

Sygn. akt: KIO 2326/21

WYROK

z dnia 17 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Członkowie: Emil Kawa

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 września 2021 r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021r. **przez odwołującego:** STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53 , 00-874 Warszawa Oddział Kielce ul. Ignacego Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce

przy udziale przystępującego FABE Polska Sp. z o.o. ul. Cybernetyki 19 B, 02-677 Warszawa **po stronie odwołującego**

oraz

przy udziale przystępującego Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 2A, 02-673 Warszawa **po stronie odwołującego**

oraz

przy udziale przystępującego Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa **po stronie odwołującego**

orzeka

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zastrzeżenia przez zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę zadań – robót mostowych w zakresie robót betonowych, które nie mają charakteru kluczowych. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wymogu wykonania metodą nawisową obiektów mostowych i nakazuje zamawiającemu zmiany SWZ Tom II Program Funkcjonalno Użytkowy (PFU) w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. przez rezygnację z wymogu wykonania metodą nawisową obiektów mostowych. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu co do SWZ Tom II PFU pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. określenia długości projektowanych obiektów mostowych oraz wymogu rozstawu podpór pośrednich i nakazuje zmianę określenia długości obiektów mostowych przez możliwość zmiany +/- 10 % oraz w zakresie wymogu rozstawu podpór pośrednich dla mostu nad rzeką Czarną Nidą 100m przez możliwość zmiany +/- 10 % a dla nad rzeką Morawką zmianę ze 100 m na 90 m z możliwością zmiany +/- 10 %.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53 , 00-874 Warszawa Oddział Kielce ul. Ignacego Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce

i

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53 , 00-874 Warszawa Oddział Kielce ul. Ignacego Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu od odwołania. W pozostałym zakresie – wynagrodzenia pełnomocników koszty znosi się wzajemnie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

ODWOŁANIE

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania o nazwie: Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73, odcinek Morawica – Wola Morawicka (realizacja w systemie „projektuj i buduj”).

Numer referencyjny: O.Ki.D-3.2412.14.2021.az

Numer ogłoszenia: 2021/S 139-368749 z dnia 21.07.2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia przekracza progi unijne.

ODWOŁANIE

W imieniu Strabag sp. z o.o., w oparciu o przepis art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej w skrócie „PZP”, Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), wniesiono odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w postępowaniu polegające na udzielaniu zamówienia, ustaleniu warunków i dokumentów postępowania (SWZ IDW, PFU), dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z przywołanymi w niniejszym odwołaniu przepisami PZP, tj. na:

1. zastrzeżenie przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych
2. zamiar udzielenia zamówienia i dokonanie jego opisu w sposób sprzeczny w zasadami jakości i efektywności ekonomicznej.

Zarzuty

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1.art. 121 pkt 1 PZP, w zw. z art. 462 ust. 1 PZP oraz art. 99 ust. 4 PZP, art. 16 i 17 PZP przez nieuzasadnione, naruszające zasadę uczciwej konkurencji zastrzeżenie przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę zadań – robót mostowych w zakresie robót betonowych, które nie mają charakteru kluczowych,

2. art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1, 103 ust. 2 i 3 PZP przez prowadzenie postępowania o udzielanie zamówienia w sposób naruszający zasadę jakości i efektywności ekonomicznej,

w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1 i 2 naruszenie:

3. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3, art. 16 PZP i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie tego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności wobec:

a) nieuprawnionego zastrzeżenia do osobistego wykonania zakresu prac betonowych w ramach robót mostowych,

b) zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z zasadą jakości i efektywności ekonomicznej.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniesiono o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. wprowadzenia zmian w SWZ Tom I Instrukcja dla Wykonawców ("IDW") przez usunięcie zastrzeżenia ujętego w pkt 6.5 IDW tj. obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych,
2. nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ Tom II Program Funkcjonalno Użytkowy (PFU) w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. przez rezygnację z określenia długości projektowanych obiektów inżynierskich, ewentualnie nakazanie określenia długości z możliwością jej zmiany +/- 10 % oraz w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z wymogu rozstawu podpór pośrednich 100m oraz rezygnacji z wymogu wykonania metodą nawisową,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania, dowodu załączonego do odwołania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

Odwołujący następująco uzasadnił interes prawny we wniesieniu odwołania

Interes prawny:

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych, mostowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy PZP.

Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji. Opisane czynności Zamawiającego mogą również skutkować powstaniem szkody po stronie Odwołującego.

W kontekście interesu prawnego Odwołujący wskazuje za aktualnym stanowiskiem KIO, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem. Przyjęcie założeń przeciwnych prowadziło by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz.” – vide: wyrok KIO z 04.10.2010 r., Sygn. akt: KIO 2036/10.

Interes w uzyskaniu danego zamówienia występuje również, gdy następstwem uzyskania zamówienia jest zawarcie umowy, której warunków na etapie realizacji nie można kwestionować.

Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (por. wyrok KIO z 30.08.2017r., Sygn. akt KIO 1718/17)

Czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy PZP, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp wykonawców do zamówienia, pomimo że posiadają kwalifikacje niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Co do terminu odwołujący podniósł jak poniżej.

Termin:

W dniu 21.07.2021 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 139 - 368749 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Wniesienie odwołania następuje zatem przy zachowaniu terminu przewidzianego treścią przepisu art. 515 PZP.

Uzasadnienie odwołania

W dniu 21.07.2021 roku Zamawiający - Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i budowa „Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73”

Ad. 1 zarzutów odwołania

W pkt 6.5. IDW SWZ Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych z wyłączeniem:

- robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego
- wykonywania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych)
- robót wykończeniowych oraz
- dostaw materiałów i usług.

Zamawiający wprowadził jednocześnie w odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę zakaz powoływania się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 PZP w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w Postępowaniu.

Powyższe zastrzeżenie stanowi istotne ograniczenie możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. Wskazany przez Zamawiającego zakres nie stanowi kluczowego zadania wymagającego osobistego zaangażowania wykonawcy.

Zamawiający korzystając z dyspozycji art. 121 pkt 1 PZP zastrzegł do osobistego wykonania zadania, które nie są wyjątkowe, ani specyficzne dla przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego komentowany przepis nie daje Zamawiającemu dowolności co do określenia kluczowych części zamówienia. Nie zwalnia też Zamawiającego z obowiązku działania z poszanowaniem zasad udzielenia zamówień:

- zasady uczciwej konkurencji,
- równego traktowania wykonawców,
- proporcjonalności rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania.

Z dorobku judykatury Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że: „W zamówieniach publicznych zasadą jest możliwość podwykonawstwa, zaś ograniczenie tego uprawnienia wykonawcy jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych specyfiką danego zamówienia. Ciężar wykazania tej szczególnej okoliczności spoczywa na zamawiającym.(...) Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękopisem należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękopisem wykonania zamówienia nie był pozbawiany prawa złożenia oferty.(...) Wskazać należy także, iż Zamawiający opisując warunki determinujące możliwość udziału wykonawców w postępowaniu winien mieć na względzie w szczególności konieczność przestrzegania zasady konkurencyjności i transparentności postępowania. Zamawiający realizując zamówienie publiczne korzysta w tym celu jako beneficjent z pieniędzy publicznych. Jest zatem zobowiązany do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji oznacza, iż nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego zamówienia. (...)Aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy, ograniczający możliwość posiłkowania się w tym zakresie zasobami podmiotu trzeciego i zobowiązującego wykonawcę do osobistego jego wykonania, nie jest wystarczające zaistnienie sytuacji, iż zamówienie ma znaczenie strategiczne.” (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21.09.2017 r., KIO 1837/17).

W uchwale KIO z dnia 7 listopada 2013 roku, sygn. KIO/KU 97/13, Izba stwierdziła: „Zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy”. Jako przykład w tym zakresie wskazano, że kluczowym elementem zamówienia będzie np. usługa konserwacji dzieła sztuki, gdzie dopuszczenie do wykonania w miejsce wykonawcy podwykonawcy, posiadającego wiedzę w tym zakresie, ale nie posiadającego szczególnych kwalifikacji (gdyż te zostały co do zasady zweryfikowane dla głównego wykonawcy) może doprowadzić np. do trwałej niemożności niewykonania zamówienia. W komentowanym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „(...) np. wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi, który to element jako niewątpliwie istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców, gdyż na jego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.” Wykonanie robót betonowych w ramach obiektów mostowych to zakres istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być jednak uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców. Na wykonanie tego zakresu składają się typowe roboty budowy mostów, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje. Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27.05.2019 r., KIO 867/19 wskazując, że: „Kluczowa część przedmiotu zamówienia (...) nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia.” Zastrzeżenie osobistego wykonania w kwestionowanym w niniejszym postępowaniu zakresie w istotny sposób ogranicza możliwość realizacji zamówienia dla wielu wykonawców, a tym samym w istotny sposób utrudnia konkurencję. Zamawiający zobowiązany jest zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, tak by wykonawcy dający taką rękojmię należytego wykonania zamówienia nie byli pozbawieni możliwości prawa złożenia oferty. W ślad za Krajową Izbą Odwoławczą podnieść należy, że „niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które

nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania” (vide wyrok KIO z 15.06.2020 r., KIO 802/20).

Ponadto „Zamawiający winien był rozważyć podjęcie innych działań w postępowaniu dla zwiększyć prawidłowości wykonywanych prac, a nie uciekać się do najprostszej czynności, za jaką należy uznać zobowiązanie wykonawcy do osobistego wykonania pewnych części zamówienia, co niewątpliwie skutkuje ograniczeniem konkurencji. Stwierdzić należy, że zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia i wymagań wobec wykonawców winien dokonywać tego z najwyższą starannością. Zamawiający decydując się na wyartykułowanie swoich wymogów co do ograniczenia możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich winien mieć pewność, że takie ograniczenie nie zaburza konkurencji na rynku. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie chodzi bowiem jedynie o pozorne zagwarantowanie realizacji zasady uczciwej konkurencji.” (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21.09.2017 r., KIO 1837/17).

W kontekście omówionego wyżej orzecznictwa stwierdzić należy, że wskazane przez Zamawiającego prace, tj. prace betonowe na obiektach mostowych nie są pracami wyjątkowymi, niestandardowymi, których osobiste wykonanie przez danego wykonawcę byłoby uzasadnione i podyktowane praktycznymi względami. Zakres ten obejmuje standardowe prace związane z budową obiektów mostowych, powtarzalne niemal w każdym zamówieniu dotyczącym obiektów infrastrukturalnych. Niezależnie od tego, czy prace betonowe będą realizowane wyłącznie przez wykonawcę czy częściowo przez podwykonawców, wykonawca w pełni odpowiada za prawidłowe ich wykonanie.

Ad. 2 zarzutów odwołania

W realiach niniejszej sprawy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73, Odcinek II Morawica - Wola Morawicka (realizacja w systemie Projektuj i Buduj). W pkt 6.1. IDW SWZ Zamawiający zawarł ogólny opis inwestycji, a w pkt 6.2. IDW SWZ wskazał, że szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II-V SWZ. Tom II -V zawiera m. in. Program Funkcjonalno – Użytkowy (PFU).

W pkt 1.1 PFU Zamawiający wskazał, że:

„Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 73 (DK73) klasy GP w postaci dwujezdniowej obwodnicy miejscowości Morawicy i Woli Morawickiej na odcinku od km 3+850 (km 21+861 kilometraż globalny DK73), do km 8+230 (26+850

kilometraż globalny DK73). Powyższy odcinek stanowi fragment drogi krajowej nr 73, oraz zlokalizowany jest na terenie województwa świętokrzyskiego, w powiecie kieleckim, na terenie gminy Morawica.

W zakres zamówienia wchodzi wykonanie wszystkich niezbędnych prac do prawidłowego funkcjonowania drogi krajowej nr 73, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz Zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad.

Należy wykonać wszystkie niezbędne opracowania projektowe, uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego konieczne opinie i warunki techniczne, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla wykonania Kontraktu zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i Warunkami Kontraktu, wykonać roboty budowlane i uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzje o pozwoleniu na użytkowanie dla całego zakresu inwestycji.

Szczegółowy zakres rzeczowy Robót przewidzianych do wykonania w ramach obowiązków Wykonawcy jest przedstawiony w dalszej treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zwanego dalej „PFU”.

Dokumenty zawarte w PFU stanowią opis przedmiotu zamówienia zgodnie z art.103 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”

Dalej w pkt 1.1.3.3. PFU Zamawiający wskazał parametry przewidywanych obiektów inżynierskich.

W Tabeli nr 1.1. ujęto „Wykaz obiektów inżynierskich z informacją o przeszkodach koniecznych do pokonania, w tym obiektów ekologicznych (przejścia dla zwierząt) na trasie głównej, łącznicach, dodatkowych jezdniach oraz innych drogach i przeszkodach”.

I tak

LP.	Kilometraż DK73	Przeszkoda	Parametry funkcjonalne	Rodzaj
	orientacyjny wg DŚU/KP	(kolizja trasy głównej z przeszkodą)	przeszkód	obiektu inżynierskiego
1	2	3	4	5
1.	5+020	Trasa główna z przejściem podziemnym dla pieszych	Parametry zgodne z DŚU* długość obiektu 25,40 m szerokość obiektu 7,20 m PP	
2.	5+204	Trasa główna z rzeką Czarna Nida, Doliną rzeki Czarna Nida, szlakiem migracji dla zwierząt małych, średnich i dużych, dodatkową jezdnią DD10	Parametry zgodne z DŚU* długość obiektu 507m, szerokość całkowita obiektu 24,08m (2x11,18 m),	

rozstaw podpór pośrednich 100 m, wykonywane metodą nawisową posadowienie pośrednie na palach ED

3. 5+852 Trasa główna z drogą powiatową DP 0369T długość obiektu 27,7 m, szerokość całkowita obiektu 24,08m (2x11,18 m), WD

4. 6+568 Trasa główna z ciekim Dopływ spod Radomic/Potok Łabędziów, szlakiem migracji dla płazów i małych zwierząt Parametry zgodne z DŚU* długość obiektu 24,30 m, szerokość całkowita obiektu 24,08m, (2x11,18 m), MD

4a. 6+568 Dodatkowa jezdnia/droga gminna (połączenie DD-14 i DD14a) z ciekim Dopływ spod Radomic/Potok Łabędziów, szlakiem migracji dla płazów i małych zwierząt Dopływ spod Radomic/Potok Łabędziów, szlakiem migracji dla płazów i małych zwierząt MD

4b. 6+568 Dodatkowa jezdnia/droga gminna(połączenie DT-1,Dt-2 DD14b) z ciekim Dopływ spod Radomic/Potok Łabędziów, szlakiem migracji dla płazów i małych zwierząt Dopływ spod Radomic/Potok Łabędziów, szlakiem migracji dla płazów i małych zwierząt MD

5. 7+106 Trasa główna z rzeką Morawka, Doliną rzeki Morawka, szlakiem migracji dla zwierząt małych, średnich i dużych, dodatkową jezdnią DD14c Parametry zgodne z DŚU* długość obiektu 363m, szerokość całkowita obiektu 24,08m (2x11,18 m), rozstaw podpór pośrednich 100 m, wykonywane metoda nawisową posadowienie pośrednie na palach ED.

Zastosowana przez Zamawiającego formuła przetargu jest typowym projektem zaprojektuj i wybuduj. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą Programu Funkcjonalno - Użytkowego. Jednocześnie w ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wyznaczył parametry funkcjonalne obiektów inżynierskich narzucając wykonawcom szerokości, długości obiektów, a w odniesieniu do obiektów wskazanych w pkt 2 i 5 tabeli również technologię wykonania.

Skoro przedmiot zamówienia realizowany jest w systemie „zaprojektuj i buduj”, to oznacza, że wszelkie elementy oferty odnoszące się do finalnego efektu, jaki zamierza osiągnąć zamawiający leżą po stronie wykonawcy, który na etapie szczegółowego projektowania oferowanego rozwiązania, w uzgodnieniu z Zamawiającym będzie zobowiązany do przedstawienia takiego sposobu realizacji zamówienia, który będzie odpowiadał wszystkim wymaganiom zamawiającego i w końcowym efekcie wydana zostanie decyzja ZRiD. Nie znajduje w związku z tym uzasadnienia narzucenie wykonawcom zbyt szczegółowych parametrów obiektów, skoro za ich zaprojektowanie i wykonanie odpowiada wykonawca.

Przedmiotem zaskarżenia objęte są obiekty wskazane w pkt 2 oraz 5 tabeli, tj. dwie estakady w zakresie narzuconej długości całkowitej, rozstawu podpór pośrednich 100 metrów oraz technologii budowy, tj. obowiązku wykonania metodą nawisową.

Kwestionowane wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia w odniesieniu do dwóch obiektów inżynierskich nie znajdują uzasadnienia w dokumentacji postępowania, są rozwiązaniami generującymi dodatkowe, niczym nieuzasadnione koszty, a tym samym naruszają powołane na wstępie przepisy PZP.

Podstawą opracowania dokumentacji projektowej, zgodnie z opisem Zamawiającego zawartym w pkt 1.2. PFU są m. in. następujące dokumenty:

- 1) Prognozy ruchu pn.: „Prognoza ruchu dla odcinka drogi: DK73 Kielce – Morawica i obw. Morawicy i Woli Morawickiej z uwzględnieniem zmian w sieci drogowej w obszarze inwestycji m.in. DW763 i DW766” (R. Wojdyński (DPI-WAR), GDDKiA, 2016 r.) (...)
- 2) 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:
 - Dokumentacji hydrogeologicznej określającej warunki hydrogeologiczne pod projektowaną budowę obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 odcinek II: Morawica-Wola Morawicka, zatwierdzonej przez Marszałka Województwa Świętokrzyskiego decyzją pismo znak: ŚOV.7431.13.2020 z dnia 29.07.2020 r.,
 - Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej określającej warunki geologiczno inżynierskie pod projektowaną budowę obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 odcinek: Morawica-Wola Morawicka, zatwierdzonej przez Marszałka Województwa Świętokrzyskiego decyzją pismo znak: ŚOV.7441.5.2020 z dnia 28.12.2020 r.,
 - Dokumentacji badań podłoża gruntowego pod projektowaną budowę obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 odcinek: Morawica- Wola Morawicka,
 - Dokumentacji badań geofizycznych,
- 3) decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) z wyłączeniem zakresu zmian, przewidzianych w PFU, które należy usankcjonować w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, - Decyzja nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach, znak: ITB.6220.4.2017.LTz dnia 20.08.2018 r.
- 4) wyników Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego (GPR),

- 5) decyzji/opinii Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków,
- 6) raportu oddziaływania na środowisko,

(...)

W kwestionowanej niniejszym odwołaniem tabeli Zamawiający określił przeszkody dla poszczególnych obiektów tam wskazanych, a także wskazał w wymogach funkcjonalnych „Parametry zgodnie z DŚU”. Kluczowym dokumentem determinującym parametry techniczne i funkcjonalne obiektów inżynierskich są uwarunkowania środowiskowe zawarte w decyzji DŚU.

W realiach niniejszego postępowania narzucenie parametrów i sztywnej metody wykonania obiektów nie znajduje uzasadnienia w wymaganiach DŚU nr 6/2018 ITB.6220.4.2017.:T z dnia 20.08.2018. Postanowienia DŚU nie określają technologii budowy ani wymiarów obiektów takich jak długość, szerokość czy rozstaw podpór. DŚU określa jedynie parametry przejść, co potwierdza postanowienie wyjaśniające ITB.6220.4.2017.LT z dnia 28.05.2019r.:

Przywołano i przedstawiono tabelę 3. Przejścia dla zwierząt wraz z wyjaśnieniami, mające służyć jako dowód, że tylko do tych przejść decyzja DŚU podaje parametry w formie wymiarów, jakie będą obowiązywać na etapie projektowania (odwołanie w aktach sprawy str.10).

W uzasadnieniu decyzji DŚU wskazano parametry wariantu preferowanego W1, ale w żadnym z postanowień nie określono technologii budowy: przywołano parametry dla:

- mostu - estakady o długości ok.500m nad rzeką Czarna Nida, oparcie na filarach żelbetowych o rozstawie ok.100,00m
- jednoprzęsłowego mostu nad Ciekim od Łabędziowa
- czteroprzęsłowego mostu-estakady o długości ok.370m nad rzeką Morawką, oparcie na filarach żelbetowych o rozstawie ok.92,5 m

Obiekt wskazany w poz. 2 nr tabela 1.1 PFU, tj. estakada przebiega nad terenem Natura 2000, a obiekt nr 5 przebiega poza terenami Natura 2000.

W odwołaniu przedstawiono mapy obrazujące obszar Natura 200, granice Miasta Morawica (str.11-12 odwołania- akta sprawy).

Podobnie wymóg PFU ustalony w tabeli nr 1.1 dotyczący konieczności zastosowania technologii betonowania nawisowego nie znajduje uzasadnienia w żadnym z dokumentów postępowania:

- 1) technicznie – nie istnieje uzasadnienie techniczne dla stosowania metody nawisowej w lokalizacji obiektu. Narzucona technologia zwiększa w sposób nieuzasadniony koszty

budowy i nie rozwiązuje żadnych problemów realizacyjnych, użytkowych czy środowiskowych, a wręcz je zwiększa.

- 2) w aspekcie środowiskowym budowa obiektu metodą nawisową wiąże się:
 - a) z długotrwałym wejściem w tereny chronione na potrzeby budowy podpór i budowy przęseł metodą nawisową,
 - b) koniecznością budowy i intensywnym użytkowaniem dróg technologicznych,
 - c) ustawieniem przy każdej z podpór i intensywnym użytkowaniem urządzeń dźwigowych

Dostępne i powszechnie wykorzystywane w analogicznych inwestycjach alternatywne, tańsze metody budowy obiektów, np. metoda nasuwania podłużnego, minimalizuje ww. negatywne czynniki w czasie budowy poprzez lokalizację placu budowy poza terenem chronionym, skrócenie czasu użytkowania dróg technologicznych, do krótkiego okresu wykonania fundamentów i podpór.

Metoda nawisowa oraz wynikająca z jej narzucenia rozpiętości przęseł równe 100m nie znajdują uzasadnienia w analizie hydrologicznej, co potwierdzają obliczenia hydrologiczne oraz podobne obiekty zlokalizowane w okolicy.

Odnosząc się do aspektu ekonomicznego kwestionowanych wymogów Zamawiającego wskazać należy, że narzucone rozwiązania generują dodatkowe, nieuzasadnione jakością, ani charakterem zamówienia

Zdjęcie mostu bez opisu – str. 13 odwołania –akta sprawy – prawdopodobnie most wybudowany metodą nasuwania podłużnego.

W odniesieniu do estakady nad rzeką Czarna Nida, parametry jak powyżej z Tabeli 1.1. poz.2 Most nad rzeką Czarną Nidą - przywołano ponownie Tabelę 1.1. poz.2 z parametrami z niej wynikającymi –str. 13 odwołania – akta sprawy.

Zamawiający wskazał w tabeli 1.1. na następujące przeszkody, jakie należy na etapie projektowania uwzględnić:

- A) trasa główna z rzeką Czarna Nida – długość obiektu ze względu na rzekę Czarna Nida powinna wynikać z obliczeń hydrologicznych rzeki Czarna Nida – rzeka ta stanowi przeszkodę opisaną przez Zamawiającego jako „Dolina rzeki Czarna Nida” i nie ma bezpośredniego wpływu na długość obiektu,
- B) dolina Rzeki Czarna Nida pokrywa się z terenem Natura 2000 i wynosi około 350m.
- C) Szlak migracji dla zwierząt : wymóg DŚU 15mx3,5m (wymiary przejść dla zwierząt wskazanego DŚU nr 6/2018 ITB.6220.4.2017.:T z dnia 20.08.2018)

D) Dodatkowa jezdnia DD1 – parametry zgodne z PFU 1.1.3., przeszkodą jest droga DD10 która w koncepcji ma szerokość (skrajnie poziomą) 5m, skrajnie pionową 4,7m (jest wrysowana na rysunku z koncepcji) :

Kolejny rzut mapy terenowej – str. 14 odwołania – akta sprawy

Analizowany obiekt nie wymaga długości wyznaczonej przez zamawiającego. Możliwe jest jego skrócenie o co najmniej 10% co znacznie obniży koszty jego wykonania: $507\text{m}(\text{długość obiektu podana jako wiążąca w tabeli 1.1 PFU}) * 24,08\text{m}(\text{szerokość całkowita obiektu podana jako wiążąca w PFU}) * 6920\text{zł/m}^2$ (koszt budowy m² obiektu na podstawie Sekocenbud BCO Zeszyt 33/2021 z IIKW 2021r.) *10%(minimalne skrócenie długości obiektu) = 8 448 323,52zł.

Koszt budowy 1km drogi klasy S zastępujący most wynosi 17 767 424,4zł (koszt budowy 1km drogi na podstawie Sekocenbud BCO Zeszyt 33/2021 z IIKW 2021r.) czyli dla 507(długość obiektu podana jako wiążąca w tabeli 1.1 PFU) *10% (minimalne skrócenie długości obiektu*17 767 424,4zł (koszt budowy 1km drogi na podstawie sekocenbud BCO Zeszyt 33/2021 z IIKW 2021r.) = 900 808,42zł Oszczędności wynikające z postulowanych zmian PFU: 8 448 323,52zł (oszczędności wynikające ze skrócenia obiektu) - 900 808. 42zł (koszt budowy nasypu zastępującego obiekt)= 7 547 515,1 zł

W odniesieniu do estakady nad rzeką Morawka:

Tabela .1.1 jak powyżej poz.5 rzeka Morawka

Decydującą przeszkodą dla długości mostu jest podobnie jak w przypadku obiektu nr 2 jest dolina rzeki Morawka.

Rzut mapy terenowej – 15 str. Odwołania- akta sprawy.

Możliwe jest prawidłowe zaprojektowanie analizowanego obiektu w sposób zgodny z DŚU oraz pozostałymi wymaganiami przy jednoczesnym skróceniu jest długość przynajmniej o 10%, co pozwoli na znaczne oszczędności:

$363\text{m}(\text{długość obiektu podana jako wiążąca w tabeli 1.1 PFU}) * 24,08\text{m}(\text{szerokość całkowita obiektu podana jako wiążąca w PFU}) * 6920\text{zł/m}^2$ (koszt budowy m² obiektu na podstawie sekocenbud BCO Zeszyt 33/2021 z IIKW 2021r.)*10%(minimalne skrócenie długości obiektu) = 6 048 799,68zł.

Koszt budowy 1km drogi klasy S zastępujący most wynosi 17 767 424,4zł (koszt budowy 1km drogi na podstawie sekocenbud BCO Zeszyt 33/2021 z IIKW 2021r.) czyli dla 363(długość obiektu podana jako wiążąca w tabeli 1.1 PFU) *10%(minimalne skrócenie

długości obiektu) *17 767 424,4zł (koszt budowy 1km drogi na podstawie sekocenbud BCO Zeszyt 33/2021 z IIKW 2021r.) = 644 957,51zł

Oszczędności możliwe do osiągnięcia wynikające ze zmiany kwestionowanych postanowień PFU: 6 048 799,68zł (oszczędności wynikające ze skrócenia obiektu) - 644 957,51zł (koszt budowy nasypu zastępującego obiekt) = 5 403 842,17zł

Oszczędności wynikające ze zmiany technologii budowy nawisowej w stosunku do metody np. nasuwania podłużnego oraz rozpiętości przęseł wynosi minimum 1000zł/m2.

Możliwe do osiągnięcia oszczędności wynikające ze zmiany postanowień PFU dotyczące technologii budowy oraz rozpiętości przęseł:

1. Obiekt z pkt.2 Tabeli 1.1. PFU : 507m (długość obiektu podana jako wiążąca w tabeli 1.1 PFU)*24,08m(szerokość całkowita obiektu podana jako wiążąca w PFU)*1000zł/m2

(oszczędności wynikające ze zmiany technologii budowy) = 12 208 560zł

2. Obiekt z pkt.5 Tabeli 1.1. PFU : 363m (długość obiektu podana jako wiążąca w tabeli 1.1 PFU)*24,08m(szerokość całkowita obiektu podana jako wiążąca w PFU)*1000zł/m2 (oszczędności wynikające ze zmiany technologii budowy) = 8 741 040zł

Podsumowując zmiana kwestionowanych postanowień tabeli 1.1 PFU pozwoli na uzyskanie oszczędności w łącznej wysokości: 33 900 957,27 zł

1. Skrócenie obiektu 12 951 357,21zł

2. Zmiana technologii budowy wraz ze zmianą rozpiętości przęseł 20 949 600 zł

Ustawa z 11.09.2019r. Prawo zamówień publicznych rozszerzyła katalog zasad udzielenia zamówień publicznych m. in. wyrażoną w art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 o zasadę jakości i efektywności ekonomicznej zamówień publicznych.

Genezy tej zasady należy upatrywać w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych oraz Dyrektywie 2014/24/UE, która akcentuje konieczność zapewnienia efektywności wydatkowania środków w ramach zamówień publicznych. Zgodnie z art. 67 ust. 2 Dyrektywy ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z perspektywy zamawiającego określa się na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej. Może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne.

Oferta wybrana zgodnie z zasadą „best value of money” to najkorzystniejsza ekonomicznie oferta wykonania przedmiotu zamówienia przy zapewnieniu jakości i efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych czy gospodarczych. Zasada jakości i

efektywności wymaga, by Zamawiający udzielał zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług, w ramach środków którymi dysponuje oraz z uwzględnieniem celu jakim jest uzyskanie najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Jak wyżej wykazano w realiach niniejszej sprawy Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę jakości jak i efektywności, zarówno w aspekcie ekonomicznym jak i środowiskowym. Narzucona przez Zamawiającego sztywna długość obiektów mostowych (estakad) nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. Nie istnieją dokumenty ani uwarunkowania techniczne nakazujące przyjąć wyznaczone przez Zamawiającego parametry. Oba kwestionowane obiekty będą spełniały swoją funkcję na równym poziomie jak obiekty krótsze. Dopuszczenie możliwości skrócenia obiektu pozwoli na wielomilionowe oszczędności, co wobec zasady best value of money uzasadniania postulowaną niniejszym odwołaniem zmianę PFU.

Podobnie dobór technologii wykonania obiektów i wynikający z niej rozstaw podpór powinien zostać pozostawiony wykonawcy zamówienia. Technologia narzucona przez Zamawiającego w stosunku do innych alternatywnych metod wykonania nie jest technologią najefektywniejszą ani w kontekście efektów ekonomicznych ani w kontekście efektów środowiskowych.

W okolicznościach, gdy przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych w formule "projektuj i buduj" Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą PFU obejmującego opis zadania budowlanego, który stanowi przedmiot zamówienia (art. 103 ust. 2 i 3 PZP). W PFU Zamawiający wyznacza zakres dopuszczalnych rozwiązań projektowych i technicznych, a także precyzuje swoje oczekiwania dotyczące przeznaczenia prowadzonych robót oraz wymogi, jakie nowy obiekt będzie musiał spełniać - techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. PFU w zamówieniach realizowanych w formule projektuj i buduj stanowi opis przedmiotu zamówienia o którym mowa w przepisie 99 ust. 1 PZP.

Zamawiający zamierzając udzielić zamówienia, które opisuje sporządzając PFU winien działać zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym zasadami udzielania zamówień. Oznacza to m. in. obowiązek opracowania przez zamawiającego szczegółowych wymagań dla wykonawcy, aby mógł na ich podstawie samodzielnie, biorąc za to odpowiedzialność, zaprojektować i wybudować objęty zamówieniem obiekt budowlany. W reżimie zamówień publicznych swoboda Zamawiającego w udzielaniu zamówień, realizacji swoich potrzeb doznaje ograniczeń, o których mowa art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP. Zamawiający zobowiązany jest działać z poszanowaniem zasady jakości i efektywności ekonomicznej. W realiach

niniejszego postępowania Zamawiający nie sprostął temu obowiązkowi. Zamówienie, którego oczekuje Zamawiający, a tym samym jego opis nie ma uzasadnienia jakościowego ani ekonomicznego. Przedmiot zamówienia może zostać osiągnięty znacznie mniejszym nakładem, z korzyścią dla środowiska.

Wobec powyższego odwołujący wnosi ak w petitum odwołania.

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. Pełnomocnictwo oraz KRS Odwołującego,
4. Wyciągi z Secocenbud

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 8 września 2021r.

W oparciu o załączone pełnomocnictwo, w imieniu Zamawiającego — Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, przedstawiając poniżej stanowisko Zamawiającego w przedmiocie odwołania z dnia 2 sierpnia 2021 r. złożonego przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73, odcinek Morawica — Wola Morawicka (realizacja w systemie „zaprojektuj i zbuduj”)", nr ref. O.KI.D3.2412.14.2021.az (dalej jako „Zamówienie”), wnoszę o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego się Wykonawcę tj. Strabag sp. z o.o.
3. zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego radcy prawnego w kwocie określonej na fakturze VAT złożonej w dniu posiedzenia wyznaczonego przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

Odnosząc się do treści odwołania wniesionego przez Odwołującego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73, odcinek Morawica — Wola Morawicka (realizacja w systemie „zaprojektuj i zbuduj”)", nr ref. O.KI.D-3.2412.14.2021.az, uprzejmie wyjaśniam co następuje:

Otóż, pismem odwoławczym z dnia 2 sierpnia 2021 r., Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to:

1 art. 121 pkt 1 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz art. 99 ust. 4, art. 16 i 17 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021poz. 1129) dalej zwana „ustawą p.z.p.” poprzez nieuzasadnione, naruszające zasadę uczciwej konkurencji zastrzeżenie orzez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę zadań — robót mostowych w zakresie robót betonowych, które nie mają charakteru kluczowych;

2. art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p., 103 ust. 2 i 3 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę jakości i efektywności ekonomicznej; a w konsekwencji naruszenie:

3. art. 99 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 p.z.p., art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie tego opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności wobec:

a) nieuprawnionego zastrzeżenia do osobistego wykonania zakresu prac betonowych w robotach mostowych;

b) zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z zasadą jakości i efektywności ekonomicznej;

W oparciu o w/w zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmian w zakresie dokumentacji przetargowej poprzez:

1 . wprowadzenie zmian w SWZ Tom I Instrukcja dla Wykonawców (IDW) poprzez usunięcie zastrzeżenia ujętego w pkt 6.5 IDW, tj. obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych;

2. nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ Tom II Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU) w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1 poprzez rezygnację z określenia długości projektowanych obiektów inżynierskich, ewentualnie nakazanie określenia długości z możliwością jej zmiany +1- 10% oraz w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1 nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z wymogu rozstawu podpór pośrednich 100m oraz rezygnacji z wykonania metodą nawisową;

Należy wskazać, że w ocenie Odwołującego, Zamawiający wprowadzając obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych, przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości korzystania przez Wykonawcę

ze zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 p.z.p. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ograniczył w istotny sposób możliwość powierzenia wykonania części zamówienia przez podwykonawców.

W ocenie Odwołującego, wskazany przez Zamawiającego zakres robót nie stanowi kluczowego zadania wymagającego osobistego zaangażowania Wykonawcy. Zamawiający bowiem, korzystając z dyspozycji przepisu art. 121 p.z.p. zastrzegł do osobistego wykonania zadania, które nie są wyjątkowe, ani specyficzne dla przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, cyt. przepis nie daje Zamawiającemu dowolności co do określenia kluczowych części zamówienia. Nie zwalnia też Zamawiającego z obowiązku działania z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności rozumianej jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i celów postępowania.

Wykonanie robót betonowych w ramach obiektów mostowych to zakres istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być jednak uznany za element kluczowy, który wyłącza możliwość skorzystania w tym zakresie z podwykonawców. Na wykonanie bowiem, tego zakresu składają się typowe roboty budowy mostów, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, nie koniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje. W kontekście powyższego, Odwołujący stwierdza, że wskazane przez Zamawiającego prace betonowe nie są pracami wyjątkowymi, niestandardowymi, których osobiste wykonanie przez danego wykonawcę jest uzasadnione i podyktowane praktycznymi względami.

W odniesieniu natomiast do drugiego z podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób bardzo szczegółowy opisał parametry obiektów, do zaprojektowania których i wykonania zobowiązany jest wykonawca. W ten sposób natomiast, Zamawiający narzucił potencjalnym wykonawcom sposób zaprojektowania i metodę wykonania przedmiotu zamówienia. Natomiast, w ocenie Odwołującego, co do części obiektów inżynierskich rozwiązania przyjęte przez Zamawiającego generują dodatkowe, niczym nieuzasadnione koszty. Zdaniem Odwołującego, aktualnie istnieją alternatywne, tańsze i powszechnie dostępne metody budowy obiektów, niż określone przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Powyższe działanie Zamawiającego stanowi zatem, naruszenie zasady jakości i efektywności ekonomicznej.

Mając na uwadze przedstawione w przedmiotowym odwołaniu stanowisko Odwołującego, koniecznym jest podnieść, iż jest ono merytorycznie niezasadne oraz nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Zamawiającego, argumentacja oraz zarzuty podniesione w odwołaniu, a dotyczące naruszenia ww. przepisów ustawy p.z.p. oraz kodeksu cywilnego nie znajdują

odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego i prawnego nin. postępowania. Dlatego też, zdaniem Zamawiającego powyższe odwołanie jako nie odnoszące się w żaden sposób do prawidłowo wykonanych przez Zamawiającego czynności, powinno zostać oddalone z następujących względów.

Otóż, w pierwszej kolejności należy podnieść, iż w dniu 09.09.2021 r. dokonano sprostowania zapisów SWZ poprzez wprowadzenie zmiany treści SWZ, tj.: pkt 6.5. IDW, Rozdział 1, Tom I oraz w dokumencie Dane Kontraktowe, Subklauzula 4.1. Ogólne zobowiązania Wykonawcy, Rozdział 3, Tom II SWZ zmieniające zapis

„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych, z wyłączeniem:

- robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego, oraz
- wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), oraz
- robót wykończeniowych, oraz
- dostaw materiałów i usług.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.”

„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych, dla następujących obiektów inżynierskich wymienionych w Tomie III PFU tj.: E-2 w km ok. 5+204 oraz E-4 w km ok.7+106 (oznaczenia wg. DŚU/KP), z wyłączeniem:

- robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego, oraz
- wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), oraz
- robót wykończeniowych, oraz
- dostaw materiałów i usług.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.”

Należy podnieść, iż zgodnie z uzasadnieniem wyroku KIO z dnia 17 sierpnia 2021r., w sprawach KIO 2120/21 oraz KIO 2128/21 Zamawiający opisał warunki, w jakich będą realizowane obiekty mostowe. Powyższe wynika z dokumentacji PFU oraz decyzji nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach. Zamawiający podkreśla w tym miejscu, że w inwestycjach drogowych, także w przedmiotowym zadaniu, obiekty mostowe stanowią istotną część udzielanego zamówienia i jako takie mogą stać się przedmiotem zastrzeżenia kluczowej części zamówienia.

Zatem, odwołanie w zakresie zarzutu ad. 1 nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy przytoczyć treść przepisu art. 121 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane.

Z kolei, zgodnie z art. 462 ust. 1 p.z.p. wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

W myśl, art. 99 ust. 4 p.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie natomiast, z treścią przepisów art. 16 i 17 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Należy wskazać, iż przepis art. 121 ustawy Pzp stanowi odzwierciedlenie art. 63 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty

złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, przez uczestnika tej grupy.

Możliwość wprowadzenia ograniczenia korzystania z podwykonawców potwierdza także orzeczenie TSUE z dnia 14 lipca 2016 r., sygn. akt. C-406/14, wciąż aktualne, choć zapadłe w oparciu o przepisy uprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/1JE. Zgodnie z pkt 34 ww. orzeczenia jeżeli w dokumentach zamówienia wymaga się od oferentów wskazania w ich ofertach części zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców, zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może zakazać korzystania przy realizacji istotnych części zamówienia z podwykonawców, których kwalifikacji nie może sprawdzić na etapie badania ofert i wyboru zwycięskiego oferenta.

Z powołanego orzeczenia TSUE o sygn. akt C-406/14 obok tezy o możliwości ograniczenia podwykonawstwa w odniesieniu do kluczowej części zamówienia, wynika także wytyczna co do tego, która część zamówienia i w jaki sposób winna zostać zastrzeżona.

Zamawiający zatem, musi ściśle określić zakres kluczowych zadań. Niedopuszczalne są klauzule, które nakładają ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej kluczowego charakteru odnośnych zadań.

Przedkładając powyższe przepisy i analizę prawną na grunt niniejszej sprawy, koniecznym jest podnieść, iż roboty betonowe na dwóch wskazanych obiektach mostowych — estakadach, mają charakter szczególny z uwagi na ich specyfikę i stopień skomplikowania oraz uzasadniają wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców.

Zamawiający precyzyjnie bowiem, wskazał, że kluczowym zadaniem pozostaje wykonanie robót mostowych w zakresie robót betonowych dla obiektów mostowych — estakad przez rzekę Czarna Nida i rzekę Morawkę.

Zamawiający określił również, że ograniczenie to nie dotyczy pozostałych elementów składających się na te obiekty, tj.: robót palowych, posadowienia pośredniego, wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), robót wykończeniowych oraz dostaw materiałów i usług.

Dostrzeżenia wymaga również okoliczność, że Zamawiający jako kluczowe zastrzegł tylko i wyłącznie zadania na dwóch obiektach, które - jego zdaniem - są najtrudniejsze konstrukcyjnie oraz wysoce specjalistyczne dla tej inwestycji.

Wykonanie pozostałych obiektów mostowych oraz wykonanie pozostałych robót na tych obiektach mostowych wykonawca może podzlecić podwykonawcom.

W tym miejscu należy wskazać, iż w inwestycjach drogowych, także w przedmiotowym zadaniu, obiekty mostowe stanowią istotną część udzielanego zamówienia i jako takie mogą stać się przedmiotem zastrzeżenia kluczowego zadania.

Jak podniesiono wyżej Zamawiający wprowadził zmianę zapisów SWZ Tom I Instrukcja Dla Wykonawców (IDW) w dniu 09.09.2021 r. i ograniczył konieczność osobistego wykonania robót mostowych w zakresie robót betonowych do obiektów oznaczonych w OPZ jako:

ED w km ok. 5+204 - estakada w ciągu drogi głównej DK 73 nad rzeką i doliną rzeki Czarna Nida,

ED w km ok. 7+106 - estakada w ciągu drogi głównej DK 73 nad rzeką i doliną rzeki Morawka

Wskazane wyżej obiekty, z punktu widzenia Zamawiającego, są kluczowe jeżeli chodzi o dotrzymanie terminu i wymaganej przez Zamawiającego jakości wykonania zadania (wybudowania Obwodnicy Morawicy i woli Morawickiej w ciągu DK73). Obydwie estakady zostały przewidziane do realizacji w technologii betonu sprężonego jako obiekty znacznych rozmiarów: długość około 500m (ED w km ok. 5+204) oraz długość około 370m (obiekt ED w km ok. 7+106) przy jednoczesnym zachowaniu dużego rozstawu podpór pośrednich który dla pierwszego obiektu wynosi około 100m a dla drugiego około 92,5m.

Odwołujący w Odwołaniu wskazuje, iż „(...) prace betonowe na obiektach mostowych nie są pracami wyjątkowymi, niestandardowymi, których osobiste wykonanie przez danego wykonawcę byłoby uzasadnione i podyktowane praktycznymi względami Zakres ten obejmuje standardowe prace związane z budową obiektów mostowych, powtarzalne niemal w każdym zamówieniu dotyczącym obiektów infrastrukturalnych. Niezależnie od tego, czy prace betonowe będą realizowane wyłącznie przez wykonawcę czy częściowo przez podwykonawców, wykonawca w pełni odpowiada za prawidłowe ich wykonanie”.

Odwołujący w całym wywodzie zmierzającym do przywołanej konkluzji pominął bardzo istotne zagadnienie polegające na ułożeniu zbrojenia w wykonanych szalunkach, jego zastabilizowaniu w sposób zapewniający rozmieszczenie wkładek zbrojących w miejscach przewidzianych projektem. Odwołujący stara się deprecjonować rangę zakresu robót przeznaczonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania zarzucając mu brak charakteru zadania kluczowego oraz niezachowanie proporcjonalności do wartości i celów przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia wymaga więc fakt, iż bezpośredni wpływ na wytrzymałość obiektów wykonywanych z betonu zbrojonego i sprężanego ma sposób, miejsce, ułożenia zbrojenia lub kabli sprężających oraz sposób ułożenia, zagęszczenia i pielęgnacji mieszanki betonowej. Uzyskanie parametrów wytrzymałościowych obiektu mostowego wykonanego ze zbrojonego lub sprężonego betonu uzależnione jest bezpośrednio od dokładności wykonania, ułożenia, stabilizacji zbrojenia oraz od dokładności ułożenia, zagęszczenia i pielęgnacji mieszanki. Mieszanka betonowa jest materiałem, którego właściwości mechaniczne są bardzo uzależnione od sposobu transportu, ułożenia, zagęszczenia i pielęgnacji. Badania próbek z betonu cementowego odbywać się mogą po dochowaniu rygorystycznych wymagań dotyczących pobrania tych próbek oraz ich zagęszczenia i pielęgnacji, opisanych w normach. Niedotrzymanie tych reżimów technologicznych skutkuje nieosiągnięciem przez beton cementowy (związaną mieszankę betonową) zakładanych właściwości, mimo, iż sama mieszanka była wykonana z właściwych materiałów zgodnie z właściwą recepturą.

Równie kluczowe jest miejsce ułożenia wkładek zbrojeniowych i sprężających. Miejsce faktycznego ułożenia w przekroju na budowie wkładek zbrojeniowych i sprężających warunkuje osiągnięcie przewidzianego przez projektanta stanu sił wewnętrznych w przekroju.

Wszelkie niedokładności w tym zakresie, co pomija Odwołujący, mają bezpośredni wpływ na osiągnięcie przez obiekty mostowe zakładanej nośności, trwałości. Zamawiający wymaga więc, by osobiście przez Wykonawcę został wykonany cały szereg czynności, który pozwoli na uzyskanie materiału żelbetu, posiadającego wymagany zestaw cech warunkujący bezpieczeństwo użytkowania konstrukcji, co w sposób bezpośredni przekłada się na możliwość zapewnienia bezpieczeństwa życia i zdrowia osób korzystających z tych obiektów.

Zamawiający podkreśla, iż w przypadku betonowych konstrukcji zbrojonych wytworzenie właściwego „materiału” odbywa się dopiero na budowie. Odmienne niż przy produkcji stali konstrukcyjnej, cegieł, czy mieszanki betonowej, dopiero właściwie zazbrojony, ułożony i pielęgnowany beton będzie materiałem, który powinien osiągnąć wymagane parametry. Dopiero właściwe wykonanie szalunku, ułożenie zbrojenia, ułożenie mieszanki betonowej, jej zagęszczenie i pielęgnacja umożliwią uzyskanie zamówionego, zgodnego z wymaganiami produktu. Nie zapewnią tego traktowane rozdzielnie mieszanka betonowa zgodna z zatwierdzoną receptą czy stal zbrojeniowa bądź sprężająca właściwej klasy. Dopiero właściwe wykonanie robót betonowych, rozumiane jako ułożenie w szalunku zbrojenia,

mieszanki betonowej, jej zagęszczenie i pielęgnacja umożliwia, z materiałów posiadających właściwe parametry uzyskać właściwy żelbet.

Z drugiej strony, niewłaściwe wykonanie betonowania, nawet z materiałów spełniających lub przewyższających stawiane wymagania, nie umożliwi wykonania żelbetu — betonu zbrojonego, bądź sprężonego, spełniającego wymagania.

Z uwagi na istotność wykonania i ułożenia zbrojenia w elementach betonowych zostało to uregulowane w normach: PN-EN 1992-2 Eurokod 2 Projektowanie konstrukcji z betonu Część 2: Mosty z betonu Obliczanie i reguły konstrukcyjne, oraz PN-EN 1992-1-1 Eurokod 2 Projektowanie konstrukcji z betonu: Część 1-1 : Reguły ogólne i reguły dla budynków.

Jako potwierdzenie powyższego jest rezygnacja Zamawiającego z konieczności osobistego wykonania betonowych prefabrykatów konstrukcyjnych. Wykonanie takich prefabrykatów w wytwórni, z możliwością kontroli wymienionych wyżej aspektów ułożenia zbrojenia oraz ułożenia mieszanki betonowej, jej zagęszczenia i pielęgnacji, umożliwia uzyskanie prefabrykatu spełniającego wymagania, który to prefabrykat może być dodatkowo, w ramach wytwórni lub na budowie, sprawdzony i w przypadku wady wymieniony. Podkreślając ponownie — w warunkach wytwórni prefabrykatów istnieje możliwość dokładnej kontroli wszystkich elementów wpływających bezpośrednio na wytrzymałość prefabrykatów betonowych, czyli wspomniane wyżej ułożenie zbrojenia, sposób ułożenia mieszanki betonowej oraz sposób zagęszczenia tej mieszanki i jej pielęgnacja. Niedotrzymanie zaś reżimów technologicznych w tym zakresie, skutkujące brakiem uzyskania wymaganych parametrów przez prefabrykat, skutkuje odrzuceniem takiego prefabrykatu.

W przypadku obiektów mostowych, z uwagi na skalę obiektu, czasochłonność i kapitałochłonność ich wykonania, wady wynikające z błędów w wykonaniu betonowania, skutkujące brakiem wymaganej nośności obiektu mostowego, skutkują, w zależności od zakresu odstępstw od wymagań, albo koniecznością podjęcia prac wzmacniających i zwiększających nośność obiektów, albo ich całkowitą rozbiórkę.

Z uwagi więc na kluczowe znaczenie uzyskania przez obiekty mostowe wymaganej nośności, konieczne jest wykonanie robót betonowych osobiście przez Wykonawcę. Wszelkie błędy w zakresie betonowania w sposób bezpośredni przełożą się na nośność obiektu mostowego a naprawa bądź rozbiórka obiektu mostowego w sposób dramatyczny wpłynie na koszt wykonania zadania oraz czas ukończenia zadania.

Zamawiający zastrzega więc do osobistego wykonania wyłącznie niektóre zadania wchodzące w zakres zamówienia, i to tylko niektóre z obiektów inżynierskich. Zamawiający

nie zastrzega do osobistego wykonania robót betonowych na pozostałych obiektach inżynierskich, takich jak przepust czy konstrukcje oporowe.

Reasumując w opinii Zamawiającego technologia budowy tego typu obiektów, przy zachowaniu dotychczas uzyskanych w tym zakresie opinii, decyzji i uzgodnień (m.in. DOSU) wymaga specjalistycznej wiedzy i doświadczenia Wykonawcy w prowadzenia tego typu robót a właściwe ich zaplanowanie, oraz niezakłócony proces realizacji przy zachowaniu odpowiedniego reżimu technologicznego, będą czynnikami decydującymi o dotrzymaniu terminu umownego. A zatem ostatecznie o powodzeniu całego planowanego do realizacji przedsięwzięcia będzie decydował termin i jakość realizacji w/w obiektów mostowych, stąd Zamawiający podtrzymuje ograniczenie dot. konieczności osobistego wykonania części zamówienia zgodnie ze zmianą wprowadzoną do SWZ w dniu 09.09.2021 r.

Mając powyższe na uwadze, należy podnieść, iż w nin. postępowaniu, określenie przez Zamawiającego kluczowych zadań zamówienia nastąpiło zatem przez pryzmat tego, że będą to najważniejsze elementy zamówienia, które mają dla zamawiającego największe znaczenie oraz posiadają najbardziej skomplikowany stopień wykonania.

Dla budowy drogi krajowej, konstrukcje mostowe są bez wątpienia istotnymi i specjalistycznymi elementami drogi i nie są elementami powtarzalnymi w tego typu zadaniach inwestycyjnych, jak np. elementy drogi takie jak wykopy, nasypy. Zamawiający określając zakres osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań opisanych w SWZ, dążył więc do uniknięcia sytuacji, w której to niedoświadczony, nieposiadający odpowiedniego zaplecza technicznego, logistycznego i kadrowego oraz przede wszystkim zweryfikowanego doświadczenia do realizacji inwestycji podmiot, podejmie się realizacji kluczowych elementów zamówienia, które w przedmiotowym przypadku realizowane będą w szczególnych warunkach. Należy przy tym wskazać, że wykonawca, który samodzielnie nie jest w stanie wykonać wskazanego przez Zamawiającego w SWZ zakresu zamówienia, na gruncie przepisów Pzp jest uprawniony do nawiązania współpracy z innym podmiotem w ramach konsorcjum, co umożliwi spełnienie warunków stawianych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto, na uwagę zasługuje, co w nin. sprawie wydaje się okolicznością nie do przecenienia, że zastrzeżony obowiązek osobistego wykonania części robót został skorelowany z warunkami udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Wykonawcy, tj.:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej:

a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 130 000 000, 00 PLN netto

b) budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m. ” a także z opisem przedmiotu zamówienia zamieszczonym w pkt 6.1. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) i Ogłoszeniu o zamówieniu, gdzie Zamawiający wymienia jako istotne do wykonania obiekty mostowe: obiekt mostowy nad rzeką Czarna Nida i obiekt mostowy nad rzeką Morawka.

Tym samym, wykonawca musi wykazać się swoim osobistym doświadczeniem w zakresie budowy obiektów mostowych na potwierdzenie odnośnych warunków udziału w postępowaniu. Wybór wykonawcy zdolnego bowiem, do samodzielnego wykonania kluczowych zadań (którego doświadczenie w tym zakresie jest badane przez Zamawiającego w toku weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu), umożliwia Zamawiającemu, w toku postępowania przetargowego wyłonienie podmiotu posiadającego odpowiednie doświadczenie, zaplecze, dającego gwarancję należytego wykonania umowy, w tym kluczowych zadań, a tym samym podmiotu o ustabilizowanej pozycji rynkowej, i zweryfikowanym przez Zamawiającego doświadczeniu korespondującym z zastrzeżonym kluczowym zadaniem.

Osobiste zaangażowanie wybranego wykonawcy w kluczowe zadania, zwiększa bowiem prawdopodobieństwo prawidłowego wykonania tegoż szczególnego elementu, a w konsekwencji również całego przedmiotu zamówienia z należytą starannością oraz w wyznaczonych przez Zamawiającego terminach.

Wreszcie, koniecznym jest podnieść, iż w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich stwierdzeń jakoby prace betonowe na obiektach mostowych były pracami standardowymi. W treści odwołania próżno szukać rzeczowego, merytorycznego wyводу. Odwołujący w zasadzie koncentruje się tylko na przywoływaniu orzeczeń KIO zapadłych w innych stanach faktycznych.

Odnosząc się natomiast do drugiej części zarzutów odwołania, tj. naruszenia zasady jakości i efektywności ekonomicznej poprzez zbyt szczegółowe opisanie parametrów obiektów, do zaprojektowania których i wykonania zobowiązany jest wykonawca, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż parametry wskazane w PFU wynikają bezpośrednio z zapisów Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach (DŚU). Zamawiający wyjaśnia, że parametry obiektów oznaczonych w OPZ jako:

ED w km ok. 5+204 - estakada w ciągu drogi głównej DK 73 nad rzeką i doliną rzeki Czarna Nida,

ED w km ok. 7+106 - estakada w ciągu drogi głównej DK 73 nad rzeką i doliną rzeki Morawka zostały określone w dotychczas uzyskanych opiniach, uzgodnieniach i decyzjach w tym DOSU. Załącznik do Decyzja nr 6/2018 z dnia 20.08.2018r. o środowiskowych uwarunkowanych planowanego do realizacji przedsięwzięcia, wydanej przez Burmistrza Miasta i Gminy Morawica, dość szczegółowo określa wymagania środowiskowe dla w/w obiektów inżynierskich w zakresie długości obiektów (około 500m dla estakady ED w km ok. 5+204 oraz około 370m dla estakady ED w km ok. 7+106) jak i odległości między podporami (w pierwszym przypadku jest to około 100m a w drugim jest to około 92,5m).

Zapisami na stronie 10 DŚU Zamawiający został zobligowany do zastosowania się do następujących postanowień :

Prace związane z budową drogi krajowej obejmować będą m.in.:

pkt.4. budowę mostu — estakady o długości ok. 500 m w km ok. 5+490 nad rzeką Czarna Nida; każda jezdnia na oddzielnym obiekcie (konstrukcji), oparcie na filarach żelbetowych o rozstawie ok. 100 m, światło pionowe ok. 6 m, pkt 6. budowę czteroprzęsłowego mostu — estakady o długości ok. 370 m w km ok 7+250 nad rzeką Morawka wraz z wykonaniem umocnienia brzegów rzeki; oparcie na filarach żelbetowych o rozstawie ok. 92,5 m, światło pionowe ok. 5 m, krawędzie obiektu zabezpieczono ekranem przeciwoślńieniowym o wysokości ok. 2,5 m pełniącym rolę balustrady.

Dostrzeżenia także wymaga, iż w charakterystyce planowanego przedsięwzięcia, w tym dot. obiektów mostowych stanowiących treść załącznika do DŚU należy dostrzec punkty w których DŚU określa precyzyjnie parametry obiektów inżynierskich, i tak : lit. f) Most nad rzeką Czarna Nida oznaczony jako :

Estakadę o długości ok 500 m w km ok. 5+490 nad rzeką Czarna Nida zaprojektowano w postaci dwóch oddzielnych konstrukcji, po jednej dla każdej jezdni drogi krajowej. Most posiadać będzie konstrukcje skrzynkowe z betonu sprężonego. Pod względem statycznym są to belki ciągłe, których podparcie stanowią podpory obiektu. Estakada zostanie wsparta na trzech żelbetowych filarach, odległość pomiędzy podporami wynosić będzie ok. 100 m. Przekrój poprzeczny obiektu został dostosowany do przekroju drogi krajowej. Obiekt posiadać będzie klasę obciążenia A wg PN-85/S-10030 „Obiekty mostowe. Obciążenia”

lit h) Most nad rzeką Morawka oznaczony jako

Estakada o ok. km 7+250 o długości ok. 370 m nad rzeką Morawka będzie obiektem czteroprzęsłowym o konstrukcji łuków z jazdą dołem, zapewniając znaczną przestrzeń do meandrowania cieku oraz migracji zwierząt. W przekroju poprzecznym zaprojektowano dwie jezdnie po dwa pasy ruchu o szerokości 3,5 m. Po stronach zewnętrznych obiektu

zaprojektowano chodniki robocze szerokości 0,9 m. Krawędzie obiektu zabezpieczone zostaną ekranem przeciwolśnieniowym o wysokości 2,5 m pełniącym rolę balustrady. Posadowienie podpór jako pośrednie poprzez pale żelbetowe wielkośrednicowe, odległość pomiędzy podporami wyniesie ok. 90 m. Światło pionowe wyniesie ok. 5 m. Obiekt posiadać będzie klasę obciążenia A wg PN-85/S/-10030 „Obiekty mostowe. Obciążenia”. Przekrój poprzeczny obiektu został dostosowany do przekroju drogi krajowej.

Zgodnie postanowieniami w/w DŚU Zamawiający konstruując dokumenty zamówienia był zobligowany do minimum ograniczyć ingerencję w obszar chroniony Natura 2000 Dolina Czarnej Nidy oraz ingerencję w dolinę meandrującej rzeki Morawka, która charakteryzuje się cennymi przyrodniczo terenami.

Dostrzeżenia wymaga, co wynika wprost z przedmiotowej decyzji, iż realizacja przedmiotowej inwestycji jest związana z zajętością siedlisk, które podlegają ochronie w obszarze Natura 2000. Inwestycja objęta przedmiotem zamówienia, w tym budowy mostów spowoduje zajęcie ok. 3,5 ha siedliska przyrodniczego o kodzie 91 EO- Łęgi wierzbowe, topolowe, olszowe i jesionowe w obszarze Natura 2000. W uzasadnieniu niniejszej decyzji środowiskowej wskazuje się, iż całkowita powierzchnia w/w siedliska w obszarze Dolina Czarnej Nidy wynosi 85,10 ha , co oznacza iż dojdzie do zajęcia ok 4 % siedliska. Najmniejsza zajętość siedliska ma nastąpić na odcinku, gdzie droga będzie przebiegać w formie estakady nad Czarną Nidą a zajęcie ma mieć charakter punktowy, nie stanowiący bariery w przepływie genów pomiędzy płatami siedliska.

Ponadto, w ślad za wytycznymi wynikającymi z DUS realizacja planowanej obwodnicy będzie związana z ingerencją w ciek. Dla zabezpieczenia ekosystemu wodnego rzek Czarna Nida i Morawka oraz ciek Łabędziów wszelkie prace związane z budową nowych obiektów mostowych oraz umocnienia koryt cieków, należy prowadzić w miarę możliwości z brzegów, co pozwoli ograniczyć do minimum ingerencję w środowisko gruntowo — wodne i maksymalnie ograniczyć zmętnienie wody.

Powyższe oznacza, iż wykonanie przedmiotowych obiektów wskazanych w tabeli nr 1.1 pkt 2 i 5 PFU metodą nawisową będzie stanowiło technologię najmniej ingerującą w środowisko naturalne, a co za tym nie spowoduje przez Zamawiającego naruszeń DŚU, do której przestrzegania Zamawiający jest zobligowany.

Stąd konieczność realizacji obiektów (estakad) metodami umożliwiającymi jak najmniejszą ingerencję w przyrodę w dolinach rzek. Zaproponowana technologia metodą nawisową wykonania estakad wiąże się z potrzebą ochrony przyrody w szerokim znaczeniu.

Zatem zdaniem Zamawiającego nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego podnoszone w odwołaniu że: „Skoro przedmiot zamówienia realizowany jest w systemie Zaprojektuj i Buduj, to oznacza, że wszelkie elementy oferty odnoszące się do finalnego efektu, jaki zamierza osiągnąć Zamawiający leżą po stronie wykonawcy (...). Nie znajduje w związku z tym uzasadnienie narzucenia wykonawcom zbyt szczegółowych parametrów obiektów, skoro za ich zaprojektowanie odpowiada wykonawca”. W tym przypadku podstawowe parametry obiektów określone w OPZ takie jak ich długości czy rozstaw podpór zostały już ustalone w poprzedzających decyzjach administracyjnych a zatem zarówno Zamawiający jak i Wykonawca są obowiązani do ich przestrzegania.

Odnosząc się do kwestii wskazania w OPZ konkretnej technologii wykonania w/w obiektów inżynierskich tj. metody nawisowej to zdaniem Zamawiającego jest ona optymalna z uwagi na przeszkody którymi są cenne przyrodniczo obszary tj. dolina rzeki i rzeka Czarna Nida oraz dolina rzeki i rzeka Morawka.

Metoda nawisowa to rozwiązanie które umożliwia pokonywanie wszelkiego typu przeszkód terenowych. Świetnie nadaje się do budowy mostów o rozpiętości przęseł wynoszącej od około 70 do około 200 m w przypadku kiedy nie ma możliwości oparcia deskowania na podłożu ze względu na warunki terenowe. Dzięki niej możliwe jest wykonywanie obiektów i pokonywanie takich przeszkód, jak ciekły wodne, cenne przyrodniczo tereny, istniejące drogi czy linie kolejowe. Brak podparcia przęsła za pomocą tradycyjnych rusztowań znacząco zmniejsza powierzchnię placu budowy i pozwala realizować obiekty przy zachowaniu minimalnej ingerencji w ekosystem.

W przypadku realizacji estakad w ciągu Obwodnicy Morawicy w ciągu DK 73 metodą nawisową ingerencja w obszary objęte ochroną będzie tylko punktowo (w miejscach lokalizacji podpór stałych obiektu) a wszelkie roboty technologiczne takie jak: zakładanie rusztowań i szalunków czy układanie zbrojenia odbywać się będzie bezpośrednio z wykonanych wcześniej segmentów konstrukcji obiektu. Zatem brak jest bezpośredniej ingerencji w teren pod obiektem co ma miejsce np. w przypadku wykonania obiektu w technologii rusztowań stacjonarnych. Porównując technologię nawisową do technologii nasuwania podłużnego podnoszoną przez Wykonawcę w odwołaniu jako technologię równoważną należy wskazać, że w przypadku estakad w ciągu obwodnicy Morawicy gdzie została określona w decyzji środowiskowej odległość między podporami na około 100m będzie zachodzić konieczność budowy dodatkowych podpór tymczasowych między podporami stałymi. Wiązać się będzie to z koniecznością wykonania robót dodatkowych takich jak roboty ziemne (wykopy, nasypy) utwardzenie dodatkowych powierzchni, wzniesienie dodatkowych konstrukcji (podpór). W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego,

metoda nasuwania podłużnego będzie wiązać się z koniecznością dodatkowego przekształcenia terenów. cennych przyrodniczo a więc większej ingerencji w środowisko naturalne. Budowa i późniejsza eksploatacja dróg technologicznych, o czym jest mowa w odwołaniu Wykonawcy, będzie wymagana w obu technologiach chociażby z uwagi na konieczność budowy podpór stałych obiektów.

Ponadto w przypadku obiektu ED w km ok. 7+106 — estakada w ciągu drogi głównej DK 73 nad rzeką i doliną rzeki Morawka — z uwagi na zapisy decyzji środowiskowej które mówią o konieczności stosowania konstrukcji łukowej, zastosowanie metody nasuwania podłużnego dla tego obiektu jest wręcz niemożliwe.

Na marginesie Zamawiający pragnie dodać że technologie metody nawisowej stosował dla mostu oznaczonego symbolem MS-30.1 nad rzeką Drwęcą w ciągu drogi ekspresowej S7. Jest to obiekt trójprzęsłowy z betonu sprężonego, który powstał nad doliną rzeki Drwęcy jako część drogi ekspresowej S7 na pododcinku (Rychnowo—Olsztynek). Zaprojektowana rozpiętość przęseł nurtowych mostu wynosiła 100 m, dlatego też zdecydowano się na jego realizację w technologii nawisowej. Ponadto, dzięki zastosowaniu tej metody zdecydowanie ograniczono ingerencję w środowisko i zapewniono ochronę doliny rzeki Drwęcy objętej programem Natura 2000 co w przypadku obwodnicy Morawicy w ciągu DK 73 jest również elementem kluczowym i decydującym o zgodności realizacji procesu inwestycyjnego z wydanymi dotychczas uzgodnieniami, opiniami i decyzjami.

Mając powyższe na względzie nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż podstawą opracowania dokumentacji projektowej, zgodnie z opisem Zamawiającego zawartym w pkt 1.2. PFU są m. in. następujące dokumenty:

1) Prognozy ruchu pn.: „Prognoza ruchu dla odcinka drogi: DK73 Kielce — Morawica i obw. Morawicy i Woli Morawickiej z uwzględnieniem zmian w sieci drogowej w obszarze inwestycji m.in. DW763 i DW766” (R. Wojdyński (DPI-WAR), GDDKiA, 2016 r.)

2) 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:

- Dokumentacji hydrogeologicznej określającej warunki hydrogeologiczne pod projektowaną budowę obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 odcinek II: Morawica-Wola Morawicka, zatwierdzonej przez Marszałka Województwa Świętokrzyskiego decyzją pismo znak: ŚOV.7431.13.2020 z dnia 29.07.2020 r.,

- Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej określającej warunki geologiczno inżynierskie pod projektowaną budowę obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 odcinek: Morawica-Wola Morawicka, zatwierdzonej przez Marszałka Województwa Świętokrzyskiego decyzją pismo znak: ŚOV.7441.5.2020 z dniam28.12.2020 r.,

Dokumentacji badań podłoża gruntowego pod projektowaną budowę obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 odcinek: Morawica- Wola Morawicka,

Dokumentacji badań geofizycznych,

- 3) decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) z wyłączeniem zakresu zmian, przewidzianych w PFU, które należy usankcjonować w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko,

Decyzja nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach, znak: ITB.6220.4.2017.LTz dnia 20.08.2018 r.

- 4) wyników Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego (GPR), 5) decyzji/opinii Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, 6) raportu oddziaływania na środowisko, (...)

W kwestionowanej przedmiotowym odwołaniem tabeli Zamawiający określił przeszkody dla poszczególnych obiektów tam wskazanych, co rzutuje na rzetelność opisu przedmiotu zamówienia oraz dochowanie należytej staranności. Ponadto Zamawiający wskazał w wymogach funkcjonalnych „Parametry zgodnie z DŚU”. Kluczowym natomiast dokumentem determinującym parametry techniczne i funkcjonalne obiektów inżynierskich są uwarunkowania środowiskowe zawarte w decyzji DŚU.

Wobec powyższego całkowicie niezrozumiałym a tym samym chybiony pozostaje zarzut zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z zasadą jakości i efektywności ekonomicznej, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należyłą starannością.

Tym, samym, mając powyższe na uwadze, w świetle całokształtu okoliczności prawnych oraz faktycznych, wnoszę jak petitum niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Pismo odwołującego z dnia 11 września 2021r.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania o nazwie: Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73, odcinek Morawica — Wola Morawicka (realizacja w systemie „projektuj i buduj”).

Pismo przygotowawcze odwołującego

W imieniu Strabag sp. z o.o. w związku z odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego przekazaną w dniu 10.09.2021r. oraz w związku ze zmianą SWZ cofam odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań (robót mostowych - robót betonowych), tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 121 pkt 1 PZP, w zw. z art. 462 ust. 1 PZP oraz art. 99 ust. 4 PZP, art. 16 i 17 PZP.

Oświadczam, że podtrzymuję zarzuty odwołania w pozostałym zakresie - w zakresie udzielenia zamówienia i dokonania jego opisu w sprzeczny w zasadami jakości i efektywności ekonomicznej, tj. zarzutu zawartego w pkt 2 i 3b odwołania:

- art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1, 103 ust. 2 i 3 PZP poprzez prowadzenie postępowania o udzielanie zamówienia w sposób naruszający zasadę jakości i efektywności ekonomicznej, a w konsekwencji powyższego naruszenia naruszenie:
- art. 99 ust. 4 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3, art. 16 PZP i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP poprzez-naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji- oraz równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i dokonanie tego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności wobec zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z zasadą jakości i efektywności ekonomicznej.

W zakresie wniosków odwołania wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1 zmiany SWZ Tom II Program Funkcjonalno Użytkowy (PFU) w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. poprzez rezygnację z określenia długości projektowanych obiektów inżynierskich, ewentualnie nakazanie określenia długości z możliwością jej zmiany +/- 10 % oraz w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z wymogu rozstawu podpór pośrednich 100m oraz rezygnacji z wymogu wykonania metodą nawisową,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania, dowodu załączonego do odwołania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

Politechnika Warszawska

Instytut Dróg i Mostów, Al. Armii Ludowej 161

Warszawa, dnia 2 września 2021 roku

Opinia w sprawie proponowanej koncepcji budowy estakad

1. Prawidłowość określenia w tabeli 1.1. długości obiektów nr 2 (obiekt nad rzeką Nida) i nr 5 (nad rzeką Morawka) w świetle postanowień PFU określających dane wyjściowe do projektowania i obowiązujących zasad projektowania obiektów inżynierskich .

Zamawiający w kontrakcie „projektuj i buduj” powinien na podstawie aktualnych przepisów, opracowań geotechnicznych, hydrologicznych i dotyczących szeroko rozumianych uwarunkowań środowiskowych (obszar „Natura 2000”), a także innych jemu dostępnych danych ustalić założenia/wymagania do projektowania ww estakad.

Z opisu przeszkody i warunków realizacji prac na danym obszarze może wynikać sugestia zawarta w PFU dotycząca liczby i rozstawu podpór oraz rozpiętości przęseł, ale ze względu na formę kontraktu („projektuj i buduj”) nie powinna być to informacja wiążąca dla Wykonawcy, Wynika to z faktu, że można tę samą przeszkodę pokonać konstrukcją o innych rozpiętościach przęseł i w innej technologii spełniając te same warunki, ale przy niższych kosztach.

Reasumując, narzucanie obligatoryjnie rozpiętości/liczby podpór można uznać za błędne w formule przetargu „projektuj i buduj” jeśli istnieją inne, bardziej ekonomiczne i równie trwałe rozwiązania umożliwiające pokonanie tej samej przeszkody. Tak jest w omawianym przypadku.

Warto podkreślić, że wymagania Zamawiającego w zakresie rozpiętości przęseł, liczby podpór, rodzaju konstrukcji i materiału konstrukcyjnego oraz technologii wykonania obiektu nie wynikają z przepisów ogólnych zasad projektowania i znacząco wykraczają poza formułowane wymagania dla przetargów „projektuj i buduj”, które skupiają się na wspomnianym powyżej szczegółowym opisie przeszkody i warunków realizacji prac.

2. Czy jest uzasadnione, w świetle postanowień PFU i obowiązujących przepisów, ograniczenie technologii wykonania obiektów Inżynierskich do technologii nawisowej ?

PFU nie definiuje bezpośrednio obowiązku wykonywania betonowego mostu belkowego metodą nawisową. Z warunków dodatkowych, opisanych w p, 1 opinii (rozstaw podpór i rozpiętość przęsła) wynika, że Zamawiający pośrednio wymusza na Wykonawcy wykorzystanie tej konkretnej metody budowy. Ze względu na duży stopień skomplikowania i wysokie koszty jest ona stosowana w kraju rzadko i stanowi w praktyce istotne ograniczenie

konkurencji, a co za tym idzie generuje wzrost wartości ofert i kosztów realizacji inwestycji przez Zamawiającego.

Cel Zamawiającego może być zrealizowany mniejszym kosztem finansowym bez większej szkody dla środowiska przy użyciu innych technologii budowy.

Czynnikiem istotnym, który stanowi kryterium wyboru technologii jest, oprócz kosztów, przede wszystkim obszar zajętego terenu („Natura 2000”) i czas Jego zajęcia. Można także dodać coś niemierzalnego tj. „intensywność” użytkowania tego terenu chronionego w czasie budowy. Niewątpliwie budowa obiektu w jakiegokolwiek technologii wymaga budowy drogi technologicznej. W przypadku metody nawisowej lub na pełnych rusztowaniach droga technologiczna będzie intensywnie wykorzystywana do budowy podpór i całych przęseł, czyli przez cały okres budowy, natomiast przy metodzie nasuwania podłużnego droga będzie wykorzystywana jedynie do budowy podpór, czyli krócej i mniej intensywnie. W konsekwencji przy metodzie nasuwania wpływ budowy na środowisko w chronionym obszarze byłby mniejszy, Powyższe uwagi dotyczą obiektu nad rzeką Nidą w obszarze chronionym „Natura 2000”.

Natomiast obiekt nad rzeką Morawką powinien zostać zbudowany bez określania specjalnych, dodatkowych warunków przez Zamawiającego poza wymaganiami wynikającymi wprost z przepisów ogólnych, ponieważ obiekt znajduje się poza terenem chronionym.

Podsumowując można stwierdzić, że wprowadzenie przez Zamawiającego w PFU ograniczeń dotyczących rozpiętości przęseł i rozstawu podpór oraz narzucenie technologii budowy przęseł metodą nawisową nie wynika z jakichkolwiek przepisów i wiedzy technicznej, natomiast istotnie ogranicza konkurencję. Za to w nieuzasadniony sposób zwiększa koszty realizacji robót i wartość ofert.

Politechnika Warszawska Wydział Inżynierii Lądowej Instytut Dróg i Mostów Warszawa Al. Armii Ludowej 6

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA USTALIŁA I ZWAŻYŁA

Krajowa Izba Odwoławcza dalej Izba rozstrzygając zawisły spór rozpatrzyła argumentację faktyczną i prawną zawartą w pismach procesowych stron to jest w odwołaniu z dnia 2 sierpnia 2021r. (strona 4-19 uzasadnienia), odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z dnia 8 września 2021r. (strona 19-34 uzasadnienia), pisma odwołującego z dnia 11 września 2021r. wraz z załączoną z dnia 2 września 2021r. Opinią w sprawie proponowanej koncepcji budowy estakad wydanej przez Politechnikę Warszawską Wydział Inżynierii Lądowej Instytut Dróg i Mostów, jako stanowiska odwołującego (strona 35-37 uzasadnienia) oraz złożoną na posiedzeniu i rozprawie argumentację stron. W oparciu o powyższe Izba dokonała ustaleń na podstawie przekazanej do akt sprawy dokumentacji prowadzonej przez zamawiającego w wyniku przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego uwzględniając postanowienia Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego element specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) oraz postanowienia Decyzji nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach wydanej przez Burmistrza Miasta i Gminy Morawica z dnia 20.08.2018 Znak: ITB.6220.4.2017 LT na wniosek zamawiającego.

We wniesionym odwołaniu zarzuca się naruszenie przepisów PZP w związku z opisem przedmiotu zamówienia, w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zamówienia o wartości powyżej progów unijnych (ogłoszenie o zamówieniu Dz. Urz. U. E. z dnia 21 lipca 2021r. poz. 2021/S 139-368749) dla zadania o nazwie: Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 odcinek Morawica – Wola Morawicka (realizacja w systemie „projektuj i buduj”).

Odwołujący wnosi odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności i zaniechania zamawiającego w ustaleniu warunków i dokumentów postępowania (SWZ IDW, PFU), przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z PZP, polegającego na:

1. zastrzeżeniu przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych,
2. zamiarze udzielenia zamówienia i dokonaniu jego opisu w sposób sprzeczny w zasadami jakości i efektywności ekonomicznej.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie:

1.art. 121 pkt 1 PZP w zw. z art. 462 ust. 1 PZP oraz art. 99 ust. 4 PZP, art. 16 i 17 PZP przez nieuzasadnione, naruszające zasadę uczciwej konkurencji zastrzeżenie przez zamawiającego osobistego wykonania przez wykonawcę zadań – robót mostowych w zakresie robót betonowych, które nie mają charakteru kluczowych,

2. art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1, 103 ust. 2 i 3 PZP przez prowadzenie postępowania o udzielanie zamówienia w sposób naruszający zasadę jakości i efektywności ekonomicznej,

w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1 i 2 naruszenie:

3. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3, art. 16 PZP i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie tego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności wobec:

a) nieuprawnionego zastrzeżenia osobistego wykonania zakresu prac betonowych w ramach robót mostowych,

b) zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z zasadą jakości i efektywności ekonomicznej.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniesiono o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. wprowadzenia zmian w SWZ Tom I Instrukcja dla Wykonawców ("IDW") przez usunięcie zastrzeżenia ujętego w pkt 6.5 IDW tj. obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych,
2. nakazanie zamawiającemu zmiany SWZ Tom II Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU) w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. przez rezygnację z określenia długości projektowanych obiektów inżynierskich, ewentualnie nakazanie określenia długości z możliwością jej zmiany +/- 10 % oraz w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z wymogu rozstawu podpór pośrednich 100m oraz rezygnacji z wymogu wykonania metodą nawisową,

Odwołujący następująco uzasadnił interes prawny we wniesieniu odwołania

Interes prawny:

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych, mostowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchybień zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia niniejszego odwołania, odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę,

doświadczenie i potencjał wymagany przez zamawiającego. Kwestionowane w niniejszym odwołaniu czynności zamawiającego pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach oraz warunkach uczciwej konkurencji. Opisane czynności zamawiającego mogą również skutkować powstaniem szkody po stronie odwołującego.

Izba potwierdza istnienie po stronie odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania jako podmiotu uczestniczącego na rynku zamówień publicznych w sektorze inwestycji drogowych, który uzasadniając wnioski odwołania nie tylko powołuje się na ochronę i poszanowanie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności (art.16 PZP) ale również na interes zamawiającego w uzyskaniu efektu inwestycji uzyskującego odpowiednią jakość robót budowlanych, jak najlepszą efektywność zamówienia (art.17 PZP).

Izba stwierdza, że odwołujący dotrzymał terminu wniesienia odwołania. W dniu 21 lipca 2021 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/S 139 - 368749 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wniesienie odwołania nastąpiło z zachowaniem terminu 10 dniowego przewidzianego art. 515 PZP dla zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, to jest w dniu 2 sierpnia 2021r. (poniedziałek).

Izba rozstrzygnęła następująco podniesione zarzuty odwołania

Co do zarzutu odwołania na nieprawidłowe określenie przez zamawiającego kluczowych zadań, co do których zamawiający oczekuje osobistego wykonania przez wykonawcę (art.121 pkt 1 PZP), bez prawa posłużenia się podwykonawcami (art.462 ust.1 PZP), jak i wykazania cudzych zasobów dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art.118 ust.1 PZP).

Postępowanie odwoławcze, jak wynika z treści sentencji niniejszego wyroku, zostało w tym zakresie umorzone z powodu cofnięcia zarzutu przez odwołującego w piśmie procesowym z dnia 11 września 2021r., z powodu udzielonej odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego pismem z dnia 8 września 2021r.

Reasumując zarzut nie został merytorycznie rozpoznany przez Izbę.

Zarzut dotyczył pkt 6.5. IDW SWZ, w którym zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, precyzując je do robót mostowych w zakresie robót betonowych z wyłączeniem:

- robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego,
- wykonywania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych),

- robót wykończeniowych oraz
- dostaw materiałów i usług.

Zamawiający wprowadził jednocześnie w odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę zakaz powoływania się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 PZP w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.

Według odwołującego wykonanie robót betonowych w ramach obiektów mostowych to zakres istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być jednak uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców. Według odwołującego na wykonanie tego zakresu robót składają się typowe roboty budowy mostów, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania (strona 7-10 uzasadnienia wyroku) omówił orzecznictwo stwierdzając, że wskazane przez zamawiającego prace, tj. prace betonowe na obiektach mostowych nie są pracami wyjątkowymi, niestandardowymi, których osobiste wykonanie przez danego wykonawcę byłoby uzasadnione i podyktowane praktycznymi względami. Zakres ten obejmuje standardowe prace związane z budową obiektów mostowych, powtarzalne niemal w każdym zamówieniu dotyczącym obiektów infrastrukturalnych. Niezależnie od tego, czy prace betonowe będą realizowane wyłącznie przez wykonawcę czy częściowo przez podwykonawców, wykonawca w pełni odpowiada za prawidłowe ich wykonanie.

Takie w skrócie argumenty faktyczne i prawne przywołał odwołujący oczekując nakazania zmiany postanowień SWZ przez Izbę przez skreślenie postanowień w zakresie kluczowych zadań.

Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie, pismo z dnia 8 września 2021r., wniósł o oddalenie odwołania w całości i w pierwszej kolejności odniósł się do zarzutu zdefiniowania kluczowych zadań zamówienia.

Stanowisko zamawiającego w zakresie powyższego zarzutu odwołania zamieszczono na stronach 21-29 niniejszego uzasadnienia wyroku.

Zamawiający podniósł szereg zagadnień powodujących wymóg osobistego wykonania robót betonowych w robotach mostowych.

Przedewszystkim w związku z wniesionym odwołaniem dokonał doprecyzowania obowiązku osobistego wykonania to jest bez udostępnienia zasobów cudzego podmiotu (art.118 ust.1 PZP), stąd też wyłączenia z robót potencjalnych podwykonawców (art.462 ust.1 PZP).

Zamawiający dokonał doprecyzowania zapisów SWZ przez wprowadzenie zmiany treści SWZ, pkt 6.5. IDW, Rozdział 1, Tom I oraz w dokumencie Dane Kontraktowe, Subklauzula 4.1. Ogólne zobowiązania Wykonawcy, Rozdział 3, Tom II SWZ zmieniające pierwotny zapis:

„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych, z wyłączeniem:

- robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego, oraz
- wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), oraz
- robót wykończeniowych, oraz
- dostaw materiałów i usług.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.”

Po zmianie aktualny zapis o obowiązku osobistego wykonania jest następujący:

„Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych, dla następujących obiektów inżynierskich wymienionych w Tomie III PFU tj.: E-2 w km ok. 5+204 oraz E-4 w km ok.7+106 (oznaczenia wg. DŚU/KP), z wyłączeniem:

- robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego, oraz
- wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), oraz
- robót wykończeniowych, oraz
- dostaw materiałów i usług.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.”

Zamawiający opisał warunki, w jakich będą realizowane obiekty mostowe, a co wynika z dokumentacji PFU ustalonej w związku z decyzją nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach. Zamawiający podkreśla w tym miejscu, że w inwestycjach drogowych, także w przedmiotowym zadaniu, obiekty mostowe stanowią istotną część udzielanego zamówienia i jako takie mogą stać się przedmiotem zastrzeżenia kluczowej części zamówienia.

Zatem zdaniem zamawiającego, odwołanie w zakresie zarzutu ad. 1 nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający przedstawił obowiązujące w tym zakresie przepisy PZP, które dają prawo do określenia kluczowych zadań zamówienia, przedstawił analizę prawną zagadnienia w kontekście orzecznictwa polskiego i europejskiego. W jego ocenie kluczowym zadaniem pozostaje wykonanie robót mostowych w zakresie robót betonowych dla obiektów mostowych — estakad przez rzekę Czarna Nida i rzekę Morawkę, co ostatecznie precyzyjnie określił. Ograniczenie to nie dotyczy pozostałych elementów składających się na te obiekty, tj.: robót palowych, posadowienia pośredniego, wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), robót wykończeniowych oraz dostaw materiałów i usług. Jako kluczowe zastrzegł tylko i wyłącznie zadania na dwóch obiektach, które - jego zdaniem - są najtrudniejsze konstrukcyjnie oraz wysoce specjalistyczne dla tej inwestycji. Wykonanie pozostałych obiektów mostowych oraz wykonanie pozostałych robót na tych obiektach mostowych wykonawca może podzlecić podwykonawcom. Tak więc zamawiający wprowadził zmianę zapisów SWZ Tom I Instrukcja Dla Wykonawców (IDW) w dniu 09.09.2021 r. i ograniczył konieczność osobistego wykonania robót mostowych w zakresie robót betonowych do obiektów oznaczonych w OPZ jako:

ED w km ok. 5+204 - estakada w ciągu drogi głównej DK 73 nad rzeką i doliną rzeki Czarna Nida,

ED w km ok. 7+106 - estakada w ciągu drogi głównej DK 73 nad rzeką i doliną rzeki Morawka.

Dalej w odpowiedzi na odwołanie, na stronach 25-29 niniejszego uzasadnienia wyroku, zamawiający opisuje wymagania techniczne i technologiczne, które stanowią o skomplikowaniu układania betonu na robotach mostowych, co przesądziło o traktowaniu tych robót jako elementu kluczowego zadania.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 11 września 2021r. cofnął zarzut w zakresie jako kluczowych robót betonowych w robotach mostowych, składając oświadczenie jak poniżej.

W imieniu Strabag sp. z o.o. w związku z odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego przekazaną w dniu 10.09.2021r. oraz w związku ze zmianą SWZ cofam odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań (robót mostowych - robót betonowych), tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 121 pkt 1 PZP, w zw. z art. 462 ust. 1 PZP oraz art. 99 ust. 4 PZP, art. 16 i 17 PZP.

W tym stanie rzeczy Izba w wydanym wyroku umorzyła postępowanie odwoławcze w powyższym zakresie, nie zajmując stanowiska merytorycznego co do podniesionego zarzutu odwołania.

Natomiast w pozostałym zakresie odwołujący podtrzymał zarzuty odwołania - w zakresie udzielenia zamówienia i dokonania jego opisu w sposób sprzeczny w zasadami jakości i efektywności ekonomicznej.

1. zamiarze udzielenia zamówienia i dokonaniu jego opisu w sposób sprzeczny w zasadami jakości i efektywności ekonomicznej.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1, 103 ust. 2 i 3 PZP przez prowadzenie postępowania o udzielanie zamówienia w sposób naruszający zasadę jakości i efektywności ekonomicznej,

3. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3, art. 16 PZP i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i dokonanie tego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności wobec:

zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z zasadą jakości i efektywności ekonomicznej.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. nakazanie zamawiającemu zmiany SWZ Tom II Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU) w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. przez rezygnację z określenia długości projektowanych obiektów inżynierskich, ewentualnie nakazanie określenia długości z możliwością jej zmiany +/- 10 % oraz w zakresie pkt 2 i 5 Tabeli nr 1.1. nakazanie Zamawiającemu rezygnacji z wymogu rozstawu podpór pośrednich 100m oraz rezygnacji z wymogu wykonania metodą nawisową.

Jak już powyżej przedstawiono w uzasadnieniu wyroku odwołujący, po otrzymaniu odpowiedzi na odwołanie pismo z dnia 8 września 2021r., w piśmie procesowym z dnia 11 września 2021r. nadal podtrzymał zarzut nieuprawnionej ingerencji zamawiającego w opis przedmiotu zamówienia w sytuacji prowadzonego postępowania w procedurze projektuj i buduj. Odwołujący powołując się na postanowienia art. 103 ust.2 i 3 PZP ale w szczególności art. 99 ust.1 i ust.4 oraz art.17 ust.1 pkt 1 i pkt 2 PZP uznał za nieuprawnione określenie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, takich parametrów mostów nad rzeką Czarna Nida i rzeką Morawka, jak ściśle określona długość mostów oraz odległość pomiędzy podporami mostów i narzucenie technologii nawisowej przy ich budowie. Zdaniem odwołującego to na etapie projektowania wykonawca określa długość mostu, odległość między podporami mostu oraz technologię budowy mostu z poszanowaniem uwarunkowań środowiskowych. Odwołujący zarówno w odwołaniu, w piśmie procesowym z 11.09.2021r. jak i na rozprawie twierdził, że nie ma podstaw zamawiający do tak szczegółowej ingerencji w etap projektowania obiektów mostowych. Odwołujący owszem, biorąc pod uwagę wydaną na wniosek zamawiającego decyzję o uwarunkowaniach środowiskowych, godził się na fakt, że w decyzji narzucono parametry –wymiary co do ochron akustycznych czy też przejść ekologicznych dla zwierząt. Odwołujący podkreślał, że fakt podawania wymiarów mostu czy też podpór w uzasadnieniu decyzji nie ma charakteru wiążącego wykonawcę, wbrew temu co prezentował w swoich wypowiedziach na rozprawie zamawiający. Według odwołującego wiąże rubrum (sentencja) decyzji a nie treść jej uzasadnienia. Zresztą odwołujący podkreślał, że i tak na etapie uzyskania przez wykonawcę pozwolenia na budowę i wymaganym wówczas projekcie budowlanym do wydania tej decyzji, będzie konieczna ponowna opinia organu ochrony środowiska też w zakresie spornych obiektów mostowych i wówczas zostaną uzgodnione ostateczne warunki projektowanych mostów. Tak więc zdaniem odwołującego, zresztą z czym się do tej pory w swojej praktyce zawodowej nie spotkał, zamawiający nie ma prawa określać w PFU długości mostów, odległości pomiędzy podporami mostowymi oraz określania technologii budowy mostów (tak jak w tym przypadku narzuconej metody nawisowej). Według wiedzy i doświadczenia odwołującego taka ingerencja zamawiającego w rozwiązania projektowe nie znajduje usprawiedliwienia, a wręcz narusza zasadę jakości i efektywności rozwiązań projektowych (art. 17 ust.1 pkt 1 i pkt 2 PZP), za które odpowiada wykonawca (postępowanie prowadzone jest w systemie projektuj i buduj), a zamawiający ma prawo określać wymagania, a nie rozwiązania postawionych wymagań do projektowania. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przedstawił opinię z dnia 2 września 2021r. Instytutu Dróg i Mostów Wydział Inżynierii Lądowej Politechniki Warszawskiej wydaną przez prof. dr hab. inż. P-a Henryka Zobela, którą to opinię załączył do pisma procesowego z dnia 11 września 2021r. (strona uzasadnienia- 36-37) .

Opiniujący wypowiedział się co do prawidłowości określenia w tabeli 1.1. długości obiektów nr 2 (obiekt nad rzeką Nida) i nr 5 (nad rzeką Morawka) w świetle postanowień PFU określających dane wyjściowe do projektowania i obowiązujących zasad projektowania obiektów inżynierskich .

Zdaniem opiniującego zamawiający w kontrakcie „projektuj i buduj” powinien na podstawie aktualnych przepisów, opracowań geotechnicznych, hydrologicznych i dotyczących szeroko rozumianych uwarunkowań środowiskowych (obszar „Natura 2000”), a także innych jemu dostępnych danych ustalić założenia/wymagania do projektowania ww estakad.

Z opisu przeszkody i warunków realizacji prac na danym obszarze może wynikać sugestia zawarta w PFU dotycząca liczby i rozstawu podpór oraz rozpiętości przęseł, ale ze względu na formę kontraktu („projektuj i buduj”) nie powinna być to informacja wiążąca dla Wykonawcy, Wynika to z faktu, że można tę samą przeszkodę pokonać konstrukcją o innych rozpiętościach przęseł i w innej technologii spełniając te same warunki, ale przy niższych kosztach.

Reasumując, narzucanie obligatoryjnie rozpiętości/liczby podpór można uznać za błędne w formule przetargu „projektuj i buduj” jeśli istnieją inne, bardziej ekonomiczne i równie trwałe rozwiązania umożliwiające pokonanie tej samej przeszkody. Tak jest w omawianym przypadku.

Zdaniem opiniującego wymagania dla przetargów „projektuj i buduj”, winny skupić się na szczegółowym opisie przeszkody i warunków realizacji prac.

Odpowiadając na pytanie Czy jest uzasadnione, w świetle postanowień PFU i obowiązujących przepisów, ograniczenie technologii wykonania obiektów Inżynierskich do technologii nawisowej. Opiniujący stwierdza, że nie ale z rozstawu podpór i rozpiętości przęsła wynika, że Zamawiający pośrednio wymusza na Wykonawcy wykorzystanie tej konkretnej metody budowy. Ze względu na duży stopień skomplikowania i wysokie koszty jest ona stosowana w kraju rzadko i stanowi w praktyce istotne ograniczenie konkurencji, a co za tym idzie generuje wzrost wartości ofert i kosztów realizacji inwestycji przez Zamawiającego. „Cel Zamawiającego może być zrealizowany mniejszym kosztem finansowym bez większej szkody dla środowiska przy użyciu innych technologii budowy. Czynnikiem istotnym, który stanowi kryterium wyboru technologii jest, oprócz kosztów, przede wszystkim obszar zajętego terenu („Natura 2000”) i czas Jego zajęcia. Można także dodać coś niemierzalnego tj. „intensywność” użytkowania tego terenu chronionego w czasie budowy. Niewątpliwie budowa obiektu w jakiegokolwiek technologii wymaga budowy drogi technologicznej. W przypadku metody nawisowej lub na pełnych rusztowaniach droga technologiczna będzie intensywnie wykorzystywana do budowy podpór i całych przęseł, czyli

przez cały okres budowy, natomiast przy metodzie nasuwania podłużnego droga będzie wykorzystywana jedynie do budowy podpór, czyli krócej i mniej intensywnie. W konsekwencji przy metodzie nasuwania wpływ budowy na środowisko w chronionym obszarze byłby mniejszy, Powyższe uwagi dotyczą obiektu nad rzeką Nidą w obszarze chronionym „Natura 2000”. Natomiast obiekt nad rzeką Morawką powinien zostać zbudowany bez określania specjalnych, dodatkowych warunków przez Zamawiającego poza wymaganiami wynikającymi wprost z przepisów ogólnych, ponieważ obiekt znajduje się poza terenem chronionym. Podsumowując można stwierdzić, że wprowadzenie przez Zamawiającego w PFU ograniczeń dotyczących rozpiętości przęseł i rozstawu podpór oraz narzucenie technologii budowy przęseł metodą nawisową nie wynika z jakichkolwiek przepisów i wiedzy technicznej, natomiast istotnie ogranicza konkurencję. Za to w nieuzasadniony sposób zwiększa koszty realizacji robót i wartość ofert.”

Odwołujący na rozprawie złożył również dowód w postaci zestawienia „Porównanie kosztów budowy estakad metodą nawisową oraz metodą nasuwania” (zestawienie w aktach sprawy), sporządzone przez kierownika robót mostowych P.J. z których wynika, że ta druga metoda (nasuwania) jest tańsza dla zamawiającego.

Izba przyjęła powyższą opinię oraz zestawienie kosztów, jak stanowisko własne odwołującego w zakresie popierania argumentów za jakością robót budowlanych i efektywnością zamówienia.

Zarówno zamawiający jak i odwołujący na poparcie swojej argumentacji powoływali na rozprawie Decyzję nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach, wydaną przez Burmistrza Miasta i Gminy Morawica z dnia 20.08.2018 Znak: ITB.6220.4.2017 LT, dla wykazania swoich rozbieżnych stanowisk w zakresie prawa, czy też jego braku do określenia w PFU wymiarów mostów/estakad, rozstawu podpór mostowych, czy też określania metody ich budowy (nawisowej oraz nasuwowej).

Izba przeprowadzając dowód z Decyzji dla wykazania zasadności podnoszonych argumentów przez odwołującego jak i zamawiającego dokonała ustaleń w sprawie jak poniżej.

Jak wynika z Decyzji nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach, wydanej przez Burmistrza Miasta i Gminy Morawica z dnia 20.08.2018 Znak: ITB.6220.4.2017 LT (Decyzja w dokumentacji postępowania) została wydana, po rozpatrzeniu wniosku Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia pn. "Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 - odcinek II", oraz po przeprowadzeniu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

W wyniku wydanej Decyzji ustalono środowiskowe uwarunkowania dla przedsięwzięcia pod nazwą: "Budowa obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej w ciągu drogi krajowej nr 73 odcinek II", w wariantcie W 1 omijającym po wschodniej stronie Morawicę i częściowo Wolę Morawicką, i określono środowiskowe warunki jego realizacji, biorąc pod uwagę wyniki uzgodnień i opinii, ustalenia zawarte w raporcie o oddziaływaniu na środowisko oraz wyniki postępowania z udziałem społeczeństwa. Decyzja obejmuje następujący opis zagadnień w zakresie planowanej inwestycji drogowej:

- I. Rodzaj i miejsce realizacji przedsięwzięcia:
- II. Istotne warunki korzystania ze środowiska w fazie realizacji i eksploatacji lub użytkowania przedsięwzięcia, ze szczególnym uwzględnieniem konieczności ochrony cennych wartości przyrodniczych, zasobów naturalnych i zabytków oraz ograniczenia uciążliwości dla terenów sąsiednich:

w tym pozycja 30:

30. Prace w korytach rzek Czarna Nida i Morawka prowadzić w okresie od 16 września do końca stycznia z uwagi na okres tarła ichtiofauny, migracji jesiennej płazów i zakończenie fazy rozwojowej imago trzepli zielonej.

- III. W dokumentacji wymaganej do wydania decyzji, o których mowa w art. 72 ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, należy uwzględnić następujące wymagania dotyczące ochrony środowiska, w tym poz.3 p.n. Przejścia dla zwierząt (tabela zawierająca: Typ obiektu/funkcja przejścia dla zwierząt, kilometraż, minimalne wymiary) oraz poz.5 Ekrany akustyczne z podaniem ich lokalizacji, długości (około), wysokości (około).
- IV. Wymogi w zakresie przeciwdziałania skutkom awarii przemysłowych, w odniesieniu do przedsięwzięć zaliczanych do zakładów stwarzających zagrożenie wystąpienia poważnych awarii w rozumieniu ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. — Prawo ochrony środowiska. Przedmiotowe przedsięwzięcie zgodnie z obowiązującymi przepisami nie jest zaliczane do zakładów stwarzających zagrożenie wystąpienia poważnych awarii, dla których określa się działania zapobiegające skutkom awarii przemysłowych.
- V. Wymogi w zakresie ograniczania transgranicznego oddziaływania na środowisko w odniesieniu do przedsięwzięć, dla których przeprowadzono postępowanie w sprawie transgranicznego oddziaływania na środowisko. Z uwagi na brak transgranicznego oddziaływania na środowisko (lokalizacja inwestycji w centralnej części kraju) w niniejszej decyzji nie określono wymogów w tym zakresie.

VI. Stanowisko w sprawie konieczności przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko oraz postępowania w sprawie transgranicznego oddziaływania na środowisko w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji, o których mowa w art. 72 ust. 1 pkt 1, 10, 14 i 18, z zastrzeżeniem pkt 4a i 41). W punkcie tym widnieje zapis o treści:

Nie stwierdzam konieczności przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko oraz postępowania w sprawie transgranicznego oddziaływania na środowisko w ramach postępowania w sprawie wydania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej.

VII. Działania dotyczące zapobiegania, ograniczania oraz monitorowania oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko należy zrealizować w zakresie określenia skuteczności zaprojektowanych przejść dla zwierząt oraz kontroli ich stanu technicznego. Dla sprawdzenia skuteczności zabezpieczeń stosowanych w celu niedopuszczenia do wkraczania płazów w pas drogi oraz wykorzystania przejść dla zwierząt należy przeprowadzić monitoring porealizacyjny, dwukrotnie w ciągu 5 lat od oddania drogi do użytkowania.

Treść Decyzji zawiera również zapis:

Charakterystyka całego przedsięwzięcia stanowi załącznik nr 2 do decyzji.

W poszczególnych punktach przedstawiono opisowo wymagania jakie powinny być spełnione w inwestycji w tym dla niektórych z nich podano wymiary i tak dla (przejścia dla zwierząt - III ppkt 3, Ekran akustyczny - III ppkt 5).

Istotnym w sprawie jest, że bezpośrednio/powyżej części Decyzji p.n. Uzasadnienie, zawarto zapis o treści „Charakterystyka całego przedsięwzięcia stanowi załącznik nr 2 do decyzji”.

Ponadto jako załącznik do decyzji wymienia się:

1. Charakterystyka planowanego przedsięwzięcia zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy ooś, który jako załącznik nosi tytuł: Załącznik do decyzji nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach znak: ITB.6220.4.2017.LT z dnia 20.08.2018r.

Załącznik do Decyzji: CHARAKTERYSTYKA PLANOWANEGO PRZEDSIĘWZIĘCIA zawiera następujące wprowadzenie:

Przedmiotowa inwestycja stanowi II etap rozbudowy drogi krajowej nr 73 (DK73) i polega na budowie drogi w nowym śladzie, jako obwodnicy Morawicy i Woli Morawickiej. Inwestycja zlokalizowana jest w województwie świętokrzyskim, powiecie kieleckim, gminie Morawica.

Planowana inwestycja obejmować będzie budowę dwujezdniowej drogi krajowej nr 73, rozbudowę i przebudowę skrzyżowań z drogami bocznymi, budowę dróg dojazdowych dla obsługi ruchu lokalnego i rolniczego, budowę chodników, budowę i rozbiórkę przepustów drogowych, budowę trzech mostów - nad rzeką Czarna Nida, nad rzeką Morawka i nad ciekim bez nazwy, budowę przejścia podziemnego, zbiornika retencyjnego - odparowującego i przepompowni oraz budowę i przebudowę urządzeń obcych i ochrony środowiska.

Dalej w Załączniku do Decyzji p.n. Charakterystyka planowanego przedsięwzięcia, znajdują się opisy :

- a) Dwujezdniowa droga krajowa nr 73,
- b) Skrzyżowania
- c) Drogi dojazdowe
- d) Chodniki
- e) Przepusty drogowe
- f) Most nad rzeką Czarna Nida
- g) Most nad potokiem Łabędziów
- h) Most nad rzeką Morawką
- i) Budowa przejścia podziemnego
- j) Odwodnienie
- k) Rowy drogowe
- l) Kanalizacja deszczowa
- m) Zbiornik retencyjno- odparowujący
- n) Przepompownia wód deszczowych
- o) Urządzenia obce
- p) Wyburzenia
- q) Urządzenia ochrony środowiska.

Sporne w sprawie opisy: Most nad rzeką Czarna Nida, Most nad rzeką Morawka zawierają następujące wymagania:

- f) Most nad rzeką Czarna Nida

Estakadę o długości ok. 500 m w km ok. 5+490 nad rzeką Czarna Nida zaprojektowano w postaci dwóch oddzielnych konstrukcji, po jednej dla każdej jezdni drogi krajowej. Most posiadać będzie konstrukcje skrzynkowe z betonu sprężonego. Pod względem statycznym są to belki ciągłe, których podparcie stanowią podpory obiektu. Estakada zostanie wsparta na trzech żelbetowych filarach, odległość pomiędzy podporami wynosić będzie ok. 100 m.

Przekrój poprzeczny obiektu został dostosowany do przekroju drogi krajowej. Obiekt posiadać będzie klasę obciążenia A wg PN-85/S-10030 „Obiekty mostowe. Obciążenia”.

h) Most nad rzeką Morawka

Estakada w ok. km 7+250 0 długości ok. 370 m nad rzeką Morawka będzie obiektem czteroprzęsłowym o konstrukcji łuków z jazdą dołem, zapewniając znaczną przestrzeń do meandrowania cieków oraz migracji zwierząt. W przekroju poprzecznym zaprojektowano dwie jezdnie po dwa pasy ruchu o szerokości 3,5 m. Po stronach zewnętrznych obiektu zaprojektowano chodniki robocze szerokości 0,9 m. Krawędzie obiektu zabezpieczone zostaną ekranem przeciwolśnieniowym o wysokości 2,5 m pełniącym rolę balustrady. Posadowienie podpór jako pośrednie poprzez pale żelbetowe wielkośrednicowe, odległość pomiędzy podporami wyniesie ok. 90 m. Światło pionowe wyniesie ok. 5 m. Obiekt posiadać będzie klasę obciążenia A wg PN85/S-10030 „Obiekty mostowe. Obciążenia”. Przekrój poprzeczny obiektu został dostosowany do przekroju drogi krajowej.

Jak wynika z cytowanych powyżej opisów mostów znajdują się w nich postanowienia dotyczące zarówno długości obiektów jak i odległości pomiędzy podporami:

„Most nad rzeką Czarna Nida: Estakadę o długości ok. 500 m, odległość pomiędzy podporami wyniesie ok. 100 m”.

„Most nad rzeką Morawka: Estakada o długości ok. 370 m, odległość pomiędzy podporami wyniesie ok. 90 m”.

Tak więc w Decyzji (załącznik p.n. Charakterystyka planowanego przedsięwzięcia), podane są wymiary mostów w zakresie ich długości oraz odstępów między ich podporami z użyciem określnika „około”. Decyzja nie zawiera informacji co do zakresu odstępstw od podanych wymiarów, ograniczając się do określenia „około”.

Podsumowując, w zakresie istoty sporu, zarówno długości estakad/mostów jak i odległości pomiędzy podporami estakad podane są jako „około.” Natomiast nie określono w niej technologii budowy mostów, czyli nie wskazano ani metody nawisowej, ani nasuwowej.

W ocenie Izby, obowiązująca formuła decyzji administracyjnych (rubrum/sentencja, uzasadnienie) i w przedmiotowym stanie faktycznym wzmianka w rubrum Decyzji „Charakterystyka całego przedsięwzięcia stanowi załącznik nr 2 do decyzji” skutkuje tym, że parametry podane w załączniku nr 2 są elementem/częścią Decyzji, a nie tylko częścią jej uzasadnienia. Decyduje o tym fakt, że postanowienie o treści „Charakterystyka całego przedsięwzięcia stanowi załącznik nr 2 do decyzji” zamieszczony jest w rubrum decyzji (w miejscu bezpośrednio przez uzasadnieniem), a nie w jej uzasadnieniu, czy też wymienia się

ją tylko i wyłącznie jako załącznik do Decyzji. Reasumując załącznik nr 2 do prawomocnej Decyzji pn. „Charakterystyka całego przedsięwzięcia” stanowi integralną część Decyzji nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach, wydanej przez Burmistrza Miasta i Gminy Morawica z dnia 20.08.2018 Znak: ITB.6220.4.2017 LT i ma charakter wiążący dla przedmiotowej inwestycji zamawiającego.

Izba w zakresie spornych postanowień PFU dokonała następujących ustaleń w sprawie.

Na podstawie Decyzji zamawiający w PFU ustalił w następujący sposób parametry obiektów inżynierskich/mostów:

1.1.3.3 Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich

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, dodatkowych jezdniach oraz innych drogach i przeszkodach.

Poz.2 5+204 Trasa główna z rzeką Czarna Nida, Doliną rzeki Czarna Nida , Parametry zgodne z DŚU* długość obiektu 507m, rozstaw podpór pośrednich 100 m, wykonanie metodą nawisową

Poz.5 7+106 Trasa główna z rzeką Morawka, Doliną rzeki Morawka, Parametry zgodne z DŚU* długość obiektu 363m, rozstaw podpór pośrednich 100 m, wykonanie metodą nawisową

*DŚU – Decyzja nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach, znak: ITB.6220.4.2017.LT z dnia 20.08.2018.

W związku z oświadczeniem zamawiającego na rozprawie, co do braku ograniczeń to jest pełnej suwerenności w decyzjach wykonawców, w zakresie zmiany parametrów obiektów na poziomie +/- 10 %, należy wskazać przywołane postanowienia PFU w tym zakresie.

„Procedurę Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu stosuje się do zmiany parametrów obiektów inżynierskich wskazanych w Tabeli nr 1.1, w przypadku gdy przedmiotem zmiany jest:

- zmiana sposobu pokonania przeszkody podanej w kolumnie 5 (jeśli została określona bez wariantowości [„lub”]),
- zmiana parametrów funkcjonalnych podanych w kolumnie 4,
- zmiana liczby przeszkód podanych w kolumnie 3.

Procedury Zmiany nie stosuje się do zmiany parametrów obiektów inżynierskich wskazanych w Tabeli nr 1.1 w przypadku gdy przedmiotem zmiany jest:

- zmiana wyszczególnionych w DŚU parametrów obiektów ekologicznych wskazanych w Tabeli nr 1.1 do $\pm 10\%$, za wyjątkiem współczynnika ciasnoty jeśli został określony w DŚU.

Powyższe zmiany wymagają uzasadnienia w raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko w przypadku gdy są istotne środowiskowo lub stanowią zmianę w stosunku do wymagań decyzji środowiskowej. W przypadku zastrzeżeń organu, wniesionych pisemnie w formie m.in. wezwania lub Postanowienia w ramach postępowania dotyczącego ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, 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.”

W ocenie Izby wbrew oświadczeniu zamawiającego na rozprawie brak jest suwerenności decyzji wykonawców co do zmiany parametrów/wymiarów długości mostów czy rozstawu podpór mostowych w cytowanych powyżej postanowieniach Programu Funkcjonalna – Użytkowego. W zaufaniu do oświadczenia zamawiającego na rozprawie, odwołujący cofnął żądanie, ale nie zarzut nakazania zmiany przez dopuszczalność zmian do $\pm 10\%$ wymiarów obiektu.

Zestawiając dane dotyczące długości obiektów, odległości podpór w Decyzji oŚU z PFU należy zauważyć:

Odnośnie mostu nad rzeką Czarna Nida:

W Decyzji podano:

Estakadę o długości ok. 500 m, odległość pomiędzy podporami wynosić będzie ok. 100 m

W PFU podano:

długość obiektu 507m, rozstaw podpór pośrednich 100 m, wykonanie metodą nawisową.

Odnośnie mostu nad rzeką Morawka:

W Decyzji podano:

Estakada o długości ok. 370 m, odległość pomiędzy podporami wyniesie ok. 90 m

W PFU podano:

długość obiektu 363m, rozstaw podpór pośrednich 100 m, wykonanie metodą nawisową.

Z powyższego porównania wymagań Decyzji i PFU wynika, że w przypadku obydwu obiektów w Decyzji (Charakterystyka) długości mostów i odległości podpór podano jako „około”, a w PFU podano wielkości kategoricznie bez wzmianki, że wymiary są około.

Natomiast w Decyzji nie określono technologii wykonania, przeciwnie do PFU, gdzie określono technologię wykonania metodą nawisową.

Izba podsumowując wyniki ustaleń i ich ocenę, wynikające z porównania postanowień Decyzji i Programu Funkcjonalno –Użytkowego, orzekła jak w sentencji wyroku, mając na uwadze jak poniżej.

Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, wyrażone w formie opinii profesorskiej Politechniki Warszawskiej Wydział Inżynierii Lądowej Instytut Dróg i Mostów, zamieszczonej na str. 36-37 niniejszego uzasadnienia wyroku oraz omówionej powyżej, co do braku podstaw określenia, czy wręcz narzucenia sposobu wykonania obiektu mostowego i nakazała skreślenie w poz.2 i 5 Tabeli 1.1. co do określenia przez zamawiającego metody nawisowej wykonania mostów. Natomiast co do długości mostów Izba uwzględniła żądanie odwołania co do tolerancji oczekiwanej przez odwołującego na poziomie +/- 10 % od podanych wymiarów, mając na uwadze, że wielkości w Decyzji/Charakterystyce zawierały określenia „około”, a zamawiający w PFU określił je kategoriycznie, jak i uznał prawo do zmian do 10% +/- . Podobnie Izba rozstrzygnęła w zakresie podpór mostowych uwzględniając postanowienia Decyzji (około100m i około 90 metrów, a w PFU 100 metrów dla obydwu mostów, pomimo zróżnicowania rozstawu w Charakterystyce). Wobec obowiązującej, prawomocnej Decyzji, na podstawie której zamawiający wydał PFU, Izba nie rozstrzygała sporu co do podstaw prawnych bądź ich braku w zakresie określenia w PFU wymiarów to jest długości mostów i rozstawu podpór mostowych w systemie projektuj i buduj, z racji wytycznych w tym zakresie w przedmiotowej Decyzji nr 6/2018 o środowiskowych uwarunkowaniach, wydanej przez Burmistrza Miasta i Gminy Morawica z dnia 20.08.2018 Znak: ITB.6220.4.2017 LT.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku to jest rozmiaru uwzględnionych żądań, jak i częściowego umorzenia postępowania n a podstawie § 7 ust. 2 pkt 1) i ust.3 pkt 1) i pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2 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) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129) zasądzono na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 10.000,00 złotych tytułem zwrotu połowy wpisu od odwołania, znosząc wzajemnie koszty w zakresie wynagrodzenia pełnomocników zamawiającego i odwołującego.

