

**WYROK**

Warszawa, dnia 25 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Monika Banaszkiewicz

Marek Bienias

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i:

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

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika 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.

Przewodnicząca: .....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Budowa drogi S10 Szczecin-Piła, odcinek 1 – węzeł „Szczecin Kijewo” (bez węzła) – węzeł „Szczecin Zdunowo” (z wyłączeniem obwodnicy Kobylanki, Morzyczyna i Zieleniewa)*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 września 2023 r. pod numerem 2023/S 188-588255.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawca Budimex S.A. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: NDI S.A., NDI Sopot S.A. (dalej: Konsorcjum NDI) i zaniechania odrzucenia tej oferty oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 17 ust. 2 i w zw. z art. 16 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym z PFU, w zakresie:

– minimalnej długości obiektu ekologicznego (przejścia dla zwierząt dużych) na Trasie głównej z rzeką Płonia,

– długości odcinków kanalizacji deszczowej na Trasie głównej,

2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum NDI jako

najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum NDI, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum NDI oraz uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Długość obiektu ekologicznego (przejście dla zwierząt dużych)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią z Rozdziałem 1.1.3.3. PFU Zamawiający udostępnił Tabelę nr 1.1. z Wykazem 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. Tabela ta została w wyniku procedury zadawania pytań i odpowiedzi do treści dokumentacji zmodyfikowana w ten sposób, że jej ujednoliconą wersja w kluczowym dla odwołania zakresie wygląda następująco (po zmianach dokonanych w wyniku odpowiedzi Zamawiającego z dnia 28 listopada 2023 r.):

| Lp. | Kilometraż orientacyjny wg KP | Kolizja z przeszkodą                                            | Parametry funkcjonalne przeszkód                                                      | Rodzaj obiektu inżynierskiego |
|-----|-------------------------------|-----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| 5   | 2+160,00 (L)                  | Trasa główna z rzeką Płonia i szlakiem migracji zwierząt dużych | Zgodnie z pkt 1.1.3.1 + przejście dolne dla zwierząt dużych - parametry zgodne z DŚU* | MS / PZDsz (M1)               |
| 6   | 2+160,00 (P)                  | Trasa główna z rzeką Płonia i szlakiem migracji zwierząt dużych | Zgodnie z pkt 1.1.3.1 + przejście dolne dla zwierząt dużych - parametry zgodne z DŚU* | MS / PZDsz (M1)               |

\*DŚU – decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie sygnatura WONS-OŚ.420.27.2020.EP.37 z dnia 16.12.2022 r. zmieniona Decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska nr DOOŚ-WDŚZIL.420.5.2023.ŁD.KB.9 z dnia 10.08.2023 r.

Dodatkowo, w ramach Rozdziału 1.1.3.3. PFU Zamawiający uwzględnił następującą klauzulę:

*Procedury Zmiany nie stosuje się w przypadku opisanym w punkcie b) dla zmian szerokości lub długości obiektów wyszczególnionych w DŚU (jeśli określono) w zakresie  $\pm 10\%$  za wyjątkiem współczynnika ciasnoty (jeśli został określony w DŚU). Zmiany te zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej i Czasie na Ukończenie.*

Poniżej Tabeli 1.1 z Wykazem obiektów inżynierskich Zamawiający umieścił objaśnienie do elementów „parametry zgodne z DŚU” ze względu na fakt, że Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie (dalej jako: „RDOŚ”) sygnatura WONS-OŚ.420.27.2020.EP.37 z 16 grudnia 2022 r. została zmieniona Decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska (dalej jako: „GDOŚ”) nr DOOŚ-WDŚZIL.420.5.2023.ŁD.KB.9 z 10 sierpnia 2023 r. i jest to okoliczność, którą wykonawcy powinni wziąć pod uwagę. W związku z omawianym dopiskiem i objaśnieniem, aktualnie w odniesieniu do niniejszego postępowania parametry przejść dla zwierząt dużych (przejścia dolne, o których mowa we wskazanych pozycjach nr 5 i 6 Tabeli 1.1) określa pkt 13 decyzji GDOŚ z 10 sierpnia 2023 r., którym uchylono pkt III.5 Decyzji RDOŚ w Szczecinie z 16 grudnia 2022 r. dotyczący przejść dla zwierząt i postanowienia te określono na nowo. Zgodnie z tą decyzją przejścia dolne dla dużych zwierząt powinny mieć minimalną długość 130 m. Odwołujący podkreślił, że zostało to również zaznaczone w uzasadnieniu Decyzji GDOŚ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Koncepcją Programową, w ramach pkt 7.1 „projektowane obiekty inżynierskie”, pozycja nr 4 tabeli nr 17 „Zestawienie obiektów”, obiekt M1, kilometraż 2\_160,00, długość rzeczonoego obiektu powinna wynosić 91,60. Podkreślił jednak, że Koncepcja Programowa stanowi opracowanie niewiążące, pewne doszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia, które podlega dalszym modyfikacjom na przykład na skutek odrębnych przepisów czy innych obowiązujących wytycznych. Na ten aspekt Koncepcji Programowej zwrócił zresztą uwagę sam Zamawiający, który udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące Trasy głównej z rzeką Płonia i szlaku migracji dużych zwierząt w kontekście minimalnej długości obiektu (pytania nr 594 i 133):

|     |                          |         |                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-----|--------------------------|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 594 | PFU                      | 1.1.3.3 | Zamawiający w Tabeli 1.1 pozycja 4 wskazał obiekt MS/PZDsz w kilometrażu 2+160,00 dla którego kolizja z przeszkodą to Trasa główna z rzeką Płonia i szlakiem migracji zwierząt dużych. Czy obiekt ma spełniać zapisy DŚU w zakresie zachowania minimalnej długości obiektu, czyli 130,00m? | Przejścia dla zwierząt należy wykonać zgodnie z warunkami wydanych decyzji.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 133 | Decyzja środowiskowa/ KP |         | Zgodnie z zapisami decyzji środowiskowej DOOSWDŚZIL.420.5.2023.ŁD.KB.9 z dnia 10-08-2023 r. wskazano jako długość obiektu nad rz. Płonią 130 m. Zgodnie z koncepcją obiekt ten ma 91,6 m. Proszę o wyjaśnienie rozbieżności.                                                               | KP nie jest materiałem wiążącym we wskazanym zakresie. Zamawiający informuje, że inwestycja jest prowadzona w systemie Projektuj i Buduj. Zatem do obowiązków Wykonawcy należy opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie wszelkich wymaganych warunków, opinii, uzgodnień i decyzji oraz przyjęcie rozwiązań zapewniających funkcjonalność i bezpieczeństwo użytkowania zgodnie z SWZ, przepisami prawa oraz obowiązującymi normami technicznymi w tym zakresie. |

Odwolujący stwierdził, że z odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 594 wynika, że przejścia dla zwierząt należy wykonać zgodnie z warunkami wydanych decyzji, w tym przypadku Decyzji GDOŚ określającej minimalną długość obiektu, tj. 130 m, a ponadto, że Koncepcja Programowa nie jest dokumentem wiążącym w zakresie tego parametru. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że w dokumentacji postępowania, jak i w ramach wyjaśnień, Zamawiający wielokrotnie wskazywał na konieczność wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z DŚU. Poza wskazanymi wcześniej postanowieniami, analogicznie także w rozdziale 1.2 pkt 4 PFU Zamawiający wskazał, że wiążącym dokumentem są decyzje środowiskowe, według których należy opracować przygotowywaną ofertę: *Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie zaprojektuje rozwiązania i wykona Roboty zgodne z Wymaganiami Zamawiającego na podstawie poniższych wiążących dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego (...) – decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) wydanej przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie sygnatura WONSOS.420.27.2020.EP.37 z dnia 16.12.2022 r. zmienionej Decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska nr DOOS-WDŚZIL.420.5.2023.ŁD.KB.9 z dnia 10.08.2023 r z wyłączeniem zakresu zmiar przewidzianych w PFU, które należy usankcjonować w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko* Zdanie, Odwołującego, przyjęcie zgodnej z Koncepcją Programową długości obiektu – 91,60 m, która jest wprost sprzeczna z wiążącą decyzją środowiskową jest sprzeczne z SWZ.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający wezwał Konsorcjum NDI do wyjaśnień, w pytaniu 3 prosząc o podanie wszystkich obiektów inżynierskich, jakie wykonawca 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 rozpiętość 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 2 lutego 2024 r. Konsorcjum NDI poinformowało, że *Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w swojej Ofercie wszystkie obiekty wymienione w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU oraz w tabeli 1.2 pkt 1.1.3.4. Zestawienie obiektów inżynierskich wraz z wymaganymi informacjami wskazano w Załączniku nr 3.* W załączniku nr 3, w zakresie pozycji nr 5 i nr 6 Konsorcjum NDI oświadczyło, że przewidywana długość całkowita obiektu to 90,7 m.

Odwolujący podniósł, że zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami Konsorcjum NDI przewiduje całkowitą długość przęseł zgodną z niewiążącą Koncepcją Programową, ale pomijając wymagania wynikające wprost z Decyzji GDOŚ oraz odpowiedzi Zamawiającego wskazujących na niewiążący charakter powyższego parametru. Uwzględniając nawet klauzulę zamieszczoną przez Zamawiającego w ramach Rozdziału 1.1.3.3. PFU odnoszącą się do możliwości przyjęcia zmiany szerokości lub długości obiektów wyszczególnionych w DŚU w zakresie +/- 10%, przyjęcie długości 90,7 m w dalszym ciągu nie spełnia kryteriów Zamawiającego wynikających z decyzji GDOŚ. W ocenie Odwołującego przyjęcie przez Konsorcjum NDI powyższego rozwiązania powoduje niezgodność oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

#### Kanalizacja deszczowa

Odwolujący wskazał, że zgodnie z pkt III.2 Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (dalej jako: „DŚU”) z 16 grudnia 2022 r., w ramach przedsięwzięcia należy zrealizować elementy przedstawione w ramach Załącznika nr 1 do

DŚU. W treści Załącznika nr 1 zaś wyszczególniono konkretne lokalizacje, w których powinna zostać zaprojektowana kanalizacja deszczowa. Zamawiający przewidział, że kanalizacja deszczowa ma zostać uwzględniona w projekcie wykonawców w ramach projektowanej drogi S10 w następujących kilometrażach:

- od km 0+000 – do km 1+900,
- od km 2+100 – do km 2+920,
- od km 3+880 do km 4+200.

Odwołujący podkreślił, że DŚU Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie sygnatura WONS OŚ.420.27.2020.EP.37 z 16 grudnia 2022 r. została zmieniona Decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska nr DOOŚ-WDŚZIL.420.5.2023.ŁD.KB.9 z 10 sierpnia 2023 r. Decyzja GDOŚ w pkt 11 (strona 6 Decyzji GDOŚ) w zakresie powołanego wyżej punktu III.2 określa: *uchylam pkt III.2. ww. decyzji i w tym zakresie umarzam postępowanie organu I instancji*. Jednocześnie GDOŚ w Decyzji z dnia 10 sierpnia 2023 r. wykreślił postanowienie z pkt III.2, to pozostawił w mocy sam Załącznik nr 1 z jedną odrębnością, wyszczególnioną w pkt 20 w zakresie przejść dla zwierząt. W pozostałym zakresie Załącznik nr 1 do Decyzji RDOŚ pozostał w mocy, zgodnie z pkt 10 oraz 21 Decyzji GDOŚ.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum NDI w piśmie z 2 lutego 2024 r. udzieliło wyjaśnień na pytanie nr 9: *jaki zakres prac projektowych i sposób wykonania robót uwzględniono w ofercie Wykonawcy w sytuacji konieczności zapewnienia skutecznego odprowadzenia wody z pasa drogowego do istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników, a ponadto czy Wykonawca w ramach realizacji systemu odwodnienia planuje zastosować przepompownie i w jakich lokalizacjach*. Konsorcjum wyjaśniło, że w ofercie przyjęto m.in. następujące założenie: *Zaprojektowanie kanalizacji deszczowej na następujących odcinkach trasy głównej km 0+550-1+900; 2+220-2+950; 3+600-4,200 oraz w rejonie rond na węzłach*. Zgodnie natomiast z Załącznikiem nr 1 do Decyzji RDOŚ w zakresie niezmienionym Decyzją GDOŚ należało w ofercie uwzględnić kanalizację deszczową w następujących kilometrażach: km 0+000-1+900, 2+100-2+920, 3+880-4+200. Zatem w ramach pierwszych dwóch odcinków Konsorcjum NDI zaprojektowało kanalizację deszczową krótszą odpowiednio o 550 m i o 120 m, co powoduje niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, bez znaczenia pozostaje fakt, że Konsorcjum NDI w ramach trzeciego odcinka zaplanowało kanalizację deszczową na dłuższym odcinku, bo już od km 3+600 zamiast wymaganego odcinka rozpoczynającego się od km 3+880. Wyznaczone odcinki nie pokrywają się, a zgodnie z wytycznymi Zamawiającego z dokumentacji postępowania należało zaprojektować kanalizację na konkretnie oznaczonych odcinkach.

Odwołujący zaznaczył, że zamówienie będzie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, w którym przedmiot zamówienia jest zdefiniowany za pomocą PFU wraz z załącznikami. To z tego dokumentu wynikają podstawowe parametry inwestycji, co z kolei stanowi podstawę obliczenia planowanych kosztów zarówno na etapie projektowania, jak i samych robót budowlanych. Opis przedmiotu zamówienia jest w tej formule bardziej ogólny, a w trakcie opracowywania projektu budowlanego i wykonawczego wykonawca będzie miał możliwość opracowania rozwiązań szczegółowych dostosowanych do uwarunkowań technicznych. W tym jednak przypadku, biorąc pod uwagę rozwiązania zaproponowane przez wykonawcę Konsorcjum NDI, oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu, ponieważ nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego opisanym w dokumentacji postępowania.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że zastosowanie przez Konsorcjum NDI rozwiązań niezgodnych z treścią PFU w zakresie przejść dla zwierząt oraz kanalizacji deszczowej pozwoliło temu wykonawcy na osiągnięcie istotnych oszczędności (co najmniej o kilka milionów zł), jakie generuje niezastosowanie się do minimalnej długości obiektu, a także brak uwzględnienia kanalizacji deszczowej na całości odcinków przewidzianych w PFU.

W ocenie Odwołującego, wobec jednoznacznych informacji przedstawionych w wyjaśnieniach Konsorcjum NDI, na obecnym etapie (tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej) nie jest możliwe dodatkowe wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty czy też doprowadzenie do poprawienia złożonych oświadczeń jako jakiegokolwiek typu omyłki pisarskiej, czy tzw. „innej”. Usankcjonowanie sposobu działania Konsorcjum NDI uchylającego zasadom rzetelnej wyceny oferty w sposób oczywisty i rażąco naruszałoby podstawowe zasady prawidłowego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp

może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum NDI S.A., ND Sopot S.A. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba – w związku z wniesieniem przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia – rozpoznała sprawę merytorycznie, stosownie do art. 523 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiot zamówienia obejmuje opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych (pkt 6.1 IDW).

W rozdz. 1.1.3.3. PFU w Tabeli nr 1.1. 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, w tym:

| Lp. | Kilometraż orientacyjny wg KP | Kolizja z przeszkodą                                            | Parametry funkcjonalne przeszkód                                                      | Rodzaj obiektu inżynierskiego |
|-----|-------------------------------|-----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| 5   | 2+160,00 (L)                  | Trasa główna z rzeką Płonia i szlakiem migracji zwierząt dużych | Zgodnie z pkt 1.1.3.1 + przejście dolne dla zwierząt dużych - parametry zgodne z DŚU* | MS / PZDsz (M1)               |
| 6   | 2+160,00 (P)                  | Trasa główna z rzeką Płonia i szlakiem migracji zwierząt dużych | Zgodnie z pkt 1.1.3.1 + przejście dolne dla zwierząt dużych - parametry zgodne z DŚU* | MS / PZDsz (M1)               |

\*DŚU – decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie sygnatura WONS-OŚ.420.27.2020.EP.37 z dnia 16.12.2022 r. zmieniona Decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska nr DOOŚ-WDŚZIL.420.5.2023.ŁD.KB.9 z dnia 10.08.2023 r.

Pismem z 10 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego – na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – do wyjaśnienia treści oferty, kierując do niego 26 pytań, w tym:

Pytanie 3:

*Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie wszystkie obiekty wymienione w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU oraz w tabeli 1.2 pkt 1.1.3.4? Prosimy o podanie, wszystkich drogowych obiektów inżynierskich jakie wykonawca przyjął do określenia wartości oferty dla prze-szkód wskazanych w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 oraz w tabeli 1.2 pkt 1.1.3.4 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.*

Pytanie 9:

*Jaki zakres prac projektowych i sposób wykonania robót uwzględniono w Państwa ofercie w sytuacji konieczność zapewnienia skutecznego odprowadzenia wody z pasa drogowego do istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników? Czy Wykonawca w ramach realizacji systemu odwodnienia planuje zastosować przepompownie i w jakich lokalizacjach?*

Pismem z 2 lutego 2024 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień, w których w odpowiedzi na pytanie 3 potwierdził, że uwzględnił w swojej Ofercie wszystkie obiekty wymienione w Tabeli nr 1.1 pkt 1.1.3.3 PFU oraz w tabeli 1.2 pkt 1.1.3.4. W załączniku nr 3 wykonawca przedstawił zestawienie obiektów inżynierskich wraz z wymaganymi informacjami, podając m.in. następujące informacje:

| Lp. | Przeszkoda                                      | Sposób pokonania przeszkody | Przewidywany kilometr drogi | Rodzaj obiektu inżynierskiego/ rodzaj obiektu mostowego | Przewidywana długość całkowita i rozpiętość przęsła w [m] |
|-----|-------------------------------------------------|-----------------------------|-----------------------------|---------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|
| 5   | rzeka Płonia i szlak migracyjny zwierząt dużych | góra                        | 2+160,00 (L)                | MS/PZDsz                                                | 90,7m<br>(26,0+37,0+26,0m)                                |
| 6   | rzeka Płonia i szlak migracyjny zwierząt dużych | góra                        | 2+160,00 (P)                | MS/PZDsz                                                | 90,7m<br>(26,0+37,0+26,0m)                                |

W odpowiedzi na pytanie 9 Przystępujący wyjaśnił:

(...) celem zapewnienia skutecznego odprowadzenia wody z pasa drogowego do istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników w swojej Ofercie przyjął poniższe założenia:

1. Zapewnienie odpowiednich spadków podłużnych i poprzecznych (zgodnych z obowiązującymi przepisami) dla wszystkich zaprojektowanych dróg, powodujących sprawne odprowadzenie wód opadowych do rowów melioracyjnych,
2. Zaprojektowanie kanalizacji deszczowej na następujących odcinkach trasy głównej km 0+550-1+900; 2+220-2+950; 3+600-4,200 oraz w rejonie rond na węzłach.
3. Zaprojektowanie rowów melioracyjnych wzdłuż trasy głównej oraz pozostałych dróg, ze spadkami pozwalającymi na dalsze odprowadzenie wód opadowych do zbiorników retencyjnych.
4. Wykonanie zbiorników retencyjnych, gdzie dla zbiorników nr 1 i 2 przewidziano wykonanie grawitacyjnego odprowadzenia wody opadowej do istniejących urządzeń melioracyjnych. Dla zbiornika Z-3 ze względu na ukształtowanie terenu, które nie pozwala na wykonanie grawitacyjnego przelewu awaryjnego, zastosowanie przepompowni w celu awaryjnego odprowadzenia wody w kierunku rzeki Płonia.

Generalnie przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania są zgodne z punktem 1.1.3.5 PFU.

Pismem z 29 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 17 ust. 2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 16 stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W ocenie Izby Zamawiający, wybierając ofertę Przystępującego, nie naruszył powyższych przepisów ustawy.

Podkreślić należy, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy treść oferty, tj. wyrażone w ofercie zobowiązanie wykonawcy dotyczące zakresu, sposobu wykonania czy cech oferowanego przedmiotu zamówienia, jest sprzeczne z wyraźnie wyartykułowanymi w SWZ, merytorycznymi wymaganiami Zamawiającego, a sprzeczność ma charakter niewątpliwy i nieusuwalny.

Zauważenia wymaga również, że w przypadku zamówień w formule „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacja projektowa na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie istnieje, a konkretyzacja poszczególnych elementów i rozwiązań następuje dopiero w toku realizacji umowy. Wobec tego, że opis przedmiotu zamówienia ma w takim przypadku charakter zdecydowanie bardziej ogólny, niż ma to miejsce w przypadku zamówień obejmujących wykonanie robót budowlanych na podstawie projektu udostępnionego przez zamawiającego, treścią oferty nie są i nie mogą być objęte elementy, które na etapie ofertowania nie są jeszcze znane. Nie oznacza to oczywiście, że oferta w przypadku

zamówień obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych nie podlega badaniu pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, zakres tego badania nie może jednak odnosić się do treści tą ofertą nieobjętych. Odrzucenie oferty wymaga natomiast wykazania, że określone elementy zobowiązania wykonawcy ujęte w treści oferty są w sposób niewątpliwie merytorycznie niezgodne z jednoznacznymi wymaganiami Zamawiającego. Za budzące wątpliwości należy natomiast uznać przyjęcie, że art. 223 ust. 1 ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do podejmowania czynności mających na celu spowodowanie uzupełnienia przez wykonawcę treści oferty o elementy, które dotyczą kwestii podlegających określeniu dopiero na etapie projektowania lub takich, co do których wykonawca nie dokonywał konkretyzacji w treści oferty.

W związku z powyższym należy zauważyć, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wyjaśnił, czym spowodowane było skierowanie do Przystępującego szeregu pytań na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Nie wiadomo, czy Zamawiający miał wątpliwości co do treści wyrażonej w ofercie Przystępującego, z czego te wątpliwości wynikały ani nawet – w jaki sposób zadane pytania odnosiły się do treści wyrażonej w tej ofercie, co uzasadnia wątpliwości co do możliwości stwierdzenia, że Przystępujący ujął w ofercie świadczenie jednoznacznie sprzeczne z wymaganiami SWZ.

Niezależnie od wskazanych wyżej wątpliwości, udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia nie dają – zdaniem Izby – podstaw do wniosku o niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego długości przejścia dla zwierząt przede wszystkim zaznaczyć należy, że między Odwołującym a Przystępującym nie istnieje spór co do wiążącego charakteru decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz niewiążącego charakteru Koncepcji Programowej. Nie jest również przedmiotem sporu, że długość przejścia dla zwierząt w świetle decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Szczecinie nr WONS-OŚ.420.27.2020.EP.37 zmienionej Decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska nr DOOŚ-WDŚZIL.420.5.2023.ŁD.KB.9 powinna wynosić 130 m. W związku z tym argumentację Odwołującego zmierzającą do wykazania obowiązującej długości tego przejścia i powołane na tę okoliczność dowody są zbędne, dotyczą bowiem okoliczności bezspornej.

Istotą sporu w przedmiotowej sprawie okazało się to, czy w wyjaśnieniach udzielonych przez Przystępującego w odpowiedzi na pytanie 3 podana została długość obiektu inżynierskiego – mostu nad rzeką Płonia, czy długość przejścia dla zwierząt. Zarzut odwołania jednoznacznie odnosi się do długości przejścia dla zwierząt, nie jest natomiast nim objęta kwestia długości obiektu mostowego. Wobec wskazania przez Przystępującego w piśmie procesowym, że przedmiotem wyjaśnień były parametry mostu nad rzeką Płonia, a nie przejścia dla zwierząt, Odwołujący przedstawił argumentację utożsamiającą te dwa obiekty. Wniosek, jaki płynie z tej argumentacji jest taki, że obiekt, do którego odnoszą się wyjaśnienia, będący mostem nad rzeką Płonia, jest zgodnie ze stosowaną w postępowaniu nomenklaturą określany jako przejście dla zwierząt. W ocenie Izby z takim stanowiskiem nie można się zgodzić.

Po pierwsze zauważyć należy, że pytanie nr 3 dotyczyło szczegółowych parametrów odnoszących się do obiektów inżynierskich wymienionych w pkt. 1.1.3.3 PFU. Przystępujący udzielił wyjaśnień, w poz. 5 i 6 załącznika nr 3 podając parametry obiektu inżynierskiego dla przeszkód w postaci rzeki Płonia i szlaku migracyjnego dla zwierząt dużych, wskazując na górny sposób pokonania przeszkody. Z powyższego wynika więc, że Przystępujący podał parametry obiektu inżynierskiego przebiegającego nad rzeką Płonia oraz biegnącym wzdłuż tej rzeki szlakiem dla zwierząt, czyli parametry mostu. Zatem wskazana długość tego obiektu (90,7 m) nie odnosi się do długości przejścia dla zwierząt, które zgodnie z decyzjami o środowiskowych uwarunkowaniach, powinno mieć długość 130 m. Decyzje te określają bowiem długość przejść dolnych dla zwierząt, przebiegających nad lub pod projektowanym mostem, a nie długość mostu. W świetle tych decyzji: minimalna wysokość przejścia ma wynosić 5 m, szerokość przejścia ma wynosić co najmniej podwójną szerokość cieku (szerokość rzeki Płonia 15 m), a minimalna długość przejścia 130 m. Zatem za prawidłowe należy uznać stanowisko Przystępującego, który wskazał, że zgodnie z powyższymi wymaganiami, projektując most przebiegający nad doliną rzeki Płonia trzeba tak skonstruować jego spód, aby zachować odległość minimum 5 m między spodem obiektu, a istniejącym terenem, szerokość przejścia musi wynosić 30 m (2x15 m), a długość korytarza, czyli przestrzeni wolnej od przeszkód (np. podpór, zaprojektowanego rowu odwadniającego, muru oporowego itp.) – 130 m. Przystępujący wykazał, że wymagania te uwzględnił w udzielonych wyjaśnieniach i przedstawił rysunek obrazujący, z czego wynika podana długość obiektu mostowego (26+37+26).

Dodatkowym potwierdzeniem prawidłowości interpretacji prezentowanej przez Przystępującego, jest powołany przez niego dokument pn. „Poradnik projektowania przejść dla zwierząt i działań ograniczających śmiertelność fauny przy drogach” opublikowany przez Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska, gdzie wskazano m.in., że *szerokość przejścia dolnego – w przypadku obiektów mostowych parametr określa szerokość powierzchni z punktu widzenia zwierząt oraz że poszerzonym mostem należy objąć możliwie najszerzej światło doliny, włącznie z brzegami położonymi*

powyżej poziomu zalewania (powyżej wody wysokiej)). W przypadku dolin rzecznych stanowiących ważne siedliska i korytarze ekologiczne oraz chronionych na mocy prawa zaleca się, aby szerokość stref brzegowych objętych mostem była równa (po każdej stronie cieku) min. 2,5-krotnej szerokości cieku zaś w przypadku małych cieków (o szerokości < 6 m), szerokość stref brzegowych pod mostem powinna wynosić min. 2 x 15 m. W przypadku przecięcia siedlisk lasów nadrzecznych zalecana wysokość minimalna (światło pionowe) 10 m, a szerokość stref brzegowych 2 x 30 m. Jakkolwiek poradnik ten, jak słusznie zauważył Odwołujący, nie jest częścią dokumentacji postępowania, a wykonawca jest związany decyzjami środowiskowymi, to zdaniem Izby stanowi on dodatkową wskazówkę interpretacyjną, potwierdzającą jedynie stanowisko Przystępującego, które w świetle samej dokumentacji postępowania należy uznać za zasadne (tj. że określane parametry przejść dla zwierząt odnosząc się do szlaku, którym zwierzęta mają przechodzić na drugą stronę drogi, nie zaś do obiektu inżynierskiego nad przeszkodą w postaci rzeki i biegnącego wzdłuż niej szlaku).

W ocenie Izby Przystępujący zasadnie podniósł, że stanowisko Odwołującego, polegające na utożsamieniu wymaganej przejścia dla zwierząt z długością obiektu inżynierskiego – mostu, prowadziłoby do trudnych do przyjęcia wniosków, że gdyby długość całkowita obiektu mostowego miała wynosić 130 metrów, to dolinę rzeki Płonia należałoby poszerzyć o około 20 m z każdej strony (co Przystępujący zobrazował na załączonym do pisma procesowego rysunku).

Podsumowując należy stwierdzić, że długość przejścia dla zwierząt nie była przedmiotem wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego, natomiast wskazana przez Przystępującego w wyjaśnieniach długość mostu nie była przedmiotem zarzutu podniesionego w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego kanalizacji deszczowej przede wszystkim wskazać należy, że Odwołujący formułując zarzut oparł się jedynie na fragmencie odpowiedzi Przystępującego na pytanie 9. W odpowiedzi tej Przystępujący rzeczywiście wskazał na *zaprojektowanie kanalizacji deszczowej na następujących odcinkach trasy głównej km 0+550-1+900; 2+220-2+950; 3+600-4,200 oraz w rejonie rond na węzłach*. Bezsporne jest, że są to odcinki zbyt krótkie w porównaniu do wymagań Zamawiającego, nie można jednak pomijać, że jednocześnie Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach na *zaprojektowanie rowów melioracyjnych wzdłuż trasy głównej oraz pozostałych dróg, ze spadkami pozwalającymi na dalsze odprowadzenie wód opadowych do zbiorników retencyjnych*.

Mimo że Przystępujący w pierwszej z ww. części wyjaśnień użył określenia „kanalizacja deszczowa”, czego nie zrobił w odniesieniu do drugiej części, dotyczącej rowów melioracyjnych, to nie można pomijać, że rowy melioracyjne mogą pełnić funkcję kanalizacji deszczowej otwartej, co znajduje potwierdzenie w art. 272 ust. 5 ustawy Prawo wodne, zgodnie z którym *wysokość opłaty zmiennej za odprowadzanie do wód – wód opadowych lub roztopowych ujętych w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacji deszczowej służące do odprowadzania opadów atmosferycznych w granicach administracyjnych miast, ustala się jako (...)*. Ponadto Przystępujący wskazał w piśmie procesowym szereg orzeczeń sądów administracyjnych, w których rowy melioracyjne zostały uznane za otwarty system kanalizacji deszczowej (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie sygn. akt II SA/Sz 1049/18, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi sygn. akt II SA/Łd 355/19, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego sygn. akt II SA/Bc 397/20). W świetle powyższych orzeczeń rów melioracyjny jest elementem systemu kanalizacji deszczowej, jeżeli jest wykorzystywany do odprowadzania wód opadowych. Powyższego nie zmienia fakt, że mogą istnieć rowy melioracyjne w potocznym rozumieniu, które nie pełnią funkcji kanalizacji deszczowej, zatem dokumentacja zdjęciowa przedstawiona przez Odwołującego, mająca obrazować istnienie rowów melioracyjnych oddalonych od dróg publicznych czy wykorzystujących naturalne ukształtowanie terenu, nie świadczy o tym, że w ramach przedmiotowego zamówienia rowy melioracyjne nie mogą być elementem kanalizacji deszczowej. Różnice w tym zakresie wskazał Przystępujący w złożonym na rozprawie zestawieniu, zawierającym porównanie rowów trawiastych, stanowiących odwodnienie powierzchniowe i rowów zaliczanych do kanalizacji deszczowej otwartej.

Co istotne, w wyjaśnieniach wyraźnie wskazano, że zaprojektowanie rowów melioracyjnych wzdłuż trasy głównej oraz pozostałych dróg, ze spadkami pozwalającymi na dalsze odprowadzenie wód opadowych do zbiorników retencyjnych, jest jednym z założeń mających na celu właśnie zapewnienie skutecznego odprowadzenia wody z pasa drogowego do istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników. Odmiennie interpretacji nie uzasadnia postępowanie przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania odrębnie pojęciem kanalizacji deszczowej i urządzeń melioracyjnych, na co wskazał Odwołujący. Nie można bowiem pomijać, że rów melioracyjny niewątpliwie może stanowić element kanalizacji deszczowej, a Zamawiający nie ograniczył wyraźnie swoich wymagań do kanalizacji deszczowej zamkniętej. Skoro więc z wyjaśnień wynika, że Przystępujący zaprojektuje rowy melioracyjne jako element służący odprowadzaniu wody z pasa drogowego, to należy uznać, że będą one stanowić kanalizację deszczową.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że jeżeli rozróżnienie przez Przystępującego w wyjaśnieniach zaprojektowania kanalizacji deszczowej na wskazanych odcinkach trasy oraz zaprojektowania rowów melioracyjnych, powodowałoby jakiegokolwiek wątpliwości co do interpretacji udzielonych wyjaśnień, to wątpliwości te podlegałyby



wyjaśnieniu. Nie ma natomiast podstaw, aby uznać, że oferta Przystępującego jest w tym zakresie niezgodna z SWZ i podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b i oraz § 8 ust. 2 pkt 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....