

WYROK

Warszawa, dnia 25 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2024 r. przez wykonawcę NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”), prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Budowa obwodnicy Stargardu w ciągu drogi krajowej nr 20” (nr postępowania: GDDKiA O.Sz.D-3.2410.18.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 22 grudnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 247/2023 pod numerem 00783409-2023. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 31 maja 2024 r. wykonawca NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu wobec nieprawidłowej oceny oferty oraz wyjaśnień treści oferty z dnia 19 kwietnia 2024 r. złożonych przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Przystępujący”) prowadzącej do uznania, że oferta ww. wykonawcy jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji postępowania, wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego oraz wobec uznania za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego i dokonania wyboru tej oferty w postępowaniu. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, gdy tymczasem oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, co potwierdziły wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę pismem z dnia 19 kwietnia 2024 r., z których treści wynika, że:

a) wykonawca przyjął rozwiązania niezgodne z wymaganiami technicznymi Zamawiającego, tj. nie uwzględnił w treści oferty wymagań dotyczących min. szerokości opaski zewnętrznej drogi o wymiarach 0,75 m w odniesieniu do drogi poprowadzonej przez obiekty inżynierskie pełniących funkcje ekologiczne (zgodnie z dokumentacją

Postępowania), a zamiast tego przyjął opaskę o szerokości 0,5 m, co jest niezgodne z dokumentacją Zamawiającego (wymogami technicznymi);

- b) wykonawca przyjął rozwiązania niezgodne z wymaganiami technicznymi Zamawiającego, tj. nie uwzględnił w treści oferty wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów wysokości (światła pionowego) przepustów PZD-1 oraz PZD-2 (przejścia dla zwierząt), które zgodnie z PFU powinny wynosić co najmniej 1,9 m, a zamiast tego przyjął dla parametrów wysokości (światła pionowego) przepustów wartość 1 m, co jest niezgodne z dokumentacją Zamawiającego (wymogami technicznymi);

2.art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia i, w konsekwencji, dokonanie wyboru oferty złożonej przez ww. wykonawcę;

a w konsekwencji powyższego:

3.art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uznanie, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia; odrzucenie oferty Przystępującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z pominięciem oferty Przystępującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na niezgodność oferty Przystępującego z wymaganiami dotyczącymi szerokości opaski zewnętrznej. Powołał się na punkt 1.1.3.1 PFU określający parametry obwodnicy, gdzie w zakresie szerokości opaski zewnętrznej wskazano parametr 0,75m. Odwołujący zauważył, iż w treści wezwania skierowanego do Przystępującego, w podpunkcie „3f” Zamawiający wezwał do przedłożenia informacji dla obiektów inżynierskich pełniących funkcje ekologiczne dot. elementów drogi na obiekcie w [m], zaś Przystępujący odpowiadając na to wezwanie wskazał dla opaski lewej oraz prawej szerokość 0,5m. Odwołujący powołał się też na pkt 1.1.1 PFU, który zawiera ogólne informacje na temat koniecznych do zaprojektowania i wykonania w ramach inwestycji robót. W jednostce 1.1.1.11) jako niektóre z obiektów, których mają dotyczyć roboty, wskazano obiekty inżynierskie w ciągu obwodnicy i w ciągu dróg krzyżujących się z obwodnicą. Obiektami, które niewątpliwie znajdują się w ciągu obwodnicy są wskazane w treści Wyjaśnień obiekty: przepusty dla zwierząt – PZD-1 oraz PZD-2 oraz most drogowy - MS-5.2. Potwierdza to również treść Tabeli 1.2. znajdującej się w pkt 1.1.3.4. PFU, gdzie wskazano kilometrą dla obu wskazanych powyżej przepustów: 0+770 oraz 0+850 oraz treść tabeli 1.1., gdzie wskazano kilometrą dla odcinka obwodnicy właściwego dla mostu MS (obiekt inżynierski znajdujący się nad rzeką Krapiel (w Wyjaśnieniach MS-5.2.): 0+960. Z uwagi na usytuowanie tych obiektów w ciągu obwodnicy, w ocenie Odwołującego oczywistym jest, iż wszelkie parametry drogi na tych obiektach, w szczególności w odniesieniu do mostu M.S-5.2., powinny być zgodne parametrami odpowiadającymi obwodnicy. Co więcej, w przypadku obiektu mostowego ma zastosowanie m.in. postanowienie 5.1.2 Modyfikacja przekroju drogi zawarte w WR-M 11-01 (dokument wskazany w PFU jako wiążący wykonawców), zgodnie z którym zmniejszenie szerokości elementów drogi na obiekcie mostowym lub tunelu, jest możliwe tylko w przypadku poddania odbudowie, rozbudowie lub przebudowie obiektów już istniejących (tuneli, mostów, wiaduktów, estakad). Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż w przypadku mostu M.S-5.2. nie mamy do czynienia z obiektem już istniejącym, wobec czego roboty budowlane realizowane w związku z tym obiektem, nie będą mogły zostać zakwalifikowane jako odbudowa, rozbudowa, czy też przebudowa. Wyłączona jest zatem możliwość „modyfikacji” przekroju drogi na tym obiekcie.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż z informacji zawartych w pkt 1.1.3.1. na temat parametrów obwodnicy wynika, iż jest to droga projektowana na klasę GP. Dla dróg tego typu, tj. GP o jednej jezdni głównej, zgodnie z § 23 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych z dnia 24 czerwca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1518), („Rozporządzenie”), szerokość części pobocza o nawierzchni twardej, w postaci opaski zewnętrznej wynosi standardowo 0,75 m. Obowiązek uwzględnienia przez Przystępującego parametru dla opaski zewnętrznej dla drogi klasy typu GP w wymiarze 0,75 m wynika zatem nie tylko z treści PFU, ale jest także zdeterminowany przepisami prawa. Szerokość opaski zewnętrznej zarówno w odniesieniu do lewej, jak i prawej opaski powinna zatem wynosić 0,75 m. PFU nie zawiera rozróżnienia parametrów dla szerokości opaski zewnętrznej dotyczącej obwodnicy oraz opaski zewnętrznej dla obiektów inżynierskich będących obiektami mostowymi, znajdującymi się w jej ciągu. Brak jest zatem podstaw do przyjmowania przez Przystępującego przy sporządzaniu oferty parametrów innych niż wymagane. Parametr, którym posługuje się Przystępujący jest przywołany w PFU, ale w odniesieniu do innych obiektów, np. do łącznic. Nieuwzględnienie przez Przystępującego w jego ofercie ww. parametrów stanowi istotną niezgodność z warunkami zamówienia. Niezgodność ta jest oczywista, a jej dostrzeżenie nie wymaga szerokiej analizy dokumentacji postępowania. Dla stwierdzenia tej niezgodności z warunkami zamówienia

wystarczającym jest np. porównanie wartości wskazanych na stronie 12 PFU, tj. parametru dot. szerokości opaski zewnętrznej wynoszącej 0,75 m, oraz oświadczenia Przystępującego znajdującego się treści wyjaśnień, gdzie dla szerokości każdej z opasek (lewej i prawej) został wskazany parametr 0,5 m. Powyższe świadczy o niezgodności oferty z warunkami zamówienia i stanowi podstawę do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wobec powyższego, oferta Przystępującego podlega odrzuceniu bez możliwości jej sanowania.

Następnie Odwołujący wskazał na niezgodność oferty Przystępującego z wymaganiami dotyczącymi parametrów korytarza dla celów utrzymaniowych. Podniósł, że w treści pkt 2.1.16.3.13 PFU Zamawiający przewidział, iż dla każdego obiektu inżynierskiego, który podlega przeglądowi technicznemu (co odnosi się także do przepustów o minimalnej szerokości 1,5 m), wykonawcy zobowiązani byli przewidzieć minimalną wysokość tego przepustu wynoszącą 1,9 m. Oba przepusty, na które wskazał w swoich wyjaśnieniach Przystępujący, mają 1,5 m szerokości (a zatem wpisują się w te, o których mowa w powyższym punkcie PFU). Przysnaje to sam Przystępujący w swoich wyjaśnieniach. Wynika to także z tabeli 1.1.3.4 PFU. W tej sytuacji, uwzględniając treść całej dokumentacji, STRABAG zobowiązany był do wzięcia pod uwagę powyższych oczekiwań Zamawiającego. Mają one bowiem na celu umożliwienie realizacji wynikającego z przepisów prawa obowiązku utrzymania przepustów w odpowiednim stanie. Powyższe potwierdza także 2.1.16.2.1 PFU, w którym Zamawiający dokładnie określił, że parametry podane w tabeli 1.1.3.4 PFU są warunkami minimalnymi, a więc także wysokość oraz szerokość przejść PZD-1 oraz PZD-2. Zamawiający nie określił dokładnych, ni przekraczalnych parametrów technicznych, a ograniczył się do przedstawienia ich wartości minimalnej, oczekując tym samym od wykonawcy zaproponowania rozwiązania spełniającego wszystkie, w tym także wynikające z 2.1.16.3.13 PFU, warunki znajdujące się w PFU. Zamawiający powyższe podtrzymuje także w 2.1.16.1 PFU. Tym samym obiekty PZD-1 oraz PZD-2 wskazane w treści Wyjaśnień powinny mieć następujące wymiary: szerokość (światło poziome) - min. 1,5 m (zgodnie DUS), wysokość (światło pionowe) - min. 1,9 m (zgodnie z punktem 2.1.16.3.13 PFU).

Zdaniem Odwołującego treść Wyjaśnień Przystępującego nie potwierdza spełnienia powyższego wymagania. Zamawiający skierował do Przystępującego pytanie nr 3 dotyczące obiektów inżynierskich pełniących funkcje ekologiczne. Przystępujący udzielił w treści Wyjaśnień odpowiedzi na rzezone pytanie. Odwołujący przywołał odpowiedzi na pytania istotne z punktu widzenia analizowanego zarzutu. W treści Wyjaśnień, w odpowiedzi na część pytania „3a”, Przystępujący wskazał przeszkody PZD-1 oraz PZD-2. Odwołujący wyjaśnił, że treść PFU w odniesieniu do obiektów inżynierskich pełniących funkcje ekologiczne będące przepustami (przejściami dla małych zwierząt) posługuje się pojęciem „PZM”, a użycie przez Przystępującego wyrażeniem „PZD” Odwołujący traktuje jako oczywistą omyłkę pisarską. Celem zachowania spójności argumentacji niniejszego odwołania z treścią Wyjaśnień Przystępującego, Odwołujący również w dalszej części pisma posługiwał będzie się co do zasady nomenklaturą wynikającą z treści Wyjaśnień. Zgodnie z treścią odpowiedzi „3g”, w której Wykonawca ten obowiązany był do wskazania całkowitej szerokości obiektów [m], wskazał, iż całkowita szerokość każdego z tych obiektów wynosi 1,5 m. Mimo udzielenia takiej odpowiedzi, w dalszej części ignoruje treść pkt 2.1.16.3.13 PFU, odnoszącego się m.in. do wysokości przepustów o szerokości 1,5 m. W części odpowiedzi „3k”, gdzie Wykonawca był zobowiązany do wskazania wysokości (światło pionowe) [m] oraz szerokości (światło poziome) [m] obiektów wymienionych w odpowiedzi na pytanie „3a”, Przystępujący oświadczył, iż wymiary tych obiektów, tj. światło pionowe oraz światło poziome, wynoszą odpowiednio: 1,0 m x 1,5 m. Tym samym Przystępujący przyznał, iż przyjął wysokość przepustów 1 m, zamiast oczekiwanego przez Zamawiającego 1,9 m w przypadku przepustów o szerokości min. 1,5 m. Zdaniem Odwołującego należy uznać, że gdyby Przystępujący zamierzał zrealizować obowiązek uregulowany w pkt 2.1.16.3.13 lit. I PFU, odpowiedź na zadane pytanie dotyczące wysokości (światła pionowego) byłaby odmienna od tej zawartej w treści Wyjaśnień. Przystępujący wskazałby wówczas wprost, że wysokość (światło pionowe) dla przepustów PZD-1 oraz PZD-2 odpowiada wartości 1,9 m – zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Przystępujący jednak, najpewniej, całkowicie pominął treść ww. pkt PFU. Nieuwzględnienie powyższego stanowiło skutek powierzchownego potraktowania wymagań określonych w PFU oraz nieuwzględnienia wszystkich istotnych z punktu widzenia oferty elementów.

Odwołujący podkreślił, że PFU jest dokumentem stanowiącym opis przedmiotu zamówienia oraz określającym wymagania Zamawiającego dotyczące inwestycji. Dokument PFU został podzielony na 2 części: 1. „OPIS OGÓLN PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”; 2. „WYMAGANIA ZAMAWIAJĄCEGO W STOSUNKU DO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”. Jednak z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia obie z tych części są tak samo istotne i postanowienia każdej z nich powinny być uwzględnione przez Wykonawcę. Udzielając odpowiedzi na pytanie „3k” Przystępujący ograniczył się jedynie do wymagań opisanych w ust. 1 PFU „OPIS OGÓLNY PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA”, zgodnie z tabelą nr 1 pomijając całkowicie pozostałe wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia dotyczące przepustów uregulowane w ust. 2 PFU, w tym też, że dla przepustów o szerokości min. 1,5 m należy przewidzieć również możliwość wykonywania czynności utrzymaniowych. Z tym z kolei, jak wskazał Zamawiający w PFU, wiąże się konieczność przewidzenia wysokości 1,9 m dla przepustu (przejścia, które pozwoli m.in. na wprowadzenie

odpowiedniego sprzętu budowlanego). Pomimo, że strukturalnie dokument PFU został podzielony na 2 części, to nie ulega wątpliwości, iż postanowienia zawarte w obu częściach tego dokumentu należy czytać łącznie. Oferty powinny być przygotowane przez wykonawców nie w oparciu o wybiórcze postanowienia SWZ i PFU, ale z uwzględnieniem kompleksowej znajomości pełnej dokumentacji, w tym również dokumentów pełniących funkcje wytycznych. Co najbardziej istotne, oferty nie powinny być przygotowywana jedynie w oparciu o część ogólną PFU. Analogiczny wniosek należy wysnuć również w odniesieniu do wyjaśnień treści oferty, które stanowią jej część. Przystępujący (choć jest podmiotem, który od wielu lat działa na rynku zamówień publicznych, w tym składa liczne oferty dla Zamawiającego) nie zachował należytej staranności w tym zakresie, a jego oferta została przygotowana w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań niezbędnych z punktu widzenia warunków zamówienia. Pomimo, iż oferta i wyjaśnienia treści oferty powinny być przygotowane w sposób kompleksowy, w oparciu o pełną znajomość dokumentacji postępowania, z uwzględnieniem należytej staranności właściwej profesjonalistom, Przystępujący powyższego zaniechał przygotowując ofertę niekompletną z punktu widzenia wymagań SWZ, a następnie przedstawiając w treści Wyjaśnień wymiary dla PZD-1 oraz PZD-2, które nie wypełniają wymagania określonego w punkcie 2.1.16.3.13 PFU. Wartość parametru wysokości (światła pionowego obiektu) wskazana w treści wyjaśnień jest niższa niż wymagane treścią PFU - co najmniej 1,9 m. Nie budzi bowiem wątpliwości, że oczekiwane „1,9 m” wysokości „nie mieści się” w przyjętym 1 m wysokości. Powyższe świadczy o niezgodności oferty z warunkami zamówienia i stanowi podstawę do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 18 czerwca 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie.

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

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty swojego konkurenta jako niezgodnej z warunkami zamówienia wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, włączoną w akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest budowa obwodnicy Stargardu w ciągu drogi krajowej nr 20. Zakres zadania obejmuje w szczególności: opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji ZRiD, budowę obwodnicy Stargardu w ciągu drogi krajowej nr 20, rozbudowę węzła drogowego „Stargard Wschód”, rozbiórkę dwóch łącznic węzła drogowego „ Stargard wschód” po lewej stronie drogi ekspresowej S10, (łącznica z kierunku Wałcza i łącznicy w kierunku do Szczecina), budowę skrzyżowania typu rondo, przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z obwodnicą Stargardu w ciągu drogi krajowej nr 20, budowę dróg innych niż obwodnica w tym zmiana przebiegu istniejących dróg, w celu przywrócenia naruszonych połączeń drogowych lub zapewnienia dojazdu do nieruchomości, budowę jezdni dodatkowych, zlokalizowanych w pasie drogowym obwodnicy, budowę i przebudowę infrastruktury dla pieszych i rowerzystów, obiekty inżynierskie w ciągu obwodnicy i w ciągu dróg krzyżujących się z obwodnicą, system odwodnienia terenu, urządzenia ochrony środowiska, przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej, wyburzenia budynków i obiektów budowlanych, rozbiórkę elementów dróg, przepustów i innych, sieć teletechniczną na potrzeby Zamawiającego, miejsce do kontroli i ważenia pojazdów, oświetlenie drogowe, organizację ruchu, w tym urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego, System Zarządzania Ruchem. Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II-IV SWZ. Tom III SWZ stanowił Program Funkcjonalno – Użytkowy (PFU) wraz załącznikami.

W PFU zawarto w szczególności następujące postanowienia:

1.1.Opis ogólny przedmiotu zamówienia

W zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania obwodnicy Stargardu w ciągu drogi krajowej nr 20 , zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w następującej kolejności: 1. wymagania określone w PFU wraz z załącznikami, 2. obowiązujące przepisy prawa, 3. Wzorce i Standardy (WiS) ministra właściwego ds. Transportu wymienione w PFU [3.1 poz 138] 4. zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad [3.2], 5. w sprawach nieuregulowanych w pkt 1-4 zastosowanie ma wiedza techniczna zawarta w: [3], [4], [9] o ile nie stoi w sprzeczności z ww.

1.1.1.Charakterystyczne parametry określające zakres Robót

Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU i wynikającymi z obowiązującego prawa, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty: (...) 11) obiekty inżynierskie w ciągu obwodnicy i w ciągu dróg krzyżujących się z obwodnicą

1.1.3Projektowane parametry

Wykonawca zaprojektuje i wykona obwodnicę Stargardu w ciągu drogi krajowej nr 20 w tym elementy infrastruktury o następujących parametrach (...) Jeśli postanowienia PFU nie określają wymagań, należy stosować parametry dla warunków standardowych określonych w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych.

1.1.3.1. Obwodnica

(...) Szerokość opaski zewnętrznej – 0,75 m

1.1.3.3 Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich

Objaśnienia oznaczeń obiektów stosowanych w dalszej treści PFU do określenia sposobu pokonania przeszkody („Rodzaj obiektu”):

WS/WD - wiadukt w ciągu: obwodnicy

MS- most w ciągu: obwodnicy

PZDs przejście dolne dla średnich zwierząt

Tabela nr 1.1. 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	Kolizja z przeszkodą	Parametry funkcjonalne przeszkód	Rodzaj obiektu inżynierskiego
2	0+960	Trasa główna z ciekim (rz. Krapiel) i szlakiem migracji zwierząt średnich	Zgodnie z pkt 1.1.3.1. oraz 1.1.3.2. Ciek + przejście dla zwierząt średnich. Parametry zgodne z DŚU	MS + PZDs

1.1.3.4 Przepusty dla celów ekologicznych

Objaśnienie oznaczeń obiektów stosowanych w dalszej treści PFU do określenia sposobu pokonania przeszkód:

PZM – przepust, przejście dla małych zwierząt

Tabela nr 1.2. Wykaz przewidywanych przepustów o funkcji ekologicznej na trasie głównej, łącznicach, jezdniach dodatkowych oraz innych drogach i przeszkodach.

Lp.	Przewidywany kilometraż	Kolizja z przeszkodą	Współczynnik względnej ciasnoty c	Przewidywany przekrój poprzeczny (wys., szer.)
1	2	3	4	5
1	0+770	<i>Szlak migracji zwierząt małych (w tym płazów)</i>	>0,07	1,0mx1,5 m
2	0+850	<i>Szlak migracji zwierząt małych (w tym płazów)</i>	>0,07	1,0mx1,5 m

1.2 Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia

Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie zaprojektuje rozwiązania i wykona Roboty zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego na podstawie poniższych wiążących dokumentów , przekazanych przez Zamawiającego:

- 1)decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wydanej przez Wójta Gminy Stargard sygnatura Och.Ś.6220.2.2022.MK z dnia 18.05.2023 r z wyłączeniem zakresu zmian, przewidzianych w PFU, które należy usankcjonować w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko,
- 2)aktualnej prognozy ruchu - uzgodnionej przez właściwy Departament GDDKiA pismem nr DSS.WSD-ZI ZMR.4084.56.2021.MS z dnia 05.05.2021,
- 3)wyników badań gruntowo-wodnych w formie szczegółowej charakterystyki warunków geologicznych opracowanej na podstawie danych uzyskanych bezpośrednio z badań podłoża budowlanego (wierceń, sondowań, badań geofizycznych, badań laboratoryjnych, środowiskowych itp.), zawartej w: (...),
- 4)wyników badań konstrukcji istniejących nawierzchni dróg podlegających przebudowie lub rozbiórce (w zależności od charakterystyki zadania – badania nośności, grubości warstw, połączeń międzywarstwowych, informacje o występujących spękaniach, badania destruktu) - w załączeniu raport technicznych z rozpoznania konstrukcji nawierzchni drogowej w związku z budową drogi ekspresowej S10 na odc. Stargard - Suchań w ciągu drogi krajowej nr 10., data opracowania 04.10.2023r przez Wydział Technologii-Laboratorium Drogowe, Skarbimierzyce,
- 5)Uzgodnienie OZ CWCR z dnia 26.05.2023,
- 6)wyników Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego (GPR),
- 7)opinia Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków znak Z.Arch.5183.33.1.2021.ETK z dnia 23.03.2021,
- 8)raportu oddziaływania na środowisko lub karty informacyjnej Przedsięwzięcia (KIP) z wyłączeniem zakresu zmian, przewidzianych w PFU, które należy usankcjonować w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko,
- 9)danych klimatycznych,
- 10)Tom V dokumentów zamówienia w zakresie lokalizacji istniejącej infrastruktury technicznej sieci uzbrojenia terenu, urządzeń melioracji wodnych oraz urządzeń wodnych,
- 11)informacja o aktualnych uwarunkowaniach wynikających z posiadanych uzgodnień, opinii, porozumień zawartych w poniższej tabeli.

Dalej przedstawiono Tabelę nr 1.6. Informacja o aktualnych uwarunkowaniach wynikających z posiadanych uzgodnień, opinii, porozumień np. z samorządami, z gestorami sieci. Pod tabelą zawarto uwagę: Powyżej wymienione dokumenty należy interpretować w sposób łączny – w przypadku dokumentów tej samej jednostki. Z uwagi na różne terminy i szczegółowość dokumentów, wszelkie rozbieżności pomiędzy nimi powinny być odczytywane i interpretowane w kolejności od najbardziej aktualnych, z zastrzeżeniem, że wymagania opisane w niniejszym PFU są wymaganiami nadrzędnymi w stosunku do tych, które są określone w powyższych dokumentach.

1.2.1 Wymagania w stosunku do Wykonawcy wynikające z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach

Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami zawartymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, uwzględniając wszystkie ewentualne zmiany warunków wynikające z procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko, usankcjonowane Postanowieniem organu ochrony środowiska, a następnie decyzją ZRID. W przypadku zastrzeżeń organów, wniesionych pisemnie w formie m.in. wezwania lub Postanowienia w ramach postępowania dotyczącego ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko lub w przypadku uwzględnionego odwołania od decyzji ZRID, Wykonawca jest zobowiązany przywrócić rozwiązania zgodne z DŚU. Przywrócenie rozwiązań z DŚU stanowi ryzyko Wykonawcy i nie ma wpływu na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową i Czas na Ukończenie. Wykonawca jest zobowiązany dla wszystkich urządzeń ochrony środowiska i obiektów ekologicznych stosować dodatkowo oznaczenia pikietaży zawartych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

2.1.16.1 Wymagania podstawowe

(...) W przypadku obiektów inżynierskich pełniących funkcje przejść dla zwierząt wymaga się, żeby lokalizacja oraz parametry techniczne spełniały co najmniej wymagania określone w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, a w szczególności parametrów dotyczących wysokości, szerokości oraz współczynnika ciasnoty względnej w zależności od rodzaju przejścia.

2.1.16.2.1 Rozwiązania budowlano-konstrukcyjne

a) Parametry obiektów takie jak długość i szerokość należy określić na podstawie zaprojektowanej części drogowej, traktując wymagania zawarte w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022r. w sprawie przepisów technicznobudowlanych dotyczących dróg publicznych, jako standardy minimalne, z uwzględnieniem wymagań decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dotyczących przejść dla zwierząt. Inne parametry obiektów określone w PFU i materiałach przywołanych w PFU (np. w decyzji środowiskowej) należy również traktować, jak wymagania minimalne. Pozostałe parametry są dowolne w zakresie obowiązującego prawa.

2.1.16.3.13 Urządzenia zapewniające dostęp do obiektu w celach utrzymaniowych

l) Obiekty inżynierskie podlegające przeglądowi technicznemu tj. obiekty mostowe i przepusty o świetle pionowym lub poziomym co najmniej 1,5 m powinny zapewnić korytarz dla celów utrzymaniowych, o szerokości nie mniejszej 0,9 m i

wysokości nie mniejszej niż 1,9 m.

2.1.16.4. Drogowe obiekty inżynierskie pełniące funkcje przejść dla zwierząt

8) Przepusty a także obiekty mostowe pełniące funkcje ekologiczne podlegające przeglądowi technicznemu tj. o świetle pionowym co najmniej 1,5 m powinny zapewnić korytarz dla celów utrzymaniowych, o szerokości nie mniejszej 0,9 m i wysokości nie mniejszej niż 1,9 m.

Jednym z załączników do PFU była decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach z dnia 18 maja 2023 r. o znaku Och.Ś.6220.3.2022.MK („DŚU”) ustalająca środowiskowe uwarunkowania dla przedmiotowego przedsięwzięcia. W punkcie 1.3 określono wymagania dotyczące ochrony środowiska konieczne do uwzględnienia w dokumentacji, w tym w zakresie drogi głównej (ppkt 2 lit. a) wskazano parametr techniczny: szerokość utwardzonego pobocza: 0,5m. Z kolei w punkcie 1.3. ppkt 3) DŚU wskazano: wykonać następujące przejścia dla zwierząt: - w km 0+960 projektowanej drogi – przejście dolne dla średnich zwierząt zespolone z ciekim (rzeka Krąpiel) – szerokość pasów gruntowych przeznaczonych dla zwierząt 2 x szerokość cieku (ciek szerokości około 5-6m) wysokość przejścia min. 3,5m; - w km ok. 0+770 oraz w km ok. 0+850 projektowanej drogi – przejścia dolne dla małych zwierząt – o szerokości min. 1,5m i wysokości min. 1m. W punkcie VI DŚU wskazano, że nie stwierdzono konieczności przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji, o której mowa w art. 72 ust. 1 pkt 1, 10, 14 i 18 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. z 2022 r. poz. 1029 ze zm.).

W toku postępowania Zamawiający opublikował liczne odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści dokumentów zamówienia, w szczególności:

- Pytanie nr 209: „Prosimy o potwierdzenie wymaganej szerokości pobocza gruntowego wynoszącej min.1,50m na drodze DK nr 20 klasy GP, pomimo możliwości zawężenia go zgodnie z przepisami.” Odpowiedź: „Na etapie przygotowywania dokumentacji STEŚ-R nastąpiła zmiana przepisów - DŚU została uzyskana w trakcie obowiązywania rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 1999r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Zapisy DŚU narzucają niektóre parametry drogi.”
- Pytanie nr 277: „Proszę o potwierdzenie że załączona do postępowania koncepcja nie jest wiążąca pod względem doboru konstrukcji oraz parametrów obiektów mostowych.” Odpowiedź: „Wiążące są jedynie parametry wynikające z DŚU.”
- Pytanie nr 284: „Proszę potwierdzić, że pod mostem nad rzeką Krąpiel oprócz rzeki ma przebiegać jedynie przejście dla zwierząt średnich.” Odpowiedź: „Rodzaj, lokalizacja i parametry przejść dla zwierząt muszą być zgodne z zapisami wydanej DŚU.”
- Pytanie nr 299: „Czy Zamawiający pozostaje przy zapisie PFU: szerokość opaski zewnętrznej 0,75 m, gdy DOŚ wskazuje wymóg wykonania pobocza utwardzonego o szerokości równej 0,5 m?” Odpowiedź: „Odpowiedzi udzielono w pytaniu nr 209”.

W postępowaniu złożono siedem ofert, w tym najkorzystniejsza cenowo była oferta Przystępującego, a kolejno Odwołującego (pozacenowe kryteria wszyscy wykonawcy zadeklarowali na tym samym poziomie).

Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w celu weryfikacji zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Wezwanie obejmowało m.in. w punkcie 3 prośbę o podanie informacji dla obiektów inżynierskich pełniących funkcje ekologiczne, w tym zgodnie z lit. a) przeszkoda, zgodnie z lit. f) elementy drogi na obiekcie w [m] oraz zgodnie z lit. k) wskazanie wysokości (światło pionowe) [m] oraz szerokości obiektu (światło poziome) [m].

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 19 kwietnia 2024 r. w zakresie pkt 3 lit. a) wskazał: PZD-1 – przejście dla zwierząt, PZD-2 – przejście dla zwierząt, MS-5.2 – rz. Krąpiel, w zakresie pkt 3 lit. f) wskazał m.in.: opaska lewa – szerokość 0,5m, opaska prawa – szerokość 0,5m, w zakresie pkt 3 lit. k) wskazał: PZD-1 – 1,0m x 1,5 m, PZD-2 – 1,0m x 1,5m, MS.5.2 – światło pionowe 3,5m, światło poziome 19m + 29,1 = 48,1m.

Zamawiający w dniu 21 maja 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

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

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający

zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W myśl zaś art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z taką sytuacją mamy do czynienia m.in. wtedy, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z wiążącymi wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, w tym w programie funkcjonalno-użytkowym. Dodatkowo Izba wskazuje, iż możliwość odrzucenia oferty z powodu takiej niezgodności warunkowana jest precyzyjnym i jednoznacznym określeniem wymagań przez zamawiającego. Innymi słowy, podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp materializuje się w przypadku, gdy niezgodność oferty z warunkami zamówienia jest po pierwsze oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, a po drugie postanowienia dokumentów zamówienia, z których wywodzona jest niezgodność są jasno sprecyzowane.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący, na którym w postępowaniu odwoławczym spoczywał ciężar dowiedzenia niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, nie wykazał, iż Przystępujący w swojej ofercie nie uwzględnił wiążących wymagań wynikających z PFU i załączników do PFU.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie braku uwzględnienia w treści oferty wymagań dotyczących minimalnej szerokości opaski zewnętrznej drogi o wymiarach 0,75 m w odniesieniu do drogi poprowadzonej przez obiekty inżynierskie pełniących funkcje ekologiczne, w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga okoliczność, że w odwołaniu przedstawiono dość wybiórczą analizę treści dokumentów zamówienia, pomijając elementy istotne, a wręcz kluczowe, dla rozstrzygnięcia.

W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w wyroku z dnia 11 lipca 2023 r., sygn. akt KIO 1799/23, powyższe oznacza, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane Zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności Zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Przedstawienie w odwołaniu niepełnej oceny stanu faktycznego sprawy i jedynie wybiórczych, korzystnych z perspektywy wnoszącego odwołanie, postanowień dokumentacji zamówienia, siłą rzeczy powoduje, że argumentację zawartą w odwołaniu trudno uznać za wiarygodną.

W rozpoznawanej sprawie nie była sporna okoliczność, iż w punkcie 1.1.3.1. PFU Zamawiający określił wymaganą szerokość opaski zewnętrznej obwodnicy na 0,75m, jak i że co do zasady taka właśnie wymagana szerokość pobocza o nawierzchni twardej w postaci opaski zewnętrznej wynika z § 23 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1518) w przypadku drogi klasy GP o jednej jezdni głównej (w trudnych warunkach dopuszcza się nie mniej niż 0,50m). Nie było także sporne to, że Przystępujący w ramach złożonych na wezwanie wyjaśnień treści oferty wskazał w ramach informacji dotyczących obiektów inżynierskich pełniących funkcje ekologiczne, że przyjął szerokość opaski zewnętrznej 0,50m. Gdyby poprzestać na powyższym opisie stanu faktycznego sprawy (tak jak uczyniono to w odwołaniu), to faktycznie można byłoby rozważać niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia.

Niemniej dokonując oceny zgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia należy mieć na uwadze całokształt dokumentów zamówienia, w tym pozostałą treść PFU, treść innych niż PFU wiążących w postępowaniu dokumentów, jak i treść odpowiedzi Zamawiającego udzielonych na pytania wykonawców. Zgodność oferty z warunkami zamówienia ustala się bowiem w oparciu o kompleksową lekturę treści dokumentów zamówienia, którą wykonawcy są związani składając ofertę i która wiąże także Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Kompleksowa lektura dokumentów zamówienia pozwala zaś na stwierdzenie, że wymagania ustalone w postępowaniu

nie zostały określone jednoznacznie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący upatrywał niezgodności oferty Przystępującego w zakresie jednego z parametrów obiektów inżynierskich pełniących funkcje ekologiczne (MS+PZDs w km 0+960, przeszkoda: trasa główna z ciekim [rz. Krapiel] i szlakiem migracji zwierząt średnich). Parametry dla tego rodzaju obiektów określał pkt 1.1.3.3 PFU, w którym w tabeli nr 1.1. wskazano parametry funkcjonalne przeszkód: „Zgodnie z pkt 1.1.3.1. oraz 1.1.3.2. Ciek + przejście dla zwierząt średnich. Parametry zgodne z DŚU”. Już zatem ten punkt PFU wskazywał na konieczność zachowania parametrów zgodnych z pkt 1.1.3.1, ale i zgodnych z DŚU i odsyłał do tej decyzji. Również na gruncie innych postanowień PFU czy odpowiedzi na pytania wykonawców uwypuklał się wiążący i istotny charakter DŚU. Warto tu zwrócić uwagę chociażby na pkt 1.2.1 PFU, w którym wskazano, iż wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami zawartymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, uwzględniając wszystkie ewentualne zmiany warunków wynikające z procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko, usankcjonowane postanowieniem organu ochrony środowiska, a następnie decyzją ZRID, na pkt 2.1.16.1 PFU, gdzie wskazano, że w przypadku obiektów inżynierskich pełniących funkcje przejść dla zwierząt wymaga się, żeby lokalizacja oraz parametry techniczne spełniały co najmniej wymagania określone w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, czy też na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 277, potwierdzającą, że parametry wynikające z DŚU są wiążące. W pkt 1.3 DŚU określono wymagania dotyczące ochrony środowiska konieczne do uwzględnienia w dokumentacji, w tym w zakresie drogi głównej (ppkt 2 lit. a) wskazano parametr techniczny: szerokość utwardzonego pobocza: 0,5m.

Pomiędzy pkt 1.1.3.1. PFU a treścią decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, stanowiącą załącznik do PFU i wiążący wykonawców dokument, zachodziła zatem rozbieżność w zakresie wymaganej szerokości opaski zewnętrznej (utwardzonego pobocza). W takiej sytuacji istotne znaczenie miała okoliczność, że do Zamawiającego wpłynął wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ w trybie art. 135 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wprost zapytano „Czy Zamawiający pozostaje przy zapisie PFU: szerokość opaski zewnętrznej 0,75 m, gdy DOŚ wskazuje wymóg wykonania pobocza utwardzonego o szerokości równej 0,5 m?” (pytanie nr 299). Odpowiedź Zamawiającego stanowiła w tym przypadku kluczowe wytyczne dla interpretacji postanowień dokumentów zamówienia, aczkolwiek w ocenie Izby nie była ona precyzyjna. Zamawiający zamiast odpowiedzieć jednoznacznie i wprost, że wiążącym wykonawców parametrem jest parametr wynikający z pkt 1.1.3.1. PFU albo parametr wynikający z pkt 1.3 DŚU, odesłał do odpowiedzi udzielonej na inne pytanie (pytanie nr 209), która brzmiała: „Na etapie przygotowywania dokumentacji STEŚ-R nastąpiła zmiana przepisów - DŚU została uzyskana w trakcie obowiązywania rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 marca 1999r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Zapisy DŚU narzucają niektóre parametry drogi.” Odpowiedź ta z jednej strony wyjaśniała przyczyny powstania rozbieżności (zmiana przepisów), z drugiej zaś zawierała stwierdzenie, że DŚU narzuca niektóre parametry drogi. Co prawda odpowiedzi tej udzielono na inne pytanie, niemniej skoro Zamawiający odesłał do tej odpowiedzi przy pytaniu nr 209, należało stwierdzić, że jest ona wiążąca także w kontekście szerokości opaski zewnętrznej obwodnicy. Skoro zaś Zamawiający wskazał, że DŚU narzuca niektóre parametry drogi, to na tej podstawie można było stwierdzić, że przyjęcie na etapie ofertowania parametru szerokości utwardzonego pobocza (opaski zewnętrznej) na poziomie 0,50m nie będzie błędem, nawet gdyby w toku realizacji zamówienia zaszła konieczność zmiany warunków DŚU (np. wynikających z procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko). Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał okoliczności przeciwnej. Jak zaś wskazano już wcześniej, w odwołaniu w ogóle pominięto zarówno treść DŚU, jak i treść odpowiedzi na pytanie nr 209.

W tym stanie rzeczy, przy takim brzmieniu PFU oraz przy takiej a nie innej odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 209, skład orzekający stanął na stanowisku, że przyjęcie parametrów wynikających z DŚU na etapie składania ofert należało uznać za dopuszczalne. Precyzyjność formułowania wymagań obciąża bowiem Zamawiającego, podobnie jak obowiązek precyzyjnej odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania. Na powyższe stanowisko Izby nie wpływa podnoszona przez Odwołującego na rozprawie okoliczność, że w świetle brzmienia pkt 1.2 PFU i zawartej na końcu tego postanowienia informacji, to wymagania wynikające z PFU stanowiły wymagania nadrzędne w stosunku do wymagań określonych w wymienionych tam dokumentach. Po pierwsze nie jest w ocenie składu orzekającego jednoznaczne czy treść tej informacji należy odnosić do wszystkich wymienionych w pkt 1.2 PFU dokumentów, czy jedynie do informacji o aktualnych uwarunkowaniach wynikających z posiadanych uzgodnień, opinii, porozumień zawartych w przedstawionej w ww. pkt tabeli (pkt 1.2 ppkt 11 PFU), zwłaszcza, że w dalszej części tego postanowienia wskazano, że zmiana lub uzyskanie dodatkowej decyzji środowiskowej możliwe jest tylko i wyłącznie wtedy gdy nie ma możliwości technicznych realizacji przedmiotu umowy w ramach granic określonych w DŚU, a ponadto pkt 1.2.1 PFU mówi wprost, że Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami zawartymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, zaś pkt 2.1.16.1 PFU, że w przypadku obiektów inżynierskich pełniących funkcje przejść dla zwierząt wymaga się, aby parametry techniczne spełniały co najmniej wymagania określone w DŚU. Nawet jednak gdyby uznać -

zgodnie z twierdzeniem Odwołującego - nadrzędność postanowień pkt 1.1.3.1. PFU w tym zakresie, to powyższe i tak stałoby w sprzeczności z udzielonymi następnie przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania wykonawców potwierdzającymi wiążący charakter DŚU oraz fakt, że DŚU narzuca niektóre parametry dróg.

W orzecznictwie Izby jednolicie wskazuje się, że odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia może mieć miejsce w przypadku, gdy jest ona możliwa do stwierdzenia w sposób jednoznaczny i niewątpliwy. W rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Odwołujący nie dowiódł, że przyjęta przez Przystępującego szerokość opaski zewnętrznej była niezgodna z wymaganiami wynikającymi z dokumentów zamówienia. Tym bardziej nie sposób stwierdzić, że Odwołujący wykazał zasadność stawianego zarzutu, gdy weźmie się pod uwagę okoliczność, że argumentacja zawarta w odwołaniu nie uwzględniała rzeczywistego, kompleksowego brzmienia postanowień dokumentów zamówienia wiążących wykonawców. W przedmiotowej sprawie należało także mieć na uwadze, że zamówienie realizowane jest w formule projektuj i buduj, a wykonawca postanowieniami PFU jest zobowiązany w ramach kwoty kontraktowej do uwzględnienia na etapie realizacji ewentualnych zmian warunków DŚU.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie braku uwzględnienia w treści oferty wymagań Zamawiającego dotyczących parametrów wysokości (światła pionowego) przepustów PZD-1 oraz PZD-2 (przejścia dla zwierząt), które zgodnie z PFU powinny wynosić co najmniej 1,9 m, Izba uznała zarzut ten za niezasadny, stwierdzając, że Odwołujący nie dowiódł zarzucanej niezgodności i ponownie oparł się na wybiórczej treści dokumentów zamówienia.

Argumentacja zawarta w odwołaniu została oparta na treści pkt 2.1.16.3.13 PFU „Urządzenia zapewniające dostęp do obiektu w celach utrzymaniowych”, który wskazywał, że obiekty inżynierskie podlegające przeglądowi technicznemu tj. obiekty mostowe i przepusty o świetle pionowym lub poziomym co najmniej 1,5 m powinny zapewnić korytarz dla celów utrzymaniowych, o szerokości nie mniejszej niż 0,9 m i wysokości nie mniejszej niż 1,9 m. Z powyższego Odwołujący wywodził, że obiekty PZD-1 i PZD-2 powinny mieć wysokość nie mniejszą niż 1,9m, podczas gdy z wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego wynikało, że przewidział on dla tych obiektów wysokość 1m.

Izba wskazuje, iż obiekty PZD-1 i PZD-2 pełnią funkcje ekologiczne i stanowią przepusty (przejścia dla małych zwierząt). Do tego rodzaju obiektów odnosił się pkt 2.1.16.4 PFU „Drogowe obiekty inżynierskie pełniące funkcje dla zwierząt”, w którym w ppkt 8 wskazano: „Przepusty a także obiekty mostowe pełniące funkcje ekologiczne podlegające przeglądowi technicznemu tj. o świetle pionowym co najmniej 1,5 m powinny zapewnić korytarz dla celów utrzymaniowych, o szerokości nie mniejszej 0,9 m i wysokości nie mniejszej niż 1,9 m”. Niewątpliwie powyższe postanowienie PFU, jako odnoszące się *stricto* do obiektów pełniących funkcje dla zwierząt, a nie jak pkt 2.1.16.3.13 PFU do obiektów w ogólności, stanowiło normę bardziej szczegółową (*lex specialis*) względem pkt 2.1.16.3.13 lit. I) PFU. Tym samym to temu postanowieniu należało przypisać pierwszeństwo. Oba postanowienia PFU różniły się tym, że pkt 2.1.16.3.13 lit. I) ustanawiał wymagania dotyczące przepustów o świetle poziomym lub pionowym co najmniej 1,5 m, natomiast pkt 2.1.16.4 ppkt 8 ustanawiał wymagania dotyczące przepustów o świetle pionowym co najmniej 1,5m, nie odnosząc się do światła poziomego. Powyższe oznaczało, że w przypadku obiektów pełniących funkcje dla zwierząt obowiązek zapewnienia korytarza dla celów utrzymaniowych, o szerokości nie mniejszej 0,9 m i wysokości nie mniejszej niż 1,9 m odnosił się tylko do przepustów o świetle pionowym co najmniej 1,5m. Odwołujący wskazując na niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia powołał się na niewłaściwe postanowienie PFU. Do pkt 2.1.16.4 ppkt 8 PFU w ogóle się nie odniósł.

Dalej należy wskazać, że Odwołujący zdyskredytował okoliczność, że w Tabeli nr 1.2. Wykaz przewidywanych przepustów o funkcji ekologicznej na trasie głównej, łącznicach, jezdniach dodatkowych oraz innych drogach i przeszkodach, zawartej w pkt 1.1.3.4 PFU, wskazano przewidywany przekrój poprzeczny przepustów PZD-1 i PZD-2 (wys., szer.) 1,0m x 1,5m. Odwołujący pominął, że zgodnie z pkt 2.1.16.1 PFU w przypadku obiektów inżynierskich pełniących funkcje przejść dla zwierząt wymaga się, żeby lokalizacja oraz parametry techniczne spełniały co najmniej wymagania określone w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, a w szczególności parametrów dotyczących wysokości, szerokości oraz współczynnika ciasnoty względnej w zależności od rodzaju przejścia. Odwołujący pominął także, że w odpowiedzi na pyt. nr 284 Zamawiający potwierdził, że parametry przejść dla zwierząt muszą być zgodne z DŚU (Pytanie nr 284: „Proszę potwierdzić, że pod mostem nad rzeką Krąpiel oprócz rzeki ma przebiegać jedynie przejście dla zwierząt średnich.” Odpowiedź: „Rodzaj, lokalizacja i parametry przejść dla zwierząt muszą być zgodne z zapisami wydanej DŚU.”). Zgodnie zaś z pkt 1.3. ppkt 3) DŚU należało wykonać m.in. następujące przejścia dla zwierząt: w km ok. 0+770 oraz w km ok. 0+850 projektowanej drogi – przejścia dolne dla małych zwierząt – o szerokości min. 1,5m i wysokości min. 1m.

W ocenie Izby z PFU wprost wynikało, iż w przypadku obiektów inżynierskich pełniących funkcje przejść dla zwierząt wymaga się, żeby parametry techniczne spełniały co najmniej wymagania określone w decyzji o

środowiskowych uwarunkowaniach (w tym parametrów dotyczących wysokości, szerokości), co zostało dodatkowo potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 284. Przystępujący w ofercie przewidział parametry przepustów, w tym ich wysokość, zgodnie z DŚU, jak i zgodnie z przewidywanym przekrojem wskazanym w tabeli 1.2 w pkt 1.1.3.4. PFU dotyczącej przepustów dla celów ekologicznych. Do przepustów o takiej wysokości (1m) nie znajdował zastosowania pkt 2.1.16.4 ppkt 8 PFU.

Trudno w takiej sytuacji stwierdzić, aby oferta Przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący okoliczności takiej nie wykazał, w szczególności nie dowiódł, że w takim stanie faktycznym zastosowanie znaleźć powinien wskazany przez niego w odwołaniu pkt 2.1.16.3.13 lit. I) PFU. W odwołaniu pominięto inne postanowienia PFU, wymagania wynikające z DŚU, jak i wyjaśnienia treści SWZ udzielone przez Zamawiającego.

Mając na względzie wszystko powyższe, brak jest podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący składając ofertę nie uwzględnił w sposób prawidłowy uwarunkowań wynikających z dokumentów zamówienia, w szczególności z PFU i załączników do PFU. Niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia nie została dowiedziona. W konsekwencji nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia i dokonanie wyboru oferty złożonej przez ww. wykonawcę, jak i zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodnicząca:.....