Sygn. akt: KIO 1003/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz
Krzysztof Sroczyński
Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA spółki akcyjnej z siedzibą w Kobylarni przy ul. Zakole 1 (86-061 Brzoza) oraz MIRBUD spółki akcyjnej z siedzibą w Skierniewicach przy ul. Unii Europejskiej 18 (96-100 Skierniewice) w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa), a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych
i Autostrad Oddział w Szczecinie z siedzibą w Szczecinie przy ul. Bohaterów Warszawy 33 (70-340 Szczecin)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Budimex spółki akcyjnej
z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA spółki akcyjnej z siedzibą w Kobylarni oraz MIRBUD spółki akcyjnej z siedzibą w Skierniewicach i:
2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA spółki akcyjnej z siedzibą w Kobylarni oraz MIRBUD spółki akcyjnej z siedzibą w Skierniewicach na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawiekwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:…….
…….
…….

Sygn. akt: KIO 1003/24

U z a s a d n i e n i e

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, działając na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą
w Warszawie zwanego dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Budowa drogi S10 Szczecin – Piła na odcinku koniec obwodnicy Stargardu – początek obwodnicy Piły (z węzłem „Koszyce”) z wyłączeniem obwodnicy miejscowości Wałcz, odcinek 5, węzeł „Cybowo” (z węzłem) – węzeł Łowicz Wałecki (bez węzła)* o numerze: O/Sz.D-3.2410.5.202[illegible], zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2023 r. pod numerem 2023/S 188-585023.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowalne, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 25 marca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: KOBYLARNIA S.A. z siedzibą w Kobylarni oraz MIRBUD S.A. z siedzibą

w Skierniewicach (zwany dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:
- nieprawidłowej oceny oferty (w tym wyjaśnień jej dotyczących) złożonej przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „Budimex”), prowadzących do uznania, że oferta wykonawcy Budimex jest zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentacji postępowania;
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex;
- uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Budimex i dokonania wyboru tej oferty
w postępowaniu.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez niezasadne jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Budimex, gdy tymczasem oferta ta jest niezgodna
z warunkami zamówienia, co potwierdziły wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pismem z dnia 26 stycznia 2024 r., z których treści wynika, że:
a) wykonawca Budimex zamierza wykonać obiekt W/PZGd w km 0+710,00 – przejście górne dla zwierząt dużych – w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, tj. poprzez lokalizację elementów obiektu na „terenie zamkniętym”, co zostało wprost zakazane przez zamawiającego w treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego;
b) wykonawca Budimex zamierza wykonać obiekty w: (i) km 12+202,22, (ii) w km 14+345,00 oraz (iii) w km 15+975,00 – w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, tj. o rozpiętości przęseł 20,5 m, niezapewniający możliwości lokalizacji drogi ekspresowej S10 oraz jezdni dodatkowych DJ39A i DJ39B wraz z ich infrastrukturą, w sytuacji gdy z treści dokumentów zamówienia wynika, że rozpiętość przęsła powinna mieć minimum 22,10 m;
2) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp przez niezasadne uznanie, że oferta wykonawcy Budimex jest zgodna z warunkami zamówienia w konsekwencji, dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Budimex;
a w konsekwencji powyższego;
3) art. 16 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności
i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- uznanie, że oferta Budimex jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- odrzucenie oferty wykonawcy Budimex;
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z pominięciem oferty Budimex.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Odwołujący wskazał, że bierze udział w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego i gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę oraz wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Budimex, to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołujący w ramach uwag ogólnych wskazał, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp istnieje wyłącznie wtedy, gdy zamawiający jest
w stanie wykazać, że oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna z konkretnymi postanowieniami dokumentów zamówienia, istniejącymi na dzień upływu terminu składania ofert, przy czym zakazane jest intepretowanie przez zamawiającego tych postanowień wbrew ich literalnej treści (np. w sposób rozszerzający). Zdaniem odwołującego z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę Budimex. Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę, że ma świadomość zastosowania
w postępowaniu formuły „zaprojektuj i wybuduj”. W przypadku powierzenia wykonawcom nie tylko budowy, ale i zaprojektowania inwestycji uchwycenie niezgodności z warunkami zamówienia obarczone jest koniecznością jej wykazania pomimo braku szczegółowej dokumentacji projektowej. Nie oznacza to jednak, że zamawiający nie jest uprawniony do badania oferty pod kątem możliwości jej odrzucenia z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia – formuła „zaprojektuj i wybuduj” nie wyłącza tego typu możliwości, wymaga jednak uchwycenia (wykazania) w jaki sposób dana oferta jest niezgodna z wprost (precyzyjnie) określonymi postanowienia dokumentów zamówienia. Odwołujący poinformował, że w ramach niniejszego odwołania dokonał tego typu analizy wskazując na wady oferty złożonej przez Budimex. Jednocześnie odwołujący wskazał, że każdy
z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia może przyjąć własną koncepcję jego realizacji (w ramach przyszłego projektu budowalnego), o ile jest ona zgodna z jasno postawionymi przez zamawiającego założeniami (nie

jest z nimi sprzeczna, niezgodna). Mając na uwadze powyższe odwołujący wyjaśnił, że ma świadomość, iż każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia mógł przyjąć odmienne założenia projektów niż te, które przyjął sam odwołujący na etapie składania oferty. Niemniej zwrócił uwagę, że rozwiązania projektowe zaproponowane przez danego wykonawcę nie mogą być dowolne (na etapie składania oferty), gdyż uniemożliwiałby zachowanie tak zwanej „porównywalności ofert". Rozwiązania przyjęte przez wykonawcę (w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj") muszą wynikać wprost z dokumentów zamówienia, na które składa się m.in. Program Funkcjonalno-Użytkowy („PFU") oraz odpowiednie wytyczne branżowe. W ramach postępowania zamawiający w sposób precyzyjny (niebudzący wątpliwości) opisał parametry (poprzez odwołanie do PFU, wytycznych), które mają zostać uwzględnione na etapie składania ofert (przygotowania założeń projektowych), od których nie można w żaden sposób odstąpić. Zdaniem odwołującego oferta złożona przez Budimex jest obarczona niezgodnościami, o charakterze oczywistym, jednoznaczny i bezspornym, które nie pozwalają na wybranie jej jako najkorzystniejszej w postępowaniu, bowiem jest sprzeczna (niezgodna) z tak wskazanymi przez zamawiającego parametrami i uwarunkowaniami.

Odwołujący podkreślił, że analizując treść Wyjaśnień 1 złożonych przez Budimex, mając na uwadze opisane powyżej uwarunkowania, jest w stanie stwierdzić oraz wykazać, że rozwiązania projektowe przyjęte przez tego wykonawcę, odbiegają od tych opisanych przez zamawiającego, do których zastosowania (na etapie złożenia oferty) był on bezwzględnie zobowiązany. Innymi słowy oferta złożona przez Budimex jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie w którym odnosi się do parametrów następujących obiektów, wskazanych w treści załącznika nr 6 do Wyjaśnień 1:

a) W/PZGd w km 0+710,00 – przejście górne dla zwierząt dużych;

b) Obiekt w km (niezgodność dla wszystkich obiektów wymienionych poniżej ma tożsamy charakter):

(i) 12+202,22 (wiersz 14 w załączniku nr 6 do Wyjaśnień 1);

(ii) 14+345,00 (wiersz 20 w załączniku nr 6 do Wyjaśnień 1);

(iii) 15+975,00 (wiersz 22 w załączniku nr 6 do Wyjaśnień 1).

W odniesieniu dla niezgodności oferty Budimex z warunkami zamówienia w zakresie obiektu W/PZGd w km 0+710,00 – przejście górne dla zwierząt dużych, odwołujący wyjaśnił, że w tabeli 1.1. PFU (zob. strona 23) zamawiający opisał szczegółowe zasady związane z zaprojektowaniem obiektów inżynierskich wraz z określeniem przeszkód koniecznych do pokonania w toku wykonania danego elementu infrastruktury (oznacza to, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia powinien uwzględnić je w przygotowanych przez siebie założeniach projektowych na potrzeby wyceny oferty). Jak wynika z rzeczonej tabeli jedną z przeszkód do pokonania, dla prawidłowego wykonania obiektu W/PZGd w km 0+710,00, jest linia kolejowa. Budimex przygotowując rozwiązania dla tego obiektu (na potrzeby wyceny oferty) określił je jednak niezgodnie z warunkami zamówienia (zdaniem odwołującego w sposób oczywisty).

Jak zwrócił uwagę odwołujący zgodnie z postanowieniami PFU (strona 11 tamże) pkt. 1.1.3: wszystkie elementy drogi oraz obiektów inżynierskich (między innymi fundamenty, przyczółki i podpory) należy lokalizować poza liniami rozgraniczającymi „tereny zamknięte". Powyższe zastrzeżenie było niezwykle istotne z punktu widzenia przyjętych przez wykonawcę Budimex rozwiązań projektowych. Linia kolejowa nr 403 Piła Północ (o której mowa w tabeli 1.1. PFU) jest bowiem zlokalizowana na „terenie zamkniętym". Tym samym żaden z wykonawców nie mógł przyjąć rozwiązań projektowych, które swymi parametrami (np. rozpiętością, lokalizacją podpór) „wchodziłby" w „teren zamknięty". Takie działanie jest wprost niezgodne z warunkami zamówienia. Postanowienia PFU oraz SWZ w tym zakresie były obowiązujące i nie zostały przez zamawiającego zmodyfikowane przed upływem terminu składania ofert.

W załączniku nr 6 do Wyjaśnień 1 Budimex dla obiektu W/PZGd w km 0+710,00 wskazał rozpiętości przęseł: 13,54 + 14,97 + 19,32 + 19,14 + 20,14 m. Dla przęsła, pod którym zlokalizowana jest linia kolejowa (czyli przeszkoda do pokonania) Budimex założył i przyjął do oferty dla tej przeszkody rozpiętość przęseł wynoszącą 20,14 m. W załączniku do odwołania odwołujący przedłożył mapę (załącznik nr 6 do odwołania), która powstała na podstawie Koncepcji Programowej (w której zawarte są plany niezbędne do jej przygotowania). Koncepcja wraz z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach oraz PFU określa przebieg inwestycji, która ma zostać zrealizowana w ramach postępowania. Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach jest dokumentem wiążącym dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy są obowiązani uwzględnić zawarte w niej dane do celów projektowych; informacje zawarte w tej decyzji nie mogą ulec zmianie). Na mapie kolorem zielonym zaznaczono „teren zamknięty", o którym mowa powyżej w rejonie przejścia dla zwierząt (czyli w zakresie podanym przez Budimex). Analizując treść mapy odwołujący stwierdził, że najmniejsza możliwa do ustalenia szerokość dla działki ewidencyjnej w lokalizacji przejścia dla dużych zwierząt i na której znajduje się „teren zamknięty" z linią kolejową nr 403, poza którą powinny mieścić się projektowane podpory obiektu, i aby nie powodować wejścia w „teren zamknięty" wynosi 25,0 m (mapa geodezyjna

stanowiła załącznik nr 6 do odwołania). Z tego względu zdaniem odwołującego brak jest możliwości zaprojektowania obiektu nad linią kolejową i nad „terenem zamkniętym" o rozpiętości przęsła 20,14m. Budimex zlokalizował podpory w „terenie zamkniętym", czego zabronił wprost zamawiający w pkt. 1.1.3 PFU. Jest to oczywista niezgodność z treścią warunków zamówienia.

Odwołujący przedłożył również załącznik nr 7 do odwołania, z którego wynika dopuszczalny wariant lokalizacji podpór poza „terenem zamkniętym", wraz z pokazaniem lokalizacji zakładanej przez Budimex (niezgodnej z warunkami zamówienia) – kolorem zielonym oznaczono granice „terenu zamkniętego", w których nie można zlokalizować podpór. Elementy te powinny zostać zlokalizowane poza zieloną linią. Kolorem czerwonym oznaczono natomiast planowany przez Budimex sposób posadowienia podpór i przęseł, które zlokalizowane zostały na „terenie zamkniętym". Jednocześnie odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na pytanie nr 259 w ramach wyjaśnień treści SWZ zwrócono się wprost do zamawiającego o potwierdzenie opisanych powyżej wymogów. Z treści udzielonej odpowiedzi wynikało w sposób bezsporny, że zamawiający nie przewidział żadnych odstępstw w zakresie dotyczącym sposobu pokonania przeszkody w postaci linii kolejowej. Zamawiający potwierdził, że projektowana infrastruktura drogowa, a także obiekty inżynierskie (między innymi fundamenty, przyczółki i podpory obiektów) mogą być lokalizowane poza liniami rozgraniczającymi „tereny zamknięte".

Ponadto odwołujący wskazał, że rozwiązania zaproponowane przez Budimex są tym samym również znacznie tańsze niż rozwiązana zaproponowane przez wykonawców, którzy uwzględnili warunki realizacji zamówienia opisane w treści SWZ. Wynika to przede wszystkim z innej, znaczniej mniejszej wielkości obiektu projektowanego przez Budimex, który jest tańszy do wykonania (z uwagi m.in. na ilość wykorzystanych materiałów). Świadczy to również o nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu z ofertą złożoną przez rzeczonego wykonawcę (co wynika ze stwierdzonej niezgodności z warunkami zamówienia).

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że rozwiązania zaproponowane przez Budimex w zakresie zaprojektowania obiektu W/PZGd w km 0+710,00 – przejście górne dla zwierząt dużych były w sposób oczywisty niezgodne z warunkami zamówienia. Prawidłowa rozpiętość przęsła w osiach podpór, umożliwiająca posadowienie podpór poza terenami zamkniętymi, wynosi bowiem minimum 25,50 m. Budimex tymczasem wprost wskazał, że planowany przez niego obiekt będzie miał rozpiętość 20,14 m, co jest wartość znacznie poniżej tej minimalnej. Wykonawca ten, co zdaniem odwołującego zostało wykazane powyżej, przyjął rozwiązania projektowe dla tego obiektu w sposób oczywiście niezgodny

z tymi, które zostały określone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia (składających się na Opis Przedmiotu Zamówienia). W ocenie odwołującego opisana niezgodność ma przy tym charakter oczywisty, jednoznaczny i niebudzący wątpliwości i jako taka pozostaje sprzeczna z bardzo precyzyjnie określonymi przez zamawiającego warunkami zamówienia. Oznaczało to dla odwołującego, że oferta złożona przez Budimex winna zostać odrzucona przez zamawiającego, a nie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

W zakresie niezgodności oferty Budimex z warunkami zamówienia w zakresie rozpiętości przęseł dla obiektów w: km 12+202,22, km 14+345,00 oraz km 15+975,00, odwołujący wskazał, że w załączniku nr 6 do Wyjaśnień 1 Budimex wskazał, że dla pozycji ujętych w wierszach (i) numer 14, tj. obiekt w km 12+202,22 rozpiętość przęsła 20,5+20,5m; (ii) numer 20, tj. obiekt w km 14+345,00 rozpiętość przęsła 20,5+20,5m oraz (iii) numer 22, tj. obiekt w km 15+975,00 rozpiętość przęsła 20,5+14,76+13,05m: planuje wykonać obiekty dwuprzęsłowe (nr 14 i 20) oraz trzyprzęsłowy (nr 22). W kolumnie (numer 2 załącznika nr 6 do Wyjaśnień 1) pn. „przeszkoda pod obiektem" wskazano, że pod danym przęsłem

z jezdniami trasy głównej będą także zlokalizowane inne drogi:

a) wiersz nr 14: pod przęsłami 20,5 m – trasa główna + pas technologiczny / trasa główna + droga DJ39A;

b) wiersz nr 20: pod przęsłami 20,5 m – trasa główna + pas technologiczny / trasa główna + droga DJ39A;

c) wiersz nr 22: pod przęsłami 20,5 m – trasa główna + droga DJ39B / pod kolejnym przęsłem trasa główna / pod trzecim przęsłem droga krajowa DK10.

Zdaniem odwołującego zaprezentowany powyżej sposób opisu założeń projektowych przyjętych na potrzeby wyceny oraz złożenia oferty w postępowaniu był niedopuszczalny na gruncie obowiązującej dokumentacji zamówienia i nie pozwalał na uznanie, że oferta złożona przez Budimex jest zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na brak technicznej możliwości usytuowania pod przęsłem o rozpiętości 20,5 m jezdni S10 oraz drogi DJ39A, drogi DJ39B z zachowaniem wszystkich minimalnych parametrów i wymagań określonych w SWZ, w tym PFU oraz przepisach obowiązujących związanych z wykonaniem zamówienia. Z analizy przeprowadzonej przez odwołującego miało wynikać, że minimalna rozpiętość przęseł, aby mogły przebiegać pod nimi obiekty wskazane przez Budimex, musiałby wynosić 22,10 m, a nie 20,5 m.

Odwołujący przedstawił, punkt po punkcie, założenia (wraz z odwołaniem do odpowiednich punktów PFU oraz odnośnych dokumentów opisujących przedmiot zamówienia) mające potwierdzać prawidłowość przyjętych przez niego

wyliczeń. Zdaniem odwołującego do wyznaczenia prawidłowej rozpiętości przęseł należy przyjąć szereg założeń i parametrów dla elementów znajdujących się pod przęsłem, które sumarycznie składają się na rozpiętość przęsła. Założenia te zostały opisane poniżej.
- dla celów związanych z ustaleniem prawidłowej, minimalnej rozpiętości przęsła przyjęto minimalną grubość podpory w pasie dzielącym równą 0,6 m zgodnie z PFU pkt 2.1.16.2.6 Filary - wymagania ogólne;
- w dalszym kroku niezbędne jest ustalenie szerokości pasa dzielącego. Jego wymiary przyjęto zgodnie z PFU pkt 1.1.3.1 „Droga ekspresowa", z uwzględnieniem WR-D-22-2-01 pkt 4.8. (8);
- z przywołanego zapisu WR-D-22-2 pkt. 4.8 (8) wynika, że opisaną w PFU szerokość pasa dzielącego 5,00 m, należy poszerzyć o szerokość podpory, którą przyjęto w minimalnej wartości wymaganej w PFU – czyli 60 cm;
- dla celów ustalenia rozpiętości przęsła przekrój jezdni drogi ekspresowej S10 (która znajduje się po obiektami wskazanymi przez Budimex) przyjęto zgodnie z zapisami PFU zawartymi w pkt 1.1.3.1 „Droga ekspresowa" z uwzględnieniem szerokości pracującej barier drogowych wynoszącej 0,8 m;
- składowe szerokości pobocza zewnętrznego jezdni drogi ekspresowej S10 również wynikają z pkt. 1.1.3.1 PFU i wynosi 1,3 m (na taką wartość składa się minimalna odległość lica bariery od pasa awaryjnego drogi klasy S i ściek drogowy (0,5m) + bariera drogowa
z uwzględnieniem szerokości pracującej (0,8 m). Był to więc kolejny parametr, który ma wpływ na ustalenie rozpiętości przęsła zgodnego z warunkami zamówienia;
- na połowę szerokości korony drogi ekspresowej S10 (która znajduje się pod przęsłem) składa się połowa szerokości pasa dzielącego, 2 pasy ruchu, pas awaryjny oraz pobocze.
Z przytoczonych powyżej zapisów i załączonego rysunku (por. załącznik nr 8 do odwołania) wynikają następujące wartości:
a) 2,80 m – czyli połowa pasa dzielącego 5,00 m powiększonego o szerokość podpory 0,60m (5,60m / 2);
b) 9,50 m – dwa pasy ruchu 3,50m i pas awaryjny 2,50 m;
c) 1,30 m – pobocze z uwzględnieniem szerokości pracującej bariery 0,80 m
Razem = 13,60 m
- następnie pod przęsłem zlokalizowane są pozostałe elementy: dodatkowa jezdnia i jej infrastruktura (ogrodzenie, pobocza, jezdnia itp.), które także muszą zostać uwzględnione przy ustalaniu prawidłowej rozpiętości przęsła:
a) pomiędzy koroną drogi ekspresowej S10, a koroną drogi DJ znajduje się ogrodzenie
o szerokości= 0,1 m;
b) szerokości poboczy dodatkowych jezdni DJ wynoszące 1,55 m i składające się
z minimalnych odległości lica bariery od pasa ruchu drogi klasy D i ściek (0,75 m) + bariera drogowa z uwzględnieniem szerokości pracującej (0,8 m);
c) na szerokość korony dodatkowych jezdni DJ39A/DJ39B składa się minimalna szerokość korony na odcinku bez urządzeń BRD zgodna z PFU pkt 1.1.3.2, z uwzględnieniem WR-D-22-2-01 pkt 6.1 (7) i powiększona o minimalną szerokość wymaganą do lokalizacji urządzeń BRD pod obiektem, chroniących użytkowników drogi przed uderzeniem w podpory obiektu. Zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego nr 296, szerokość korony musi wynosić minimum 6,50 m;
- zgodnie z odpowiedzią zamawiającego nr 296 – należy przyjąć szerokość korony dodatkowych jezdni zgodnie z WR-D-22-2-01 pkt. 6.1 (7) – a więc o 6,50 m;
- czyli do obliczonej i wykazanej powyżej połowy korony drogi ekspresowej S10 = 13,60m (znajdującej się pod przedmiotowym przęsłem obiektu), dodajemy kolejne elementy, tj. elementy dodatkowych jezdni (o wykazanych powyżej) o parametrach, które także znajdują się pod wspólnym przedmiotowym przęsłem obiektu, a więc:
a) 6,50 m – szerokość korony dodatkowej jezdni;
b) 1,60 m – czyli dwukrotnie (2x0,80 m) liczona szerokość pracująca, za poboczem
i ściekiem DJ (ponieważ ściek i pobocze wliczane są w koronę DJ);
c) 0,30 m – połowa skrajnej podpory (przyjęta minimalna wartość 0,60 m wg. PFU);
d) 0,10 m – minimalna szerokość ogrodzenia;
- łącznie rozpiętość przęsła = 13,60 m + 6,50 m + 1,60 m + 0,30 m + 0,10 m = 22,10 m. Wynika z tego, że minimalna rozpiętość przęsła w osiach podpór, musi wynosić minimum 22,10 m a nie jak wskazał Budimex 20,5 m.
Ponadto odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego na pytanie nr 257, 463 i 715 rozpiętości przęseł obiektów 2-przęsłowych powinny być równe. Oznacza to, że wykonawca musi obliczyć rozpiętość dla najdłuższego przęsła (w tym przypadku przęsła, pod którym jest dodatkowa jezdnia) a potem taką samą rozpiętość przyjąć dla drugiego przęsła (które mogłoby być mniejsze, ponieważ nie przechodzi pod nim dodatkowa jezdnia, tylko np. pas technologiczny).
Odwołujący także wskazał, że wykazaną minimalną rozpiętość 22,10 m, zgodną
z warunkami kontraktu, określono przy założeniu, że w przekroju dróg pod obiektem nie ma rowów drogowych ani nie

zostały one zarurowane. W przypadku konieczność prowadzenia rowów drogowych lub ich zarurowań, wykazaną rozpiętość przęsła 22,10 m należałoby dodatkowo zwiększyć o 1,0 m do 2,0 m. Jednocześnie odwołujący wskazał, że oba przęsła (jak wynika z przedstawionych powyżej zapisów PFU oraz pozostałych wytycznych składających się na warunki zamówienia) dla obiektów dwuprzęsłowych (takich jak wskazane przez Budimex) powinny mieć rozpiętość minimum 22,10 m zamiast 20,5 m, czyli tak jak wskazał Budimex. Odwołujący w załączniku nr 8 do odwołania przedłożył rysunek poglądowy, który przedstawia metodologię związaną z wyliczeniem prawidłowej rozpiętości przęseł dla wskazanych powyżej obiektów. W tym miejscu odwołujący raz jeszcze zwrócił uwagę, że są to parametry minimalne, które nie były autorską koncepcją odwołującego, lecz danymi, które swoje źródło znajdują w dokumentach zamówienia. Innymi słowy przyjęcie parametrów mniejszych, tak jak zrobił to Budimex, było znaczącym i niczym nie popartym odstępstwem od treści warunków zamówienia.
W ocenie odwołującego z powyższego wynikało więc, że rozwiązania projektowe zaproponowane przez Budimex były nieprawidłowe i niezgodne z precyzyjnie określonymi przez zamawiającego warunkami zamówienia. Oznacza to, że oferta Budimex powinna zostać odrzucona. Z przeprowadzonej powyżej analizy miało wynikać, że wykonawca ten dokonał nieprawidłowej analizy dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia (warunki zamówienia) co doprowadziło do rudymentarnych wręcz błędów. Jednocześnie odwołujący wskazał, że opisane niezgodności mają charakter nad wyraz oczywisty (są w sposób jednoznacznie niezgodny z treścią bardzo precyzyjnych postanowień PFU oraz pozostałych dokumentów składających się na OPZ).
Dodatkowo odwołujący podkreślił, że rozwiązania zaproponowane przez Budimex w zakresie rozpiętości przęseł dla ww. obiektów są również znacznie tańsze, co mogło mieć wpływ na ostateczną wartość ceny ofertowej zaproponowanej przez rzeczonego wykonawcę. Dalszą konsekwencją takiego stanu rzeczy, co jest oczywiste przy niezgodności z warunkami zamówienia takimi jak ta opisana powyżej, jest brak porównywalności ofert, który nie może mieć miejsca w kontekście prawidłowej oceny ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia objętego postępowaniem.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,
w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

Tego samego dnia tj. 8 kwietnia 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem z załącznikami, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na 7 płytach DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2024 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ") wraz z załącznikami;
- odpowiedzi na pytania zadane w związku z wyjaśnieniami treści SWZ i modyfikacje treści SWZ;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
- pismo zamawiającego z dnia 12 stycznia 2024 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, stanowiące wezwanie do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia (zwane dalej jako: „wezwanie 1");
- pismo z dnia 26 stycznia 2024 r., stanowiące odpowiedź przystępującego na pismo zamawiającego z dnia 12 stycznia

2024 r. wraz z załącznikami (zwane dalej jako: „wyjaśnienia 1”);
- pismo zamawiającego z dnia 9 lutego 2024 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, stanowiące wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia (zwane dalej jako: „wezwanie 2”);
- pismo z dnia 15 lutego 2024 r., stanowiące odpowiedź przystępującego na pismo zamawiającego z dnia 9 lutego 2024 r. wraz z załącznikami (zwane dalej jako: „wyjaśnienia 2”);
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 13 marca 2024 r.;
2)dokumenty załączone do odwołania:
- mapę dla celów projektowych (załącznik nr 6 do odwołania);
- dopuszczalny wariant lokalizacji podpór (załącznik nr 7 do odwołania);
- rysunek poglądowy określający prawidłową rozpiętość przęseł dla obiektów (załącznik nr 8 do odwołania);
3)dokumenty załączone do pisma procesowego przystępującego:
- rysunek przedstawiający umiejscowienie mijanek za i przed obiektem (załącznik nr 1);
- rysunek przedstawiający zakładaną geometrię obiektu W/PZGD nad linia kolejową;
4)dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego:
- schemat przekroju podłużnego obiektu, którego dotyczy zarzut 1a zawierający treść załącznika nr 7 do odwołania, rysunku nr 1 zawartego w odpowiedzi na odwołanie wraz
z elementami zaznaczonymi przez odwołującego kolorami czerwonym oraz żółtym;
- opinię z dnia 9 kwietnia 2024 r. na temat sposobu obliczenia rozpiętości przęseł
w obiektach mostowych;
- schematyczny plan sytuacyjny obiektu nad linią kolejową, którego dotyczy zarzut 1a;
- schemat opracowany z wykorzystaniem rysunku nr 2 przedstawionego na str. 10 pisma procesowego przystępującego wraz z komentarzami i zaznaczonymi elementami kolorem czerwonym przez odwołującego;
5)dokument złożony na posiedzeniu przez przystępującego tj. opracowanie odnoszące się do dowodu nr 7 załączonego do odwołania wraz z naniesionymi modyfikacjami przez przystępującego, zaznaczonymi kolorem czerwonym;
6)dokument uzupełniony przez zamawiającego, złożony na nośniku typu pendrive, obejmujący załącznik do PFU nr WR-M-21-1 *Katalog typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów.*

Izba ustaliła co następuje

Pkt 1.1.3 PFU Projektowane parametry posiadał następującą treść:
Wykonawca zaprojektuje i wykona drogę ekspresową w tym elementy infrastruktury
o następujących parametrach.
Wszystkie elementy drogi oraz obiektów inżynierskich (między innymi fundamenty, przyczółki i podpory obiektów), a także infrastrukturę drogową oraz związaną z drogą należy lokalizować poza liniami rozgraniczającymi „tereny zamknięte”. Jeśli postanowienia PFU nie określają wymagań, należy stosować parametry dla warunków standardowych określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów technicznobudowlanych dotyczących dróg publicznych.
W Tabeli nr 1.1. PFU zamawiający zamieścił wykaz obiektów inżynierskich
z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, jezdniach dodatkowych oraz innych drogach i przeszkodach.

Lp.	Kilometraż orientacyjny wg KP	Kolizja z przeszkodą	Parametry funkcjonalne przeszkód	Rodzaj obiektu inżynierskiego
1	2	3	4	5
1	0+710,00	Trasa Główna z DW31, , DK10, linia kolejowa i szlakiem migracji zwierząt dużych	zgodnie z pkt 1.1.3.1 oraz 1.1.3.2 + przejście górne dla zwierząt dużych parametry zgodnie z DŚU*	W/PZGd
(…)				

14	12+202,22	Trasa główna z DJ39A, , pasem technologicznym Szlak migracyjny zwierząt dużych	zgodnie z pkt 1.1.3.1 oraz 1.1.3.2 + przejście górne dla zwierząt dużych Parametry zgodne z DSU*	W/PZGd
(…)				
20	14+345,00	Trasa główna z DJ39A, z pasem technologicznym i szlakiem migracji dużych zwierząt	zgodnie z pkt 1.1.3.1 oraz 1.1.3.2 + przejście górne dla zwierząt dużych Parametry zgodnie z DŚU*	PZGdz
(…)				
22	15+975,00	Trasa Główna z DJ39B, DK10 i szlakiem migracji dużych zwierząt	zgodnie z pkt 1.1.3.1 oraz 1.1.3.2 + przejście górne dla zwierząt dużych Parametry zgodne z DŚU*	W/PZGdz

W ramach pytań i odpowiedzi opublikowanych w dniu 22 listopada 2023 r. pytanie nr 259 i odpowiedź na nie posiadały następującą treść:

259	branża mostowa		W PFU pkt. 1.1.3 Projektowane parametry zapisano, że „wszystkie elementy drogi oraz obiektów inżynierskich (między innymi fundamenty, przyczółki i podpory obiektów), a także infrastrukturę drogową oraz związaną z drogą należy lokalizować poza liniami rozgraniczającymi „tereny zamknięte”.” Czy Zamawiający potwierdza ten wymóg w kontekście konieczności wydłużenia obiektu nad linią kolejową PKP nr 304 w km 0+710 względem obiektu przedstawionego w KP, a w konsekwencji znacznego zwiększenia wyjścia poza linie DŚU?	W przypadku wskazanym w pytaniu linie rozgraniczające inwestycji wskazane w Koncepcji Programowej zapewniają lokalizację wszystkich elementów drogi oraz obiektów inżynierskich (między innymi fundamenty, przyczółki i podpory obiektów), a także lokalizację infrastruktury drogowej oraz związanej z drogą poza liniami rozgraniczającymi „tereny zamknięte”. Zamawiający nie modyfikuje PFU w rozpatrywanym przypadku.

Dodatkowo, w toku postepowania zamawiający udzielił wykonawcom wskazanej poniżej odpowiedzi w przedmiocie charakteru Koncepcji Programowej (pytanie i odpowiedź nr 1 udzielona w ramach wyjaśnień z dnia 27 października 2023 r.):

Numer pytania	**Nazwa dokumentu** (PFU, WWiORB, SWK, IDW, inny)	**Numer punktu z dokumentu, którego dotyczy pytanie**	**Treść pytania**	**Odpowiedź na pytanie**

1	PFU	1.2.4)	Proszę o udostępnienie Koncepcji Progrmowej w wersji elektronicznej: dxf/dwg/dgn (w tym mapę i projektowane drogi). Brak takiej wersji KP utrudnia bądź uniemożliwia precycyjne odczytanie lokalizacji m.in. początku, końca a także przebiegu wszystkich dróg w planie.	Zamawiający udostepnił Koncepcję Programową w wersji edytowalnej pismem z dnia 25.10.2023 . Jednocześnie Zamawiający informuje, że opracowana Koncepcja Programowa nie jest materiałem wiążącym w zakresie, w którym rozwiązania w niej zawarte nie są opisane w PFU i pozostałych dokumentach odniesienia. W przypadku rozbieżności między warsją pdf, a wersją edytowalną Koncepcja Programowa w wersji pdf jest nadrzędna. Wykonawca otrzymuje przedmiotowe materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzytać oraz interpretować na własne ryzyko

Pismem z dnia 12 stycznia 2024 r. zamawiający skierował do przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp („Wezwanie 1"). W piśmie tym zamawiający zadał 23 pytania dotyczące zgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W pytaniu oznaczonym pkt 3 pisma zamawiający zwrócił się do przystępującego o podanie, *wszystkich drogowych obiektów inżynierskich jakie Oferent przyjął do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU, wraz z następującymi informacjami dla każdego obiektu osobno:*

a) przeszkoda,
b) sposób pokonania przeszkody,
c) przewidywany kilometraż drogi,
d) rodzaj obiektu inżynierskiego/rodzaj obiektu mostowego
e) przewidywana długość całkowita i rozpiętości przęseł w [m]
f) elementy drogi na obiekcie w [m]
g) całkowita szerokość obiektu [m]
h) rodzaj konstrukcji,
i) rodzaj posadowienia,
j) koszt wskaźnikowy w PLN/m2.

Pismem z dnia 26 stycznia 2024 r. przystępujący udzielił wyjaśnień zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie 1. Na pytanie z pkt 3 przystępujący udzielił odpowiedzi o następującej treści: *Wszystkie drogowe obiekty inżynierskie przyjęte do określenia wartości oferty dla przeszkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU zamieszczono w zestawieniu tabelarycznym w załączniku nr 6 do niniejszej odpowiedzi. Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania*.

Ponadto do wyjaśnienia 1 zostały złożone wraz z załącznikiem nr 6, który prezentował obiekty inżynierskie zgodnie z wykazem tabeli nr 1.1. W pozycji oznaczonej lp. 1 w kolumnie 6 przystępujący wskazał następującą rozpiętość przęseł: 13,54 + 14,97 + 19,32 + 19,14 + 20,14 m. W pozycjach oznaczonych lp. 14 i 20 w kolumnie 6 przystępujący wskazał następujące rozpiętości przęseł: 20,5 + 20,5 m. W pozycji oznaczonej lp. 22 w kolumnie 6 przystępujący wskazał następującą rozpiętość przęseł: 20,5 + 14,76 + 13,05 m. Dodatkowo w kolumnie 9 załącznika nr 6 do wyjaśnień 1 dotyczącej rodzaju konstrukcji we wszystkich ww. pozycjach tj. 1, 14, 20 i 22 przystępujący wskazał *z prefabrykatów betonowych o konstrukcji łupinowej*.

Zamawiający po zapoznaniu się z treścią złożonych wyjaśnień 1 zdecydował się, pismem z dnia 9 lutego 2024 r., na zadanie przystępującemu pytań uzupełniających.

W ramach wezwania zadano łącznie 3 pytania. Przystępujący pismem z dnia 15 lutego 2024 r., udzielił wyjaśnień na

powyższe wezwanie.
W dniu 13 marca 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*;
- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*.;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;*
- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przed szczegółowym odniesieniem się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba w pierwszej kolejności zwróciła uwagę na zagadnienie związane z przyjętą przez zamawiającego formułą realizacji zamówienia, ponieważ okoliczność ta miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. W tym zakresie skład orzekający w pełnej rozciągłości podtrzymał argumentację podniesioną w wyroku z dnia 13 marca 2024 r. o sygn. akt KIO 623/24 i stwierdził, że przepisy Pzp przez roboty budowlane nakazują rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (art. 7 pkt 21 Pzp). Oznacza to, że co do zasady, roboty budowlane mogą zostać wykonane w jednym z wyżej wymienionych wariantów. Przedmiotem postępowania było wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj", co miało swoje daleko idące konsekwencje nie tylko dla etapu realizacji zamówienia, lecz również dla etapu przygotowania ofert przez potencjalnych wykonawców. W przypadku zamówień, w których roboty budowlane mają zostać zrealizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj" zakres materiałów, jaki otrzymuje wykonawca od zamawiającego, m.in. w ramach opisu przedmiotu zamówienia, jest znacznie ograniczony (w stosunku do występującego w przypadku formuły „wybuduj"), a co za tym idzie założenia koncepcyjne czy też finansowe przyszłej, planowanej inwestycji opracowane są w odmiennych warunkach niż dla formuły „wybuduj". Powyższe ustalenie nie oznaczało oczywiście, że z uwagi na zastosowaną w postępowaniu formułę wykonania zamówienia wykonawcom należało pozwolić na składanie ofert nieodpowiadających wymaganiom PFU, w tym w zakresie jakości i funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Nie można było jednak pomijać faktu, że specyfika tego rodzaju inwestycji sprowadza się do powierzenia wykonawcom opracowania dokumentacji projektowej (co nastąpi dopiero po zawarciu umowy), która nie istnieje na etapie oceny ofert. Generuje to ten skutek, że chcąc wykazać, że dany wykonawca złożył ofertę niezgodną z przedmiotem zamówienia zamawiający czy też inny wykonawca podnoszący zarzuty w tej materii w ramach środka ochrony prawnej (tak jak miało miejsce w tym przypadku) nie może bazować na ewentualnych wątpliwościach, nieścisłościach czy niejednoznacznościach wynikających z udzielanych wyjaśnień, lecz zobligowany jest do wykazania (udowodnienia), że ponad wszelką wątpliwość złożona oferta przez wykonawcę jest niezgodna ze stypizowanymi w dokumentacji zamówienia, w tym w PFU – oczekiwaniami zamawiającego. W przypadku formuły, w której oferta przygotowywana jest w oparciu o istniejącą dokumentację projektową uchwycenie niezgodności z taką dokumentacją jest relatywnie prostsze (o ile taka niezgodność oczywiście istnieje). Wobec wielości jednoznacznych szczegółów zawartych w dokumentacji niezgodność sprowadzać się najczęściej będzie do braku wyceny określonej pozycji kosztorysu (który zwyczajowo wypełniany jest przy kontraktach w formule „wybuduj") lub np. udzieleniu takiej odpowiedzi na pytanie zamawiającego, z której wynikać będzie, że dany zakres (precyzyjnie wynikający z dokumentacji projektowej) nie został w ofercie przewidziany lub przewidziano zakres odmienny od wymaganego. Z inną sytuacją mamy do czynienia w przypadku powierzenia wykonawcom nie tylko budowy, ale i zaprojektowania inwestycji. W tego typu przypadkach uchwycenie niezgodności obarczone jest koniecznością wykazania jej pomimo braku szczegółowej dokumentacji projektowej. Nie można zatem pomijać, że wiążąca dokumentacja projektowa jeszcze nie istnieje (gdyż zostanie dopiero opracowana), a opracowaniem, które formułuje opis przedmiotu zamówienia jest

wyłącznie PFU, a więc dokument służący ustaleniu planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowaniu oferty (zgodnie z § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego). Na powyższą okoliczność Izba zwracała już uwagę co znalazło odzwierciedlenie w jej orzecznictwie. Dla przykładu można wskazać wyrok z dnia 24 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1466/21, w którym wskazano m. in., że *Trudno zaś na obecnym etapie recenzować poprawność merytoryczną (techniczną i prawną) nieistniejącej jeszcze dokumentacji projektowej, która dopiero po jej wykonaniu zostanie oceniona przez Zamawiającego, jak i uprawnione organy, zwłaszcza pod kątem zgodności z przepisami i wymaganiami DŚU. Należy tu podkreślić, że wobec takiego sformułowania przedmiotu zamówienia i treści oferty, jaki ma miejsce w niniejszym postępowaniu wykonawcy składają ofertę w oparciu o wstępną koncepcję wykonania zamówienia, która zostanie sprecyzowana dopiero po wykonaniu dokumentacji projektowej, która, co oczywiste, będzie musiała uwzględniać wszystkie wymagania PFU, DŚU, przepisów prawa oraz sztuki budowlanej. Zatem na tym etapie głównym elementem rozważań co do poprawności oferty jest to, czy zaoferowana cena pozwoli na wykonanie planowanych robót budowlanych zgodnie z powyższymi wymaganiami. Powyższe stwierdzenie nie oznacza oczywiście, że zastosowanie formuły "projektuj i buduj", jak też wyjaśnień treści oferty, wyklucza stwierdzenie, że w takim wypadku oferta nie może być niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - bo może to mieć miejsce - jednak, tak jak i w pozostałych przypadkach, stwierdzenie to musi być bardziej kategoryczne i jednoznacznie niż ma to miejsce w niniejszej sprawie. Izba w swoich orzeczeniach wielokrotnie wskazywała, że, aby odrzucić ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, trzeba wpierw tę niezgodność jasno ustalić*.

W podobnym duchu Izba wypowiedziała się w jednym z orzeczeń zapadłych w 2023 r.

W wyroku z dnia 3 listopada 2023 r. o sygn. akt KIO 3077/23 (orzeczenie zostało zaskarżone przez zamawiającego, a skarga została oddalona) wskazano m in., że *Istotna dla oceny zarzutów w niniejszej sprawie jest także kwestia formuły, w jakiej zamawiający zdecydował się prowadzić przedmiotowe postępowanie a więc w formule „zaprojektuj i wybuduj" co oznacza, że opis przedmiotu zamówienia ma charakter wyłącznie ogólny, wiele elementów składających się na jego realizację zostanie skonkretyzowanych dopiero na etapie przygotowania koncepcji czy też prac projektowych. Powyższe z jednej strony daje większą swobodę wykonawcy w zakresie doboru zastosowanych przez niego rozwiązań po stronie zamawiającego z kolei oznacza, że podstawę zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp mogą stanowić wyłącznie jednoznaczne i wyczerpujące postanowienia SWZ, w tym PFU. Z kolei to wszystko, co nie zostało ujęte w dokumentach przygotowanych i przekazanych w toku postępowania wykonawcom jest dopuszczalne, a taka oferta pozostaje w zgodzie z warunkami zamówienia*.

Analiza powyżej wymienionych orzeczeń skłaniała do stwierdzenia, że zastosowanie formuły „zaprojektuj i wybuduj" daje wykonawcom pewną swobodę w zakresie zaprojektowania i wykonania inwestycji, o ile założenia te nie są sprzeczne z jednoznacznymi postanowieniami zawartymi w dokumentach zamówienia. Przenosząc powyższe ustalenia na okoliczności przedmiotowej sprawy warto również zauważyć, że przystępujący w odpowiedzi na pytanie 3 w wyjaśnieniach 1 wskazał m. in., że *Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania*.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił, ani nie wykazał, aby złożona przez przystępującego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia. W tym kontekście należało również wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zamawiający jest w stanie wykazać, że oferta złożona przez wykonawcę jest niezgodna z konkretnymi postanowieniami dokumentów zamówienia, istniejącymi na dzień upływu terminu składania ofert, przy czym niedopuszczalne jest intepretowanie przez zamawiającego tych postanowień wbrew ich literalnej treści (np. w sposób rozszerzający).

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy powyższe wytyczne musiały zostać zastosowane przez odwołującego, zważywszy na fakt wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej postępowaniu oraz zasadę rozkładu ciężaru dowodu właściwą dla postępowania odwoławczego, przez co to odwołujący był zobowiązany wykazać w sposób niebudzący wątpliwości (jednoznaczny), jakie elementy oferty (np. zaproponowane rozwiązania techniczne, projektowe) były niezgodne z warunkami zamówienia wraz z omówieniem na czym te niezgodności polegały. Izba doszła do przekonania, że odwołujący zestawiając treść wezwań i wyjaśnień z wybranymi dokumentami wyciągnął zbyt daleko idące wnioski oraz co istotne nie można było stwierdzić w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia. Wracając jeszcze raz do argumentu zastosowanej przez zamawiającego w postępowaniu formuły „zaprojektuj i wybuduj", można było stwierdzić, że mogą powstać różne, konkurujące względem siebie koncepcje wykonania zamówienia. Tym samym stanowisko zaprezentowane przez odwołującego nie było więc jedynym możliwym do rozważenia, a na pewno nie można było nadać mu prymatu względem innych koncepcji. Ponadto

Koncepcja Programowa zgodnie z postanowieniami pkt 1.2 PFU oraz odpowiedzią na pytanie nr 1 udzieloną w ramach wyjaśnień z dnia 27 października 2023 r., nie była dokumentem wiążącym (poza posadowieniem ekranów – PFU 1.2 ppkt 4). Wykonawcy otrzymali Koncepcję Programową jedynie w celach poglądowych i mogli ją wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko, a rozwiązania projektowe przyjęte
w Koncepcji Programowej nie były obligatoryjne (np. w zakresie konstrukcji obiektów). Tym samym założenia zawarte w odwołaniu odnoszące się do jakichkolwiek rozwiązań projektowych zawartych w Koncepcji Programowej jako rozwiązań wiążących dla wykonawców należało uznać za nieprawidłowe. W związku z tym mając na względzie całokształt rozważań w tej materii Izba stwierdziła, że w kontekście stanowiska odwołującego, oferta złożona przez przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.
W dalszej części uzasadnienia Izba odniosła się do poszczególnych zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Odnośnie zarzutu niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia
w zakresie obiektu W/PZGd w km 0+710,00 – przejście górne dla zwierząt dużych, Izba
w pierwszej kolejności wzięła pod uwagę postanowienia wynikające z pkt 1.1.3. PFU Po przeanalizowaniu treści tego fragmentu PFU skład orzekający przyznał rację zamawiającemu w stwierdzeniu, że postanowienia pkt 1.1.3. PFU, nakazujące lokalizowanie wszystkich elementów drogi oraz obiektów inżynierskich (między innymi fundamentów, przyczółków
i podpór obiektów), a także infrastruktury drogowej oraz związanej z drogą poza liniami rozgraniczającymi tereny zamknięte należało odnosić do elementów posadowienia obiektu, co oznaczało, że za dopuszczalne należało uznać zaprojektowanie obiektu (czyli także każdego jego elementu) nad terenem zamkniętym (przy zachowaniu odpowiednich parametrów dla pokonania przeszkody – w tym właściwej skrajni pionowej), co za tym idzie część elementów np. podpór, przyczółków mogła znajdować się nad tymi terenami (analogicznie jak przęsło). Upraszczając Izba stanęła na stanowisku, że granice "terenu zamkniętego" zlokalizowane były na poziomie gruntu. Tym samym Izba uznała za niezasadne stanowisko odwołującego wskazujące, że w zakres "terenu zamkniętego" miałyby wchodzić również elementy wychodzące ponad grunt. W pkt 1.1.3. PFU wskazane zostały wszystkie elementy drogi oraz obiektów inżynieryjnych w związku z tym przyjęcie argumentacji odwołującego skutkowałoby uznaniem, że żadnego elementu nie można byłoby umieścić nad "terenem zamkniętym", tj. również przęseł.
W dalszej kolejności Izba zwróciła uwagę na treść wezwania 1 oraz wyjaśnień 1. W wezwaniu 1 w pytaniu zawartym w pkt 3 w lit. c) i e) zamawiający wskazał na przewidywany kilometraż drogi oraz na przewidywaną długość całkowitą i rozpiętości przęseł w [m]. Z powyżej przytoczonej treści wynika, że informacje dotyczące kilometrażu oraz długości całkowitej
i rozpiętości przęseł w [m] zostały poprzedzone przymiotnikami „przewidywany” oraz „przewidywana”. Zwroty te należało intepretować jako wymóg podania informacji orientacyjnych, które mogą się jeszcze zmienić. Przez to nie można było uznać, że powyżej opisana treść wezwania nakazywała podania informacji, które miały z jednej strony charakter ostateczny, a z drugiej dokładny. Twierdzenie to koreluje z przyjętą przez zamawiającego formułą realizacji zamówienia – „zaprojektuj i wybuduj”, w której ostateczne parametry obiektu w tym dokładna lokalizacja oraz rozpiętość przęseł, zostaną ustalone i przyjęte dopiero
w trakcie realizacji zamówienia. Tym samym już z tego powodu nie można było w sposób niebudzący wątpliwości ustalić, że oferta przystępującego, w zakresie wskazanym
w odwołaniu, była niezgodna z warunkami zamówienia.
Przystępujący odpowiadając na wezwanie 1 złożył wyjaśnienia zawierające m. in. załącznik nr 6. W załączniku tym przystępujący podał wszystkie informacje wynikające z pkt 3 wezwania 1, w tym przewidywany kilometraż (przy czym informacja w tym zakresie została oznaczona przypisem w postaci trzech gwiazdek ***, który wskazywał, że był to kilometraż orientacyjny wg KP), przewidywaną długość całkowitą i rozpiętość przęseł w [m] oraz rodzaj konstrukcji.
W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy szczególnie ta ostatnia ze wskazanych powyżej informacji miała doniosłe znaczenie procesowe. Przystępujący w kolumnie 9 załącznika nr 6 do wyjaśnień 1, dotyczącej rodzaju konstrukcji dla pozycji 1, wskazał *z prefabrykatów betonowych o konstrukcji łupinowej*. Tymczasem odwołujący w argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu zupełnie pominął przedmiotową okoliczność. W odwołaniu przedstawiono schematyczny przekrój podłużny opracowany przez odwołującego dla rozwiązań projektowych rzekomo przyjętych przez przystępującego, które opierały się na rozwiązaniach projektowych i lokalizacji podpór nie odpowiadających rodzajowi konstrukcji wskazanej wyraźnie przez przystępującego. Zamawiający oraz przystępujący w swoich stanowiskach pisemnych złożonych przed otwarciem rozprawy zwracali uwagę na podaną w załączniku nr 6 do wyjaśnień 1 informację o zastosowanej konstrukcji łupinowej. Ponadto zamawiający oraz przystępujący w swoich pismach wskazywali, że mając na uwadze przyjętą przez przystępującego łupinową konstrukcję obiektu, w praktyce możliwe jest zaprojektowanie obiektu bez wejścia w teren zamknięty przy podanej rozpiętości przęsła. Odwołujący dopiero na rozprawie odniósł się do tej kwestii, przedstawiając argumentację oraz składając dowody, które miały potwierdzać, że zastosowanie przez

przystępującego konstrukcji łupinowej, nic *de facto* nie zmieniało, ponieważ oferta przystępującego i tak była niezgodna z warunkami zamówienia. Izba potraktowała argumentację odwołującego w tym zakresie jako przygotowaną wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego. Argumentacja odwołującego w związku z tym, nie mogła doprowadzić do uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.
Stanowiska odwołującego nie potwierdziły również złożone przez niego dowody. Załącznik nr 6 do odwołania tj. mapa dla celów projektowych, został zaczerpnięty z Koncepcji Programowej, która miała charakter niewiążący, zatem nie mogła potwierdzać w żaden sposób, że oferta przystępującego była w sposób niebudzący żadnych wątpliwości niezgodna z warunkami zamówienia. Załącznik nr 7 do odwołania obrazujący dopuszczalny wariant lokalizacji podpór, nie uwzględniał zastosowanej przez przystępującego łupinowej konstrukcji obiektu, zatem był zupełnie nieprzydatny na potrzeby rozstrzygnięcia. Dowody złożone na rozprawie, również nie mogły doprowadzić do przyjęcia stanowiska odwołującego, ponieważ okazały się nieprzekonujące. Schemat przekroju podłużnego obiektu, którego dotyczył zarzut, zawierający treść załącznika nr 7 do odwołania oraz rysunku nr 1 zawartego w odpowiedzi na odwołanie wraz z elementami zaznaczonymi przez odwołującego kolorami czerwonym oraz żółtym, prezentował podpory obiektu nad terenem zamkniętym, co mając na uwadze treść pkt 1.1.3. PFU, należało uznać za dopuszczalne. Opinia z dnia 9 kwietnia 2024 r. na temat sposobu obliczenia rozpiętości przęseł w obiektach mostowych, miała charakter dokumentu prywatnego i została potraktowana jako prezentująca stanowisko odwołującego. Poza tym zamawiający w treści pytania nr 3 w wezwaniu 1 wskazał na rozpiętość przęsła, przez co nie można było jednoznacznie stwierdzić, że chodziło mu o teoretyczną rozpiętość przęsła czy rozpiętość przęsła w świetle. Ponadto załącznik do PFU nr WR-M-21-1 *Katalog typowych konstrukcji drogowych obiektów mostowych i przepustów* zeszyt Z2-LK16 dotyczący obiektów kolejowych (str. 54) wskazywał na rozpiętość obiektu w świetle przez co przystępujący mógł przyjąć, że w taki sposób może udzielić odpowiedzi na pytanie o rozpiętość przęsła tj. przyjmując rozpiętość przęsła w świetle. Ostatni dowód tj. schematyczny plan sytuacyjny obiektu nad linią kolejową również powstał w oparciu o Koncepcję Programową, która miała charakter niewiążący, zatem nie mógł potwierdzać, że oferta przystępującego była w sposób niebudzący żadnych wątpliwości niezgodna z warunkami zamówienia.
W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie rozpiętości przęseł dla obiektów w: km 12+202,22, km 14+345,00 oraz km 15+975,00, Izba również nie dopatrzyła się powodów uzasadniających jego uwzględnienie.
W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego, z treści dokumentów postępowania (w tym SWZ, PFU) i obowiązujących przepisów mających znaczenie dla realizacji przedmiotowego zamówienia, nie wynikało, że rozpiętość przęseł musiała mieć minimum 22,10 m. W dalszej kolejności skład orzekający stwierdził, że wnioski wynikające z odwołania opierały się na wyliczeniach i ocenie własnej odwołującego, które nie potwierdziły podniesionego zarzutu. Ponadto Izba w pełnej rozciągłości przyjęła i uznała za słuszną argumentację przystępującego przedstawioną na stronach 10-14 (pkt 8-23) pisma procesowego z dnia 8 kwietnia 2024 r. Przystępujący w pkt 8 na stronie 10 pisma procesowego przedstawił rysunek na dowód tego, że zaplanowana przez niego rozpiętość przęseł 20,5 m dla obiektów w km 12+202,22; w km 14+345,00 i w km 15+975 umożliwia usytuowanie wszystkich wymaganych pod tymi obiektami przeszkód z zachowaniem wszystkich minimalnych parametrów, określonych w przepisach prawa mających zastosowanie w tym przypadku oraz wymagań zamawiającego określonych w postępowaniu. Przystępujący przy tym wyjaśnił, że na szerokość przekroju pod obiektem składały się następujące elementy i ich wymiary:
1) szerokość korony DJ39A/DJ39B (6,60 m) pod obiektem mostowym, na którą składa się:
- 3,50 m – jezdnia drogi DJ39A/DJ39B – (*szerokość pasa ruchu poza mijanką*) zgodne z WR-D-22-2-01 tab. 6.1.1. (str. 14, pkt 47 odwołania). W tym miejscu przystępujący zastrzegł, że powyższy parametr określony został bez mijanek, bowiem mijanki (o wymiarach 1,5 m – co wynika z parametru *szerokość jezdni na mijance* (5m) pomniejszona o wartość *szerokości pasa ruchu poza mijanką* (3,5m)) zgodnie z PFU projektuje się co 250 m (punkt 1.1.3.2 PFU definiował jedyne wymagania dla mijanek: *w odstępach max 250 m; mijanki sytuować w miarę możliwości na skrzyżowaniach z drogami rolniczymi, leśnymi, zjazdami, itp*. Tym samym mijanki nie muszą znajdować się bezpośrednio pod obiektem (takie wymaganie nie wynika
z dokumentacji postępowania ani z przepisów mających zastosowanie do realizacji zamówienia), dlatego przystępujący założył występowanie mijanek przed i za obiektem;
- 1,55 m (x2) – szerokości poboczy jezdni dodatkowych DJ, na które składają się 0,75 m minimalna odległość lica bariery od krawędzi pasa ruchu dla drogi klasy D i ściek oraz bariera drogowa z uwzględnieniem szerokości pracującej 0,80 m (jak wskazał odwołujący pkt 46 lit. (b) str. 13 odwołania) oraz intruzji (4 m wysokości). W tym miejscu przystępujący zastrzegł, że zgodnie z WR-D-22-2 punkt 6.1. (1) przekrój dwukierunkowy 1/1 (z mijankami) jest dopuszczalny na drodze klasy D jeżeli prędkość dopuszczalna wynosi nie więcej niż 50 km/h oraz zgodnie z WR-D-22-3 punkt 4.3.1. (3) barierę ochronną projektuje się na drodze, na której prędkość dopuszczalna wynosi więcej niż 50 km/h. Przystępujący wyjaśnił, że pomimo braku wprost wymagań dotyczących barier ochronnych uwzględnił w wymiarach i założył zaprojektowanie

barier ochronnych na dodatkowych jezdniach w rejonie obiektów inżynierskich.
Łącznie szerokość korony drogi ma wynosić zatem 6,60 m (3,50m+2x1,55m). Tym samym wyznaczona szerokość korony drogi DJ39A/D339B ma wynosić 6,60 m, co oznacza, że zostało spełnione wymaganie z WR-D-22-2-01 tab. 6.1.1 dotyczące minimalnej szerokości korony drogi mające wynosić minimum 6,50 m, które zostało potwierdzone przez zamawiającego w udzielonej odpowiedzi nr 296;
2) ogrodzenie o szerokości 0,10 m (między koroną drogi ekspresowej S10, a koroną drogi DJ) jak wskazał odwołujący pkt 46 lit. (a) str. 13 odwołania;
3) połowa szerokości korony drogi ekspresowej S10, która znajduje się pod przęsłem, na którą składają się:
- 2,80 m – połowa pasa dzielącego 5,00 m powiększonego o szerokość podpory 0,60 m (5,60 m / 2 = 2,80 m) – szerokości zgodnie z wymaganiami pkt 1.1.3.1 PFU, pkt 2.1.16.2.6 PFU oraz z uwzględnieniem wymagań WR-D-22-2-01 pkt. 4.8 (8) (jak wskazał odwołujący w pkt 40-42, pkt 45 lit. (a) str. 11-13 odwołania);
- 9,50 m – dwa pasy ruchu po 3,50 m i pas awaryjny 2,50 m zgodnie z wymaganiami pkt 1.1.3.1 PFU (jak wskazał odwołujący w pkt 45 lit. (b), str. 13 odwołania);
- 1,75 m – pobocze 1,25 m poszerzone o szerokość elementu odwodnienia 0,50 m – zgodnie z pkt 1.1.3.1 PFU „Droga ekspresowa" oraz odpowiedzią zamawiającego nr 609 dotyczącą konieczności zwiększenia minimalnych szerokości poboczy z PFU, jeśli wynika to z warunków usytuowania urządzeń organizacji ruchu, bezpieczeństwa ruchu drogowego lub ochrony środowiska i odwodnienia. W tym miejscu przystępujący zastrzegł, że rozwiązanie przedstawione przez odwołującego, w którym odwołujący zakłada pobocze o wymiarach 1,3 m jest niezgodne z warunkami zamówienia (pkt 1.1.3.1 PFU „Droga ekspresowa"). W ocenie przystępującego, odwołujący nie uwzględnił odwodnienia w zakresie szerokości pobocza gruntowego (0,50 m).
Łącznie połowa szerokości korony drogi ekspresowej S10 wynosi zatem 14,05 m.
Przystępujący wyjaśnił, że rozbieżności w wyliczeniach odwołującego wynikały zatem
z błędnego, nadmiarowego założenia przez odwołującego konieczności umieszczenia mijanek pod przęsłem (obiektem). Odwołujący w swoich wyliczeniach i przedstawionych rysunkach wskazał bowiem w ramach szerokości korony drogi DJ (jezdnia drogi) długość 1,5 m przeznaczoną na mijankę. Jak wskazał przystępujący i co zostało zaprezentowane powyżej, umieszczenie pasów na mijankę bezpośrednio pod przęsłem (obiektem) nie jest wymagane zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie w postępowaniu, a dodatkowo taki obowiązek nie wynikał z dokumentacji postępowania. Nie można zatem było uznać, że wymiar ten miał zastosowanie przy ustalaniu minimalnej rozpiętości przęsła dla obiektów objętych zarzutem odwołania.
Odnosząc się natomiast do argumentacji odwołującego zawartej w pkt 51 odwołania (str. 15) przystępujący zaznaczył, że wbrew twierdzeniom odwołującego, nie ma konieczności zwiększania rozpiętości przęsła o dodatkowe 1-2 m na prowadzenie rowów drogowych lub ich zarurowań w rozwiązaniu zakładanym przez przystępującego, co było zgodne z wymaganiami zamawiającego. Przystępujący wskazał, że rozwiązanie zostało zaprojektowane indywidualnie dla każdego obiektu. Z uwagi na dopuszczenie przez zamawiającego rurowania
i kanalizowania rowów pod obiektami inżynierskimi, również w przypadku gdy nad rurowaniem przebiega droga dojazdowa, możliwość prowadzenia rowów drogowych w formie zarurowania i kanalizacji nie wpływa na zwiększenie szerokości przekroju pod obiektem.
Przystępujący wskazał również na rozwiązania dotyczące sposobu odwodnienia w rejonie obiektów objętych odwołaniem:
- w km 12+202.22 – wododział na trasie głównej i na drodze dojazdowej, co jest zgodne
z warunkami zamówienia, bowiem nie musi być ciągłości rowu pod obiektem, przy zachowaniu odwodnienia w postaci ścieku (rozwiązanie nie wymaga zwiększenia rozpiętości/szerokości przęsła);
- w km 14+345,00 – rurowanie rowu trasy głównej i wododział na drodze dojazdowej, zarurowanie przebiega pod drogą dojazdową, co jest zgodne z warunkami zamówienia
i zostało potwierdzone odpowiedzią na pytanie nr 421 (rozwiązanie nie wymaga zwiększenia rozpiętości/szerokości przęsła);
- w km 15+975,00 – przełożenie i poprowadzenie rowów trasy głównej systemem kanalizacji deszczowej, wododział na drodze dojazdowej, co jest zgodne z warunkami zamówienia,
a zamawiający potwierdził możliwość odcinkowego wykonania systemu odwodnienia drogi ekspresowej w formie kanalizacji w rejonie przejść dla zwierząt górą co potwierdzała odpowiedź na pytanie nr 91 (rozwiązanie nie wymaga zwiększenia rozpiętości/szerokości przęsła pod obiektem).
Podsumowując, przystępujący stwierdził, że łączna szerokość przekroju pod obiektem, na którą składają się korona DJ39A/DJ39, ogrodzenie, połowa korony drogi ekspresowej S10
i odwodnienie drogi wynosiła: 6,60 m + 0,10 m + 14,05 m + 0,00 m = 20,75 m. Przy czym przystępujący w tym przypadku wyjaśnił, że zamierza zastosować rozwiązanie

z wykorzystaniem podpór skośnych o konstrukcji łupinowej (ten rodzaj konstrukcji został wyraźnie wskazany w załączniku nr 6 do wyjaśnień 1 również dla obiektów objętych przedmiotowym zarzutem, podobnie jak dla obiektu dotyczącego wcześniejszego zarzutu). Odwołujący w argumentacji przedstawionej w odwołaniu zupełnie pominął okoliczność związaną z rodzajem konstrukcji przewidzianym przez przystępującego. Tym samym dzięki zastosowaniu podpór skośnych (szerszy przekrój drogowy) przystępujący stwierdził, że jest
w stanie zmieścić pod obiektami wskazane przez zamawiającego elementy infrastruktury. Jednocześnie przystępujący wskazał, że jest to rozwiązanie zgodne z warunkami zamówienia i w pełni możliwe do zastosowania w realizacji zamówienia objętego postępowaniem.
W związku z tym przystępujący stanął na stanowisku, że wbrew twierdzeniom odwołującego z uwagi na zastosowanie podpór ukośnych o konstrukcji łupinowej jest technicznie możliwe do przeprowadzenia pod przęsłem sklepionym o rozpiętości 20,5 m – jezdni S10 oraz drogi DJ39A, drogi DJ39B.
Izba analizując stanowisko przystępującego nie znalazła powodów, które mogłyby podważyć lub zakwestionować to stanowisko. Tym samym skład orzekający stwierdził, że przystępujący potwierdził, że przyjęte przez niego rozwiązania były zgodne z warunkami zamówienia
i zostały kompleksowo przeanalizowane. Co więcej odwołujący w stanowisku podanym na rozprawie nie zakwestionował argumentacji przystępującego zawartej w piśmie procesowym, która została zreferowana powyżej. Odwołujący na posiedzeniu złożył dowód w postaci schematu opracowanego z wykorzystaniem rysunku nr 2 przedstawionego na str. 10 pisma procesowego przystępującego wraz z komentarzami i zaznaczonymi elementami kolorem czerwonym przez odwołującego. Jedynym zastrzeżeniem odwołującego do wyliczeń przystępującego zobrazowanych rysunkiem nr 2 na str. 10 pisma procesowego było wskazanie, że należało zaprojektować ściek przy krawędzi jezdni DJ, zatem szerokość pobocza powinna zostać powiększona o 0,5 m na zastosowanie ścieku przykrawędziowego, analogicznie jak dla drogi S10. Ten argument w ocenie składu orzekającego okazał się chybiony, ponieważ po pierwsze w odwołaniu nie zostały wskazane zastrzeżenia w związku
z brakiem lub nieprzewidzeniem przez przystępującego ścieku przykrawędziowego w ramach szerokości drogi DJ. Po drugie z pisma procesowego przystępującego (str. 11 tiret drugie) wynikało, że w ramach jezdni dodatkowych DJ ściek został przewidziany. Po trzecie podczas rozprawy przystępujący wyjaśnił, że na etapie realizacji zamówienia może okazać się, że nie będzie potrzeby zastosowania tego ścieku. Odwołujący nie zakwestionował tego wyjaśnienia, zatem Izba uznała je za prawidłowe. W związku z tym nie można było jednoznacznie i sposób niebudzący wątpliwości stwierdzić, że oferta przystępującego w tym zakresie była niezgodna z warunkami zamówienia.
Powyższe oznaczało, że ww. dowód złożony przez odwołującego na posiedzeniu nie mógł doprowadzić do uwzględnienia zarzutu. Izba pominęła przy tym dowód stanowiący załącznik nr 8 do odwołania tj. rysunek poglądowy określający prawidłową rozpiętość przęseł dla obiektów, ponieważ dowód ten nie uwzględniał zastosowanej przez przystępującego łupinowej konstrukcji obiektów, zatem był zupełnie nieprzydatny na potrzeby rozstrzygnięcia.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazany w pkt 1*petitum* odwołania.

Potwierdzenia nie znalazł także zarzut podniesiony w pkt 2 *petitum* odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się w treści odwołania, w tym w uzasadnieniu odwołania, ani na rozprawie do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp. Z odwołania nie wynikało w jaki sposób powyższe przepisy zostały naruszone przez zamawiającego, tj. odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji dotyczącej błędnego przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert oraz nie wskazał na podstawie jakiego przepisu Pzp przystępujący miałby podlegać wykluczeniu z postępowania. Ponadto treść zarzutu nie przystawała do przepisów wskazanych jako naruszone (oprócz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, który został już wskazany
w ramach zarzutu z pkt 1). Skład orzekający stwierdził, że przedmiotowy zarzut miał w istocie charakter blankietowy, co determinowało brak możliwości uwzględnienia odwołania w tym zakresie. Nie budzi bowiem wątpliwości, tak w doktrynie jak i orzecznictwie, jak również praktyce stosowania przepisów Pzp, że prawidłowo sformułowany zarzut zawierać musi zarówno wskazanie podstawy prawnej, jak i przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesione odwołanie. Wynika to zresztą bezpośrednio z art. 516 ust. 1 pkt 10) Pzp, który obliguje do wskazania w treści odwołania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Tym samym Izba nie miała innej możliwości jak tylko oddalić zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.
W konsekwencji, oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, który w ocenie składu orzekającego miał charakter wynikowy i pomocniczy w stosunku do pozostałych zarzutów.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze

Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie rachunku złożonego na rozprawie.

Przewodniczący:…….
…….
…….