

## WYROK

z dnia 13 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 czerwca 2018 r odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez odwołującego: BUDIMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów

z udziałem przystępującego: Mostostal Warszawa S.A. – lider Konsorcjum ul. Konstruktorska 12A; 02-637 Warszawa oraz Acciona Construcción S.A. - Członek Konsorcjum Avenida de Europa 18; Praque Empresarial la Moraleja 28108 Alcobendas, Madrid Hiszpania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Mostostal Warszawa S.A. – lider Konsorcjum ul. Konstruktorska 12A; 02-637 Warszawa oraz Acciona Construcción S.A. - Członek Konsorcjum Avenida de Europa 18; Praque Empresarial la Moraleja 28108 Alcobendas, Madrid Hiszpania
2. kosztami postępowania obciąża Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja

Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów  
i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BUDIMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy złotych zero groszy) na rzecz BUDIMEX S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm. ) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

### Odwołanie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie „C” od węzła „Kamień (z węzłem) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) o długości około 7,9 km.

Postępowaniu nadano wewnętrzny numer: O/RZ.D-3.2410.4.2015

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 września 2015 r., pod numerem 2015/S 184-333303

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym sprzed nowelizacji z 2016 r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie — Mostostal Warszawa S.A oraz Acciona Construcción S.A. („Konsorcjum Mostostal” lub „przystępujący po stronie zamawiającego”),
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Mostostal.

O powyższym odwołujący dowiedział się dnia 17 maja 2018 r., tj. z zawiadomienia od zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty, przesłanego za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Wobec powyższych czynności odwołujący sformułował następujące zarzuty:

- naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie w jakim wykonawca zaoferował wykonanie obiektu WD36 o szerokości mniejszej niż wymagana zapisami PFU.

Wobec tak sformułowanego zarzutu odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Konsorcjum Mostostal.

Odwołujący w następujący sposób uzasadnił jego prawo do wniesienia odwołania.

Oferta odwołującego została skalsyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej wykonawców, za ofertą Konsorcjum Mostostal. W przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum, to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W aktualnym stanie prawnym interes odwołującego doznaje uszczerbku, zaś oferta odwołującego odpowiada wymogom SIWZ i powinna być wybrana przez zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołujący powołał się na następujący stan faktyczny sprawy.

Jest to ponowny wybór oferty najkorzystniejszej. Poprzednio, tj. dnia 22 marca 2018r. zamawiający również dokonał wyboru oferty Konsorcjum Mostostal jako najkorzystniejszej, ale w wyniku odwołania wniesionego przez odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 23 kwietnia 2018r., sygn. akt KIO 636/18, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ujawnienie informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Mostostal jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Informacjami, których ujawnienie nakazała Izba, jest część wyjaśnień Konsorcjum Mostostal udzielonych zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 stycznia 2018 r. do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty (wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp). Odwołujący zaznacza, że obecnie całość wyjaśnień Konsorcjum Mostostal z dnia 22 stycznia 2018r. w tym wszystkie załączone do tych wyjaśnień dokumenty są jawne.

Analiza dokumentów i oświadczeń złożonych przez Konsorcjum Mostostal w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp świadczy o tym, że treść oferty Konsorcjum Mostostal nie odpowiada treści SIWZ.

Przywołując niezgodność treści oferty z treścią SIWZ odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

Zamawiający pismem z dnia 8 stycznia 2018r. wezwał Konsorcjum Mostostal m. in. do wskazania, jakie rozwiązania dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego obiektu) zostały skalkulowane przez wykonawcę w ofercie (pytanie C3).

Konsorcjum Mostostal, odpowiadając na to pytanie, załączyło do wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2018r. załącznik nr 5 „Wykaz rozwiązań projektowych branży mostowej”, w którym przedstawiło szczegółowe rozwiązania projektowe w zakresie branży mostowej, jakie zostały przez konsorcjum uwzględnione w ofercie.

Zgodnie z tym załącznikiem, Konsorcjum Mostostal dla obiektu nr 36WD założyło w ofercie szerokość 14,90m i zaoferowało wykonanie tego obiektu w takiej właśnie szerokości.

Wskazać należy, że tak określona szerokość dla obiektu nr 36 WD nie odpowiada wymogom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie z wymogami PFU (punkt 1.1.3.2) droga krajowa nr 19 (DK 19) będzie krzyżowała się z projektowaną drogą ekspresową S 19 poprzez obiekt WD36. Na obiekcie tym należy również zapewnić prowadzenie ruchu pieszo — rowerowego.

Dla drogi DK 19 PFU wymaga spełnienia poniższych parametrów określonych w punkcie 1.1.3.2 a)

Węzeł „Kamień”

Droga krajowa DK19

klasa drogi - GP

prędkość projektowa  $V_p$  — 60km/h

liczba jezdni (na drodze krzyżującej się z MS) - 1 szerokość pasów ruchu - 3,50 m

szerokość opaski zewnętrznej - 0,50m

szerokość pobocza gruntowego - 0,75m lub większa jeżeli zachodzi potrzeba lokalizacji urządzeń BRD oraz ochrony środowiska

kategoria ruchu-KR5 obciążenie nawierzchni- 115 kN/0ś szerokość chodników - 1,50m

szerokość ścieżki rowerowej - 2,00-2,50m

Dodatkowo w PFU (pkt 1. 1.3.2) w akapicie dotyczącym Infrastruktury dla pieszych i rowerzystów wskazano, że ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi rowerowe należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz załącznikiem „Wytyczne dla infrastruktury pieszej i rowerowej”, w miejscach które wynikają z dokumentów określonych w załączniku nr 2 TOM V SIWZ — Koncepcja Programowa. W Koncepcji Programowej na przekroju poprzecznym obiektu WD36 wskazano chodnik po dwóch stronach drogi. Skoro więc Koncepcja Programowa jest w świetle powołanego zapisu PFU wiążąca, wykonawca nie mógł założyć przykładowo, że na wiadukcie WD36 chodnik będzie przebiegał tylko po jednej stronie drogi.

Wykonawca, ustalając, jakie rozwiązania projektowe zaoferuje zamawiającemu, powinien ponadto uwzględnić wymogi obowiązującego prawa, w tym wymogi rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999r w sprawie warunków technicznych,

jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie. Zgodnie z 129 ust. 1 i 2 ww. rozporządzenia, na drodze, w tym na łącznicy węzła, powinno się stosować bariery ochronne, zwane dalej "barierami", spełniające wymagania normy przenoszącej normę EN 1317, z uwzględnieniem warunków określonych w ust. 2, tj. z uwzględnieniem warunku, że odległość lica prowadnicy lub podstawy bariery powinna wynosić nie mniej niż 1,00 m - licząc od krawędzi pasa ruchu drogi klasy Z i dróg wyższych klas.

Uwzględniając wskazane wymogi, szerokość całkowita obiektu powinna wynosić min. 15,80m

W związku z powyższym rozwiązania zastosowane przez Konsorcjum Mostostal w zakresie szerokości obiektu nr 36WD są niezgodne z wymogami SIWZ, co winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż niezgodność treści oferty ma dotyczyć wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. (tak Izba w wyroku z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 206/2018).

Opisana powyżej niezgodność pomiędzy treścią oferty Konsorcjum Mostostal a treścią SIWZ ma taki właśnie charakter, tj. dotyczy wymagań merytorycznych, wprost wynikających z jednoznacznych w swej treści, wiążących wykonawców wymogów SIWZ.

Warto w tym miejscu odwołać się także do wyroku Izby z dnia 5 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 2872/15, w którym czytamy:

Zarówno przepis art. 87 ust. 1, jak i art. 90 ust. 1 Pzp dają zamawiającemu istotne instrumenty umożliwiające zbadanie oferty pod kątem zgodności z jego potrzebami i możliwości ich zaspokojenia za określoną przez wykonawcę cenę. Ich zastosowanie nie jest, zdaniem Izby, uzależnione ani od charakteru przewidzianego dla wykonawcy wynagrodzenia, ani od formuły w jakiej zrealizowane ma zostać zamówienie, ponieważ nic takiego nie wynika z treści przywołanych regulacji.

W konsekwencji skład orzekający nie podzielił stanowiska odwołującego, który marginalizował znaczenie złożonych zamawiającemu wyjaśnień stwierdzając, że skoro przedmiot zamówienia realizowany będzie w formule "zaprojektuj i wybuduj", a wykonawca

otrzyma za wykonanie umowy wynagrodzenie ryczałtowe, to nie powinny być brane pod uwagę jego wyjaśnienia w zakresie rozwiązań technicznych i elementów treści oferty mających wpływ na cenę, ponieważ szczegółowe rozwiązania projektowe zostaną przedstawione przez odwołującego na etapie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaś sam charakter wynagrodzenia determinuje konieczność wykonania przedmiotu zamówienia w całości, niezależnie od posiadanej wiedzy o jego zakresie. Po pierwsze - w płaszczyźnie określenia przedmiotu zamówienia stanowisko odwołującego podważa zasadność sporządzania przez zamawiającego programu funkcjonalno-użytkowego (dalej "PFU"), jako dokumentu opisującego jego wymagania i potrzeby (argument z przepisu art. 31 ust. 2 Pzp). Zgodnie z przepisem § 18 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. 2013.1129 j.t.) PFU zawiera m.in. opis ogólny przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, z czego wynika, że omawiany dokument stanowi podstawę oceny zgodności oferty z SIWZ przypadku zamówień realizowanych w formule "zaprojektuj i wbuduj". Niezależnie zatem od okoliczności, że szczegółowe rozwiązania projektowe zamawiający pozna dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, PFU pozwala mu sprawdzić zgodność zamierzeń wykonawcy z oczekiwaniami odnośnie przedmiotu zamówienia". Z uwagi na powyższe nie mogła odnieść skutku argumentacja odwołującego zmierzająca do podważenia istotnego charakteru PFU w kontekście dopuszczonych przez zamawiającego optymalizacji sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek zamawiający przewidział możliwość odstępstw od prezentowanych w dokumentacji postępowania rozwiązań, tym niemniej — (..) - część postanowień PFU, (...), miała charakter bezwzględnie obowiązujący.

W niniejszej sprawie również mamy do czynienia z zamówieniem realizowanym w formule „zaprojektuj i wybuduj”, jednakże z takiej formuły postępowania nie może wyciągać wniosku, że oferty "wykonawców nie podlegają badaniu pod kątem zgodności ich treści z wymogami SIWZ, w tym wymogami wynikającymi z PFU. Treść oferty Konsorcjum Mostostal została przedstawiona w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp, tj. w odpowiedzi na pytanie, jakie rozwiązania dla branży mostowej zostały skalkulowane, a więc przewidziane w ofercie przez wykonawcę (pytanie C3 wezwanie z dnia 8 stycznia 2018r.). Zamawiający, który powziął wiedzę co do treści złożonej przez Konsorcjum Mostostal oferty, nie może wiedzy tej pominąć i wobec oczywistej niezgodności z wymogami SIWZ powinien ofertę Konsorcjum odrzucić.

Wobec powyższego, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

**Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2018 roku złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.**

Zamawiający wskazał na zmianę SIWZ z dnia 29 września 2017 roku pkt 1.1.3.3. Tom III SIWZ – PFU (Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich) w sposób wyłączający Procedury zmiany w przypadku zmiany parametrów obiektów inżynierskich wskazanych w Tabeli nr 1.1. w przypadku, gdy przedmiotem zmiany jest między innymi: zmiana szerokości całkowitej przęsła do +/- 10% wartości podanych w Tabeli nr 1.1. kolumna 5. Zmiany parametrów podanych w Tabeli nr 1.1. w podanych wielkościach zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Zmiany wykraczające poza powyższe będą rozpatrywane zgodnie z Warunkami Kontraktu. Na podstawie powyższej zmiany zamawiający uznał, że odstępstwo w ofercie odwołującego co do parametrów szerokości wiaduktu WD 36 zamiast 15,80 m jak w PFU zaofiarowanie 14,90 m mieści się w tolerancji wprowadzonej zmianą z dnia 29 września 2017 roku. W związku z powyższym wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego konsorcjum Mostostal zamawiający uznał za prawidłowy w kontekście obowiązującego SIWZ.

Również przystępujące po jego stronie Konsorcjum Mostostal popierając stanowisko zamawiającego wносиło o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

**Izba ustaliła**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w systemie zaprojektuj i wybuduj, którego przedmiotem jest droga ekspresowa S19 Lublin – Rzeszów na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie A od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Podgórze” (bez węzła) o długości około 11,5 km; Zadanie „B” od węzła „Podgórze” z węzłem. Odwołanie dotyczy zadania „C” od węzła „Kamień (z węzłem) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) o długości około 7,9 km.

Zamawiający nadał postępowaniu wewnętrzny numer: O/RZ.D-3.2410.4.2015

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 września 2015 r., pod numerem 2015/S 184-333303

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym sprzed nowelizacji z 2016 r.



Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie — Mostostal Warszawa S.A oraz Acciona Construcccion S.A. („Konsorcjum Mostostal” lub „przystępujący po stronie zamawiającego”),
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Mostostal.

Z odpowiedzi wykonawcy wybranego to jest konsorcjum Mostostal z dnia 22.01.2018 r. Ad.C 4 wynika, że wobec zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich, wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania zamawiającego zawarte w SIWZ, w szczególności w PFU, odpowiedziach do SIWZ i jego zmianach. Oświadcza, iż przyjęte rozwiązania są zgodne z warunkami postępowania a szczegółowe rozwiązania zostaną przedstawione do akceptacji zamawiającego.

Przy czym okolicznością bezsporną pomiędzy stronami oraz uczestnikiem po stronie zamawiającego to jest wykonawcą wybranym jest szerokość obiektu mostowego – 36 WD – Wiadukt w ciągu DK19 przeszkoda S19 wynosząca 14,90 m ( załącznik nr 5 Wykaz rozwiązań projektowych załączony do odpowiedzi wykonawcy wybranego). Zarówno przystępujący (wykonawca wybrany) jak i zamawiający nie zaprzeczają, że według PFU szerokość wiaduktu WD – 36 w DK 19 ma mieć szerokość 15,80 m. Powołując się jednak na zmiany wprowadzone przez zamawiającego w SIWZ z dnia 29.09. 2017 r. Zestaw odpowiedzi nr 3 dopuszczono zmiany w parametrach obiektów inżynierskich na poziomie +/- 10 % ich wymiarów. W ocenie zamawiającego, którego stanowisko popiera przystępujący po jego stronie wykonawca wybrany, dopuszczono rozbieżność na poziomie 1,58m w stosunku do wymaganej szerokości 15,80m. Z kolei parametr wiaduktu WD 36 o szerokości 14,90 m ma tylko różnicę 0,90 m przy dopuszczalnej różnicy 1,58 m w stosunku do wymaganej pierwotnie szerokości 15,80m.

Natomiast odwołujący wskazując na postanowienia PFU pkt 1.1.3.2. Węzły i łącznice, przejazdy i drogi obsługujące przyległy teren w ppkt a) Węzeł „Kamień” Droga krajowa nr DK 19 będzie podniósł, że przewidziano między innymi szerokość chodników – 1,50 m i inne konieczne parametry. W pkt 1.1.3.3. Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich Tabela nr 1.1. Wykaz przewidywanych obiektów inżynierskich dla 36 WD przewidywana szerokość całkowita prześleń to 15, 80 m.

Reasumując według stanowiska zamawiającego i przystępującego po jego stronie udzielone wyjaśnienia nie potwierdzają sprzeczności oferty z PFU jak twierdzi w odwołaniu odwołujący.

Z kolei odwołujący przywołuje Pkt 2.1.16.2.1 Rozwiązania budowlano-konstrukcyjne a) P szerokość należy określić na podstawie zaprojektowanej części drogowej taktując parametry obiektów takie jak długość, szerokość jako standardy minimalne...” Inne parametry obiektów określone w PFU i materiałach przywołanych w PFU (np. w decyzji środowiskowej) należy również traktować, jak wymagania minimalne.

Z dowodu przeprowadzonego na rozprawie z pytania zamawiającego skierowanego do przystępującego z dnia 08.01.2018r. i udzielonej odpowiedzi w dniu 22.01.2018r. (pytanie C4) ustalono jak poniżej

Na pytanie o treści „czy w swojej ofercie wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania zamawiającego wobec zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich tabela 1.1. (pkt 1.1.3.3.) parametry przewidywanych obiektów inżynierskich?” udzielono odpowiedzi jak poniżej. Również udzielono odpowiedzi na dalsze pytanie zawarte w piśmie z dnia 08.01.2018 r. pytanie 3 z części C o treści „Prosimy o wskazanie jakie rozwiązanie projektowe dla branży mostowej (oddzielnie dla każdego projektu) zostały skalkulowane przez wykonawcę w ofercie”? Przystępujący w dniu 22.01.2018r. w udzielonej odpowiedzi do zamawiającego potwierdził, iż dotrzymał warunków PFU, tj. udzielił pozytywnych odpowiedzi na pytanie nr 3 i 4 (str. 19 odpowiedź ad. C3 i ad. C4) z tych odpowiedzi wynika, że przyjęte rozwiązania projektowe uwzględniają SIWZ oraz PFU oraz wskazano w nich, iż wykaz rozwiązań znajduje się w załączniku nr 5 do tego pisma o nazwie „wykaz rozwiązań projektowych”. Z kolei z przywołanego PFU dla zadania C na str. 13 (węzeł Kamień- obiekt WD36). Droga DK19 wśród tam określonych parametrów znajduje się pozycja o treści „szerokość chodników – 1,50 m”. Odwołujący zaznaczył, że użyto zwrotu w liczbie mnogiej to jest „chodników”. Dla przeciwstawienia temu zapisowi na str. 19 PFU wskazano, że jest zapis dla punktu H (węzeł Sokołów Małopolski Północ) o treści „szerokość ciągu pieszego – 1,50”. Z porównania tych dwóch zapisów wynika, że na str. 13 PFU zamawiający użył liczby mnogiej dla szerokości chodników, a w punkcie H str. 19 PFU użył liczby pojedynczej określając szerokość ciągu pieszego.

W związku z tym Izba ustaliła, że w PFU znalazło się odzwierciedlenie zapisów Koncepcji Programowej jako takiej nie obowiązującej ale przez przeniesienie postanowień z Koncepcji do PFU należy stwierdzić, że postanowienie o „szerokości chodników” w liczbie mnogiej jest obowiązujące a nie jak twierdzi zamawiający i przystępujący obowiązuje „szerokość chodnika” czyli liczba pojedyncza.

Odwołujący również przywołał str. 22 PFU np. „Infrastruktura dla pieszych i rowerzystów” a te zapisy potwierdzają, że należy zaprojektować chodniki po 2 stronach jezdni drogi a nie jak twierdzi zamawiający wystarczy zaprojektować chodnik po jednej stronie jezdni.

W poczet dowodu złożono „Wytyczne dla infrastruktury pieszej i rowerowej Wydanie: 02 z dnia 16.01.2017 Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.

Z kolei co do twierdzeń na rozprawie odwołującego o obowiązywania postanowień PFU, przy sporządzaniu projektu budowlanego ani zamawiający, ani przystępujący nie wnosili zastrzeżeń. Jest to zresztą okoliczność niekwestionowana i powszechnie wiadoma dla uczestników branży budowlanej.

Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń złożył dowody w postaci wyciągu z Dziennika Ustaw Nr 43 poz. 430 str. 2385 i 2410 wskazując na § 43 ust. 1 i 3 oraz § 129 ust. 2 pkt 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie oraz str. 12 PFU z punktem 1.1.3.2.A Węzły i łącznice, przejazdy i drogi obsługujące przyległy teren lit. a) Węzeł „Kamień” dla drogi krajowej DK19 (klasa drogi GP trasa główna przyspieszona) ze wskazaniem szerokości pasów ruchu 3,5 m. oraz Przekrój podłużny obiektu WD36 biuro projektowe ARCADIS sp. z o.o. w Warszawie oraz opracowanie własne Odwołującego na okoliczność jak winien się kształtować przekrój poprzeczny WD36, ze wskazaniem po obu stronach jezdni chodników.

Odwołujący na podstawie przedstawionych powyżej dowodów wskazał jakie parametry ma mieć bariera ochrona, w jakiej odległości musi znajdować się od krawędzi pasa ruchu, tj. musi mieć 1 metr i musi ta bariera ochronna oddzielać chodnik dla pieszych od jezdni. Czyli 2x3,5 metra (str. 13 szerokość pasów ruchu), od krawędzi pasa ruchu musi być 1m do barier ochronnych (2 metry) co łącznie daje 9 metrów. Na bariery dodaje się po 0,5m, czyli daje to 10 metrów, a ze str. 13 PFU mają być chodniki o szerokości 1,5m co daje łącznie 13m. Z kolei (na str. 13 PFU) ścieżka rowerowa a szerokość ścieżki rowerowej do 2 – 2,5 metra co daje już 15 metrów (15,5 metra). Według wytycznych GDDKiA ścieżka rowerowa powinna mieć wolną przestrzeń po obu stronach co najmniej 20 cm z każdej strony co daje 2.40, co daje 15.40m. plus balustrada mostowa o szerokości po 20 cm z obu stron, co daje 15,80m. to jest dokładnie tak jak w wytycznych na str. 22 PFU. Odwołujący na poparcie twierdzeń złożył wyciągi z przywołanych dokumentów zamawiającego.

Z kolei zamawiający zaprzeczył twierdzeniom odwołującego i przedstawił na rozprawie rysunki z Koncepcji Programowej, które wskazują na chodnik tylko po jednej stronie jezdni. Przywołał również, iż w dniu 29.09.2017r. nastąpiła zmiana w zakresie punktu 1.1.3.3. parametry przewidywanych obiektów inżynierskich, które przewidują odstępstwo od PFU, z którego wynika „zmiana sposobu pokonania przeszkody lub ilości lub parametrów obiektów inżynierskich podanych w tabeli 1.1. Przywołał str. 22, pkt 1.1.3.3. parametry przewidywane obiektów inżynierskich, tabela nr 1.1 wykaz przewidywanych obiektów inżynierskich, pozycja

pierwsza obiekt 36WD przewidywana szerokość całkowita pręseł 15,80. Przystępujący wskazał, że Tom V SIWZ zawierał m.in. koncepcję programową. Zamawiający poinformował, że materiały zawarte w tomie V nie stanowią OPZ. Wyjaśnił również, że tom V w punkcie 2 zawierał Koncepcję programową, a zamawiający postanowił, że z tomu V do tomu III przenosi pkt 3 i 5, tj. załączniki nr 4 (typowe projekty budynków UOD) i 5 (typowe projekty toalety MOP). Reasumując z tego wynika, że Koncepcja programowa przestała obowiązywać.

Przywołuje pkt 2.1.16.2.1 str. 68 PFU, gdzie mowa jest, że parametry podane w PFU są minimalnymi. Parametry, które zostały podane w PFU są minimalne. Uważam, że według jego rozumienia jeżeli są podane parametry minimalne to możliwość +/- dot. tylko zwiększenia. W przypadków elementów obiektów.

### **Izba zważyła**

Zamawiający, odpierając zarzuty odwołującego, co do nie zastosowania w stosunku do przystępującego – wykonawcy wybranego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp podkreślał, że postanowienia dokumentu poprzedzającego Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU) jakim jest Koncepcja Programowa są nie wiążące i mają charakter pomocniczy. W związku z tym wszelkie wywody odwołującego oparte o postanowienia Koncepcji Programowej nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Twierdzenie to zamawiający oparł przede wszystkim o postanowienia zamieszczone w PFU na jego 37 stronie, zgodnie z którym „Materiały przekazane w TOM-ie V SIWZ w zakresie nie wymienionym powyżej oraz wszystkie inne materiały zawarte w Tomie V SIWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko”. Co do materiałów nazwanych jako „przekazanych w TOM-ie V SIWZ” to strony miały na uwadze „Koncepcje Programową”. Niemniej na tę Koncepcję w toku procesu odwoławczego strony i uczestnik powoływali się, wywodząc jednak z niej przeciwne dla ich sprawy stwierdzenia. Zamawiający na tejże 37 stronie PFU odniósł się do również co do rangi, znaczenia szeregu istotnych dokumentów i opracowań wymienionych w pkt 1.2. na stronach od str. 33 do 37 PFU wytyczających „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia” stwierdzając we wstępie tego punktu, że „Wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia na podstawie poniższych dokumentów, przekazanych przez Zamawiającego”. Wymienione są tam takie dokumenty między innymi jak: dokumentacja hydrogeologiczna, opinia geotechniczna, dokumentacja geologiczno-inżynierska, decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach, wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego, decyzje Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, raport

oddziaływania na środowisko, Koncepcja systemu Zarządzania Ruchem oraz Tabela nr 1.6., w której wyszczególniono posiadane uzgodnienia, opinie, porozumienia, z: samorządami lub uzgodnienia z gestorami sieci, itp., dane dotyczące zabezpieczeń akustycznych wynikające z DŚU (łączenie znajduje się w tabeli ponad 60 pozycji). Bezpośrednio pod Tabelą a przed stwierdzeniem wyżej cytowanym o tym, że Koncepcja Programowa nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia znajduje się, bardzo istotne dla oceny sprawy, stwierdzenie o znaczeniu i wadze kolejnych dokumentów. To jest „Z uwagi na różne terminy i szczegółowość opracowania powyższych dokumentów wszelkie rozbieżności pomiędzy nimi powinny być odczytywane i interpretowane w powyższej kolejności, z zastrzeżeniem, że wymagania opisane w niniejszym PFU są wymaganiami nadrzędnymi w stosunku do tych, które są określone w powyższych dokumentach.”

Powyższe cytowane postanowienia pkt 1.2. pn. „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia” mają przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia spornej kwestii co do znaczenia postanowień poszczególnych opracowań w zakresie ich rangi i znaczenia przy opracowywaniu i w związku z tym należy stwierdzić, że znaczenie priorytetowe ma Program Funkcjonalno Użytkowy i to nie tylko z powodu treści zawartych na tejże stronie 37 PFU ale również z racji postanowień Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 roku (Dz.U. nr 202, poz. 2072 t.j. z dnia 10 maja 2013 roku (Dz. U. z 2013 roku poz. 1129) klasyfikujący ten dokument o znaczeniu zasadniczym zamierzonej inwestycji stanowiącej źródło przygotowania oferty w tym wyceny i wynagrodzenia prac projektowych i robót budowlanych (§15 rozporządzenia).

Dlatego też ścisła interpretacja przywołanych postanowień PFU w tym jego pkt 1.1.3.2. (str.12-14 PFU) ma znaczenie zasadnicze i podstawowe, jej interpretacja powinna mieć charakter literalny tzn. dosłowny z brzmieniem postanowień to jest jeżeli jest mowa o chodnikach („szerokość chodników” str.13 PFU) to należy interpretować je wprost i nie wywodzić, że może to być również chodnik tylko po jednej stronie jezdni a nie po obu stronach jezdni.

Poza tym parametry podane na 13 PFU jak i wynikające, z przywołanego na rozprawie przez odwołującego w ustaleniach powyżej rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie wskazują, że źródłem podanej w PFU szerokości 15,80 m wiaduktu WD 36 jest okoliczność, że zamawiający przyjął chodniki po obu stronach jezdni a nie jak twierdzi zamawiający po jednej stronie jezdni.

Uwzględniając przywoływane przez zamawiającego i przystępującego korekty z dnia 29 września 2017 roku (załącznik nr 2, zmiana nr 30) odnoszące się do zmiany sposobu pokonania przeszkody lub ilości lub parametrów obiektów inżynierskich gdzie przewidziano między innymi -„zmiana szerokości całkowitej przęsła do 10+/- wartości podanych w Tabeli nr1.1. kolumna 5” nie ma znaczenia wobec pozostawienia bez zmian postanowienia PFU pkt 2.1.16.2.1. Rozwiązania budowlano- konstrukcyjne lit. a). W przywołanych postanowieniach PFU (str.68) gdzie przewidziano „Parametry obiektów takie jak długość i szerokość należy określić na podstawie zaprojektowanej części drogowej traktując wymagania zawarte w Rozporządzenia z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 63, poz.735, z późn.zm.), 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 traktować, jak wymagania minimalne. Pozostałe parametry są dowolne w zakresie obowiązującego prawa.”

Cytowane postanowienia są jednoznaczne i Izba podziela stanowisko odwołującego, że wobec takich postanowień PFU zapis o  $\pm 10\%$  szerokości podanych w kolumnie 5 (15,80m) może powodować co najwyżej podwyższenie szerokości a nie jej obniżeniu skoro pkt 2.1.16.2.1. Rozwiązania budowlano- konstrukcyjne lit. a) nie uległ zmianie.

W związku z powyższym Izba stwierdza na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp. naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ust.1 w zw. z art.7 ustawy Pzp. uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu czynności zgodnie z sentencją wyroku.

Przy czym Izba nie rozstrzyga zagadnienia przywołanego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 czerwca 2018 roku co do zastosowania przez zamawiającego wobec oferty wykonawcy wybranego art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ Izba rozstrzyga w granicach zarzutów odwołania zgodnie z art.192 ust.7 ustawy Pzp. (7. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23.600,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie złożonej faktury vat.

**Przewodniczący:** .....