było przedmiotem pytania Zamawiającego. Tym samym Wykonawca Kolin nie udzielił odpowiedzi na przedmiotowe pytanie Zamawiającego.

Po drugie: Odwołujący podnosi, iż Wykonawca Kolin uwzględniając pompownie w Ilości 14 szt nie jest w stanie zapewnić wymagań Zamawiającego opisanych w warunkach zamówienia.

Wymagania Zamawiającego odnośnie odwodnienia zostały opisane w TOM-ie III SWZ oraz uszczegółowione na etapie procedury przetargowej między innymi w odpowiedzi na pytanie 56. Udzielając odpowiedzi na to pytanie Zamawiający podwyższył swoje wymagania co do systemu odwodnienia, zarówno co do zapisów PFU a tym bardziej w stosunku do Koncepcji Programowej; która de facto nie jest materiałem wiążącym Wykonawcę i nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia a Wykonawcy otrzymali ją tylko w celach poglądowych, co Zamawiający wielokrotnie podkreślał.

Pytanie 56 „Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie wspólnego odwodnienia drogi ekspresowej i pozostałych dróg" - Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

- „Zamawiający wyjaśnia, że nie dopuszcza wspólnego odwodnienia drogi ekspresowej i pozostałych dróg. Wymagania dotyczące system odwodnienia zostały opisane w PFU. Na etapie postępowania przetargowego nie uzgadnia szczegółowego rozwiązania." (...)

Przedmiotowa odpowiedź Zamawiającego wymuszała na potencjalnym Wykonawcy przeprowadzenia analizy zlewni, przy uwzględnieniu w ofercie odrębnego odwodnienia drogi ekspresowej i pozostałych dróg tj. fizycznego podzielenia zlewni wraz z zapewnieniem odrębnego systemu odwodnienia dla drogi ekspresowej i pozostałych dróg. W konsekwencji odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 56 skutkuje koniecznością zaprojektowania i w późniejszym etapie wykonania dodatkowych przepompowni, których nie zakładała Koncepcja Programowa.

Zaproponowane przez Wykonawcę Kolin rozwiązanie opierające się na 14 pompowniach o dużej wydajności (maksymalnie Q=410 l/s , wysokość podnoszenia Hp>20m) świadczy o rozwiązaniu, w którym nie rozdzielono systemów odwodnienia drogi ekspresowej i dróg lokalnych a jedynie przewidziano jeden system odwodnienia drogi ekspresowej S17. Co przekłada się na wniosek, że Kolin nie przewidział w swojej ofercie wymogu rozdzielenia odwodnienia dróg lokalnych od drogi ekspresowej. Zatem oferta Wykonawcy Kolin nie spełniają wymagań SWZ wprowadzonych odpowiedzią na pytanie nr 56. (...) Z uwagi na długość odcinka (18,7km) oraz gęstość sieci dróg lokalnych konieczne jest przyjęcie dodatkowych 20 pompowni do odwodnienia dróg lokalnych. Do obsługi systemu odwodnienia drogi ekspresowej Odwołujący przyjął 13 pompowni. Na podstawie ukształtowania terenu oraz lokalizacji odbiorników wód opadowych względem początku i końca odcinka 7 drogi S17 można jasno stwierdzić iż, zaprojektowanie 14 pompowni do obsługi rozdzielnych systemów odwodnienia nie jest możliwe. (...)

Ponadto Odwołujący podnosi, iż Wykonawca Kolin - nie uwzględnia założeń SWZ dot. ochrony akustycznej bowiem nie udzielił odpowiedzi na pytanie nr 58 dot. ekranów akustycznych w zakresie założonej lokalizacji, rodzaju, wysokości. Udzielając odpowiedzi na przedmiotowe pytanie Kolin wskazał jedynie przyjętą powierzchnię i koszt ich realizacji. Zatem również z tego względu ofertę Wykonawcy należy odrzucić.

Jednocześnie Wykonawca Kolin w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego, a zatem podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez

Zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty złożonej przez Kolin jako oferty niezgodnej z wymogami SWZ,

3) wykluczenia wykonawcy Kolin z udziału w postępowaniu, ponieważ wprowadził zamawiającego w błąd i uznania złożonej przez tego wykonawcę oferty za odrzuconą,

4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty wykonawcy Kolin,

5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Pismem z dnia 08.09.2022 r. wykonawca Kolin in§aat Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim ęirketi, działający przez Kolin in§aat Turizm Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce, ul. Progi 1 lok. 3, 00-634 Warszawa (dalej: „przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 13.09.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 13.09.2022 r. również przystępujący przedstawił swoją argumentację.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac projektowych, wykonanie robót budowlanych w zakresie m.in.: drogi ekspresowej, przebudowy dróg kolidujących z planowaną drogą ekspresową, budowa dodatkowych jezdni, miejsc obsługi podróżnych, rozbudowę Obwodu Utrzymania Drogi (OUD), systemu odwodnienia korpusu drogowego, istniejących cieków, istniejących rzek i rowów, urządzeń ochrony środowiska, ekranów akustycznych.

Na pytanie (nr 56) jednego z wykonawców o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza zastosowania wspólnego odwodnienia drogi ekspresowej i pozostałych dróg?", zamawiający odpowiedział: „Zamawiający wyjaśnia, że nie dopuszcza wspólnego odwodnienia drogi ekspresowej i pozostałych dróg. Wymagania dotyczące systemu odwodnienia zostały opisane w PFU. Na etapie postępowania przetargowego Zamawiający nie uzgadnia szczegółowych rozwiązań".

Pismem z dnia 16.05.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zadał przystępującemu 70 pytań, w tym:

- pytanie nr 58: „Jaki zakres ochrony akustycznej Wykonawca przewidział w swojej ofercie? Prosimy o podanie założonej lokalizacji, rodzaju, wysokości i długość ekranów oraz przyjęte w ofercie koszty ich realizacji",

- pytanie nr 62: „Jaką ilość przepompowni przyjął Wykonawca w ofercie? Prosimy o podanie ich kluczowych parametrów oraz wartości".

Odpowiedzi na oba pytania przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający odtajnił wyjaśnienia przystępującego z dnia 30.05.2020 r., a odwołanie na tę czynność zamawiającego zostało oddalone (wyrok z dnia 28.07.2022 r., sygn. akt KIO 1810/22).

Na pytanie nr 58 przystępujący odpowiedział:

„W Ofercie przewidziano ochronę akustyczną zgodnie z zapisami Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia - ekrany akustyczne oraz nawierzchnię o zredukowanej hałaśliwości (Decyzje: znak WOOŚ.4200.1.2011.LP z dnia 08 kwietnia 2016r., znak: WOOŚ. 4200.2.2016.LP z dnia 10 stycznia 2017, znak:WOOŚ.420.9.2021.LP z dn.25 stycznia 2022) Przewidziano zastosowanie ekranów akustycznych pochłaniających lub odbijających w rejonach terenów chronionych akustycznie zgodnie z zapisami DŚU.

Przyjęto parametry techniczne ekranów zgodnie z WWIORB i PFU. Nie przewiduje się ekranów wyższych niż 8m (z uwzględnieniem dyfaktora). Zgodnie z zapisami pkt 1.1.3.6. PFU Zamawiający poleciał przyjąć na potrzeby oferty - 7297 m2 ekranów pochłaniających i 2459 m2 ekranów odbijających. Orientacyjnie miejsca lokalizacji przyjęto zgodnie z materiałami Analiza akustyczna po KOPI - ZMIANA SWZ 1 - pytanie 001.

Na etapie projektu budowlanego oraz wykonawczego Wykonawca opracuje wszelkie niezbędne opracowania projektowe (w tym klasyfikację akustyczną terenów ze szczegółową aktualizacją faktycznego stanu zagospodarowania terenów podlegających ochronie akustycznej znajdujących się w zasięgu oddziaływania drogi według stanu na dzień wykonywania analizy akustycznej), uzyska w imieniu i na rzecz Zamawiającego konieczne opinie i warunki techniczne, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla wykonania Kontraktu zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i Warunkami Kontraktu, na podstawie których wykona roboty budowlane, związane z budową ekranów akustycznych w określonych lokalizacjach i wysokościach. W przypadku konieczności zmian ilości lub innych parametrów ekranów akustycznych, znajdą zastosowanie postanowienia Kontraktu, w tym pkt 1.1.3.6. PFU.

Przewidziano wykonanie nawierzchni o zredukowanej hałaśliwości na odcinku o długości ok 1 km zgodnie z zapisami Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia znak: WOOŚ.42O.9.2021.LP z dn. 25 stycznia 2022 r.).

Przewidziany koszt realizacji ekranów akustycznych został podany w Aneksie A58”. Przystępujący dodał tabelę z podaniem kosztów ekranów pochłaniających i odbijających.

Na pytanie nr 62 przystępujący odpowiedział:

„Na potrzeby złożenia oferty ogółem Wykonawca przyjął wstępnie zaprojektowanie i realizację 14 pompowni wód deszczowych o szacunkowych parametrach wyszczególnionych w tabeli poniżej.

Przedstawione pompownie i ich podstawowe parametry zostały opracowane na podstawie wstępnych danych, dlatego też zarówno ich liczba jak i parametry mogą ulec zmianie w procesie projektowania w wyniku uszczegółowionych danych i uzyskanych na tej podstawie optymalnych rozwiązań projektowych.

Lp.	Nr pompowni	Wydajność pompowni	Wysokość podnoszenia	Rodzaj pracy
1	Pompownia P1	Q=40 l/s;	H=23m,	praca 1+1,
2	Pompownia P2	Q=80 l/s;	H=23m,	praca 1+1,
3	Pompownia P3	Q=110 l/s;	H=22m,	praca 1+1,
4	Pompownia P4	Q=190 l/s;	H=11m,	praca 1+1,
5	Pompownia P4A	Q=230 l/s;	H=37.0m,	praca 1+1,
6	Pompownia P5	Q=310 l/s;	H=32m,	praca 1+1,
7	Pompownia P6	Q=360 l/s;	H=32m,	praca 2+1,
8	Pompownia P7	Q=410 l/s;	H=14m,	praca 1+1,
9	Pompownia P8	Q=50 l/s;	H=20m,	praca 1+1,
10	Pompownia P9	Q=70 l/s;	H=6m,	praca 1+1,
11	Pompownia P10	Q=100 l/s;	H=6m,	praca 1+1,
12	Pompownia P11	Q=100 l/s;	H=6m,	praca 1+1,
13	Pompownia P12	Q=30 l/s;	H=6m,	praca 1+1,
14	Pompownia P12a	Q=20 l/s;	H=6m,	praca 1+1,

Pismem z dnia 23.08.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę,

jeżeli:

2.a) została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego w pierwszej kolejności należy wskazać, że niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty w sytuacji braku wyraźnego wymagania, z którym oferta ta miałaby być niezgodna lub w sytuacji, gdy nie można bez wątpliwości stwierdzić niezgodności oferty z określonym wymaganiem, stanowiłoby naruszenie zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie przede wszystkim należy zauważyć, że zamówienie jest udzielane w formule „zaprojektuj i wybuduj", co oznacza, że przedmiot zamówienia został opisany w programie funkcjonalno-użytkowym (dalej: „PFU"), który zgodnie z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Jak słusznie wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.10.2016 r. o sygn. akt KIO 1883/16: „Program funkcjonalno-użytkowy jest jedynie wstępem do opracowania samego projektu budowlanego, który w sposób ostateczny określa wszystkie parametry techniczne obiektu budowlanego i za którego prawidłowe sporządzenie odpowiada wykonawca. Z uwagi na ogólny charakter programu funkcjonalno-użytkowego, w praktyce przy sporządzaniu samego projektu często powstaje potrzeba zmiany, doprecyzowania parametrów i rozwiązań uprzednio przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym". Tym samym należy zwrócić uwagę, że w przypadku udzielenia zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj" dopiero wybrany wykonawca w sporządzonej dokumentacji projektowej zobowiązany będzie do określenia szczegółowych rozwiązań dotyczących realizacji zamówienia.

Przechodząc zatem do analizy dokumentacji niniejszego postępowania w zakresie zarzutu dotyczącego odwodnienia, po pierwsze należy zauważyć, że jak wynika

z odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 16 dotyczące SWZ, materiały zawarte w Tomie V SWZ, w tym Koncepcja Programowa, nie stanowiły opisu przedmiotu zamówienia, ale były przekazane wykonawcom jedynie w celach poglądowych. Tym samym wskazana w ww. Koncepcji liczba przepompowni nie była wiążąca dla wykonawców. Z kolei w PFU, którego treść była wiążąca dla wykonawców, zamawiający wskazał w pkt 1.1.3.5. m.in.: „System odwodnienia powinien wynikać z przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań, decyzji środowiskowej, Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych, uzyskanych zgód wodnoprawnych, warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków oraz opracowanej dokumentacji hydrologicznej", zaś w pkt 2.1.9 PFU: „Wykonawca wykona analizę kosztów budowy i 20 letniego utrzymania dla 2 rozwiązań odprowadzenia wód, w tym jednego bez zastosowania przepompowni oraz zarekomenduje rozwiązanie w oparciu o ww. analizy". Z ww. postanowień PFU wynika zatem, że konkretna liczba przepompowni nie została w nim wskazana, gdyż wykonawcy mieli samodzielnie zaprojektować system odwodnienia, w tym liczbę przepompowni, w oparciu o dokumenty wymienione w pkt 1.1.3.5 PFU, a ponadto mieli przedstawić dwa rozwiązania odprowadzenia wód, w tym jedno bez zastosowania przepompowni. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na treść odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 990, w której zamawiający (mimo dokonania częściowej zmiany w pkt 1.1.3.5. PFU) podtrzymał wymóg ograniczenia stosowania przepompowni i kanałów tłocznych.

Biorąc zatem pod uwagę fakt, że zamówienie jest udzielane w formule „zaprojektuj i wybuduj", a wiążący dokument, jakim jest PFU, nie zawiera wskazania konkretnej liczby przepompowni, ale wymienia inne dokumenty, w oparciu o które wykonawcy mają samodzielnie opracować system odwodnienia, nie można stwierdzić, że mamy w tej sprawie do czynienia z jednoznacznym postanowieniem dotyczącym liczby przepompowni, z którym oferta przystępującego mogłaby być uznana za niezgodną. Brak takiego jednoznacznego warunku zamówienia dotyczącego liczby przepompowni koresponduje zresztą z odpowiedzią przystępującego na pytanie nr 62, w której przystępujący wskazał m.in.: „Na potrzeby złożenia oferty ogółem Wykonawca przyjął wstępnie zaprojektowanie i realizację 14 pompowni wód deszczowych o szacunkowych parametrach wyszczególnionych w tabeli poniżej. Przedstawione pompownie i ich podstawowe parametry zostały opracowane na podstawie wstępnych danych, dlatego też zarówno ich liczba jak i parametry mogą ulec zmianie w procesie projektowania w wyniku uszczegółowionych danych i uzyskanych na tej podstawie optymalnych rozwiązań projektowych." [podkreślenia własne KIO]. Zatem w przedmiotowej sprawie brak jest zarówno wyraźnego postanowienia określającego liczbę wymaganych przepompowni, jak i brak jest możliwości jednoznacznego stwierdzenia, że przystępujący oferuje wykonanie wyłącznie 14 przepompowni.

Tym samym nie zachodzi podstawa zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie mamy w tym przypadku do czynienia ani z wyraźnym wymaganiem, z którym oferta przystępującego miałaby być niezgodna ani z niewątpliwą treścią tej oferty, która świadczyłaby o takiej niezgodności.

Co więcej, jak wynika z pkt 2.1.9. PFU oraz z odpowiedzi na pytanie nr 990, zamawiający oczekiwał w niniejszym postępowaniu ograniczenia liczby przepompowni, a nawet dopuszczał realizację zamówienia bez przepompowni, zatem zarzut odwołującego wskazujący na ich zbyt małą liczbę zaoferowaną przez przystępującego tym bardziej nie może być uznany za zasadny.

Izba nie podzieliła także argumentacji odwołującego dotyczącej braku wskazania w odpowiedzi na pytanie nr 62 wartości przepompowni. Z dokumentacji zamówienia wynika, że pytając o ceny, zamawiający używał słowa „koszt", natomiast użyte w pytaniu nr 62 słowo „wartość" odnosiło się do parametrów przepompowni, które zostały przez przystępującego podane. Zatem w tym zakresie zarzut również został uznany za niezasadny.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych zarzutów dotyczącego ekranów akustycznych, należy zauważyć, że w odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 58 przystępujący wskazał m.in.: „Przewidziano zastosowanie ekranów akustycznych pochłaniających lub odbijających w rejonach terenów chronionych akustycznie zgodnie z zapisami DŚU. Przyjęto parametry techniczne ekranów zgodnie z WWIORB i PFU. Nie przewiduje się ekranów wyższych niż 8m (z uwzględnieniem dyfaktora). Zgodnie z zapisami pkt 1.1.3.6. PFU Zamawiający poleciał przyjąć na potrzeby oferty - 7297 m2 ekranów pochłaniających i 2459 m2 ekranów odbijających. Orientacyjnie miejsca lokalizacji przyjęto zgodnie z materiałami Analiza akustyczna po KOPI - ZMIANA SWZ 1 - pytanie 001." [podkreślenia własne KIO] Przystępujący wskazał zatem rodzaj, wysokość i lokalizację ekranów akustycznych, przy czym z uwagi na udzielanie zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj", podał informację w tym zakresie z uwzględnieniem dostępnej mu na tym etapie postępowania dokumentacji

zamówienia. Potwierdza to inny fragment udzielonej odpowiedzi: „W Ofercie przewidziano ochronę akustyczną zgodnie z zapisami Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia - ekrany akustyczne oraz nawierzchnię o zredukowanej hałaśliwości (Decyzje: znak WOOŚ.4200.1.2011.LP z dnia 08 kwietnia 2016r., znak: WOOŚ. 4200.2.2016.LP z dnia 10 stycznia 2017, znak:WOOŚ.420.9.2021.LP z dn.25 stycznia 2022). (...) Na etapie projektu budowlanego oraz wykonawczego Wykonawca opracuje wszelkie niezbędne opracowania projektowe (...) W przypadku konieczności zmian ilości lub innych parametrów ekranów akustycznych, znajdą zastosowanie postanowienia Kontraktu, w tym pkt 1.1.3.6. PFU". W związku z tym nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu braku wskazania rodzaju, wysokości i lokalizacji ekranów akustycznych.

W świetle powyższych ustaleń, tj. braku podstaw do stwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia w zakresie przepompowni i ekranów akustycznych nie spełnia wymagań zamawiającego, nie zachodzi także podstawa do uznania, że przystępujący w ww. zakresie wprowadził zamawiającego w błąd. Tym samym nie ziściły się przesłanki odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący .....