

WYROK

z dnia 7 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok

przy udziale wykonawcy Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Opolska 110, 31-323 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Podlaskiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Białymstoku dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez:

- wydłużenie terminu wykonania dokumentacji projektowej - rozumiane jako uzyskanie ZRID - do 16 miesięcy od dnia podpisania umowy, a w sytuacji konieczności sporządzenia w ramach postępowania zmierzającego do uzyskania decyzji środowiskowej raportu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko - odpowiednio do 27 miesięcy od dnia podpisania umowy,
- wydłużenie terminu zakończenia realizacji zamówienia do 24 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, ul. Elewatorska 6, 15-620 Białystok na rzecz wykonawcy Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący :

Sygn. akt: KIO 811/20

Uzasadnienie

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zaprojektuj i wybuduj: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 689 na odcinku Bielsk Podlaski-Hajnówka”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2019 r. pod pozycją 2020/S 067-158431.

W dniu 14 kwietnia 2020 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, tj. opisu dokonanego w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i przyjęcie, że termin na projektowanie, w którym wykonawcy winni dodatkowo uzyskać decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji zamówienia, a kolejno - po wykonaniu projektów budowlanych - decyzję ZRID, wynosi maksymalnie 12 miesięcy, gdy tymczasem, uwzględniając czas niezbędny na wykonanie projektów budowlanych oraz realne terminy na uzyskanie wskazanych decyzji administracyjnych, termin ten jest nierealny, z góry niemożliwy do dochowania.

- naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i przyjęcie, że termin na wykonanie robót budowlanych i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie wynosi maksymalnie 20 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy, gdy tymczasem uwzględniając czas niezbędny na wykonanie robót budowlanych oraz realne terminy na uzyskanie wskazanej decyzji administracyjnej, termin ten jest nierealny, z góry niemożliwy do dochowania.

Odwołujący stwierdził, że określenie w taki sposób terminów wykonania zamówienia skutkuje przerzuceniem na wykonawcę całego ryzyka związanego z wydłużeniem się czasu niezbędnego do przeprowadzenia wymaganych przez Zamawiającego procedur administracyjnych, prowadząc do powstania po stronie wykonawcy odpowiedzialności za okoliczności, które nie są od niego zależne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- dokonanie modyfikacji treści SIWZ (w szczególności pkt. IV ppkt 3 SIWZ) poprzez wydłużenie terminu wykonania dokumentacji projektowej - rozumiane jako uzyskanie ZRID - do 16 miesięcy od dnia podpisania umowy, a w sytuacji konieczności sporządzenia w ramach postępowania zmierzającego do uzyskania decyzji środowiskowej raportu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko - odpowiednio do 27 miesięcy od dnia podpisania umowy;

- dokonanie modyfikacji treści SIWZ (w szczególności pkt. IV ppkt 7) poprzez wydłużenie terminu zakończenia realizacji zamówienia: do 24 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy, tj. poprzez zagwarantowanie, że wykonawca będzie mógł wykonywać roboty budowlane co najmniej przez dwa pełne okresy letnie.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał na postanowienia SIWZ:

„IV. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA (...)

3. Termin wykonania dokumentacji projektowej: do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy - rozumiane jako uzyskanie ZRID. (...)

6. Termin zakończenia realizacji robót—do 2 miesięcy przed terminem zakończenia realizacji zamówienia, z wyłączeniem okresów zimowych (15.12 -15.03)

7. Termin zakończenia realizacji zamówienia: do 20 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy.

III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (...).

2. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

Przedmiotem zamówienia jest: w formule zaprojektuj i wybuduj „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 689 na odcinku Bielsk Podlaski-Hajnówka”.

Zamówienie obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej (droga wraz z niezbędną infrastrukturą) oraz wykonanie robót budowlanych na podstawie wykonanej dokumentacji projektowej. Na odcinku drogi wojewódzkiej DW 689 od km rob. 0+028,00 do km 23+460 oraz

Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie drogi wojewódzkiej DW 689 oraz oddanie do użytkowania.

Droga wojewódzka nr 689 jest trasą łączącą Bielsk Podlaski z Hajnówką”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający kolejno uszczegóławiając opis przedmiotu zamówienia w pkt III ppkt, 2.3. SIWZ doprecyzował, że zamówienie obejmuje:

1) Wykonanie Projektu Budowlanego

2) Wykonanie Projektu Stałej Organizacji Ruchu, Projektu Wykonawczego, Szczegółowych Specyfikacji Technicznych, wykonania i odbioru robót budowlanych, części przedmiarowo - kosztorysowej,

3) Opracowanie wszystkich niezbędnych materiałów do uzyskania decyzji, postanowień i koniecznych uzgodnień, opinii itp.

4) Uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzji administracyjnych, w tym decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej w trybie ustawy z dnia z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2031 z późn. zm.);

Jak zauważył Odwołujący, dalsza analiza postanowień SIWZ, w tym w szczególności Programu Funkcjonalno - Użytkowego (PFU) prowadzi do wniosku, że w otwartym katalogu decyzji administracyjnych koniecznych do uzyskania przez wykonawcę mieści się również

decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia oraz pozwolenie na użytkowanie. W pkt 1.3.2.1. PFU czytamy:

„Należy uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego:

- wszystkie warunki techniczne przebudów, uzgodnienia i zatwierdzenia wymagane zgodnie z prawem;
- decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach oraz pozwolenie wodno-prawne itp.
- niezbędne decyzje administracyjne, w szczególności decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz pokolenia na użytkowanie.”.

Odwołujący podniósł, że zestawiając ze sobą zakres prac składających się na przedmiot zamówienia, terminy na ich wykonanie oraz obowiązujące przepisy prawa określające procedurę uzyskiwania poszczególnych decyzji administracyjnych, nasuwa się wniosek, że terminy na wykonanie przedmiotu zamówienia są nierealne, z góry niemożliwe do dochowania.

Odnośnie terminu wykonania dokumentacji projektowej Odwołujący argumentował:

Termin ten zgodnie z SMW wynosi „do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy - rozumiane jako uzyskanie ZRID”.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 10 z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (dalej: „u.i.o.ś.”) wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (decyzji środowiskowej) następuje przed uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej - wydawanej na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1474 oraz z 2019 r. poz. 1716).

Z powyższego względu zakres zadań do wykonania w okresie „wykonania dokumentacji projektowej” będzie w rzeczywistości obejmował: opracowanie wniosku o wydanie decyzji środowiskowej, uzyskanie decyzji środowiskowej, opracowanie dokumentacji projektowej w oparciu o zapisy uzyskanej decyzji środowiskowej oraz uzyskanie decyzji ZRID.

Co przy tym istotne, zdaniem Odwołującego, samo uzyskanie decyzji środowiskowej zająć może do kilkunastu miesięcy. Przedsięwzięcie stanowiące przedmiot zamówienia nie będzie wprawdzie, zgodnie z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko i w oparciu o wstępną analizę zakresu zamówienia, klasyfikowane do przedsięwzięć zawsze znacząco oddziałujących na środowisko, jednakże nie sposób wykluczyć, że na podstawie art. 63 u.i.o.ś. wydane zostanie postanowienie nakładające na wykonawcę obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

Odwołujący podał, że podstawowym elementem takiej oceny jest sporządzenie raportu oceny oddziaływania na środowisko, przy czym samo sporządzenie raportu może zająć do kilku miesięcy, zwłaszcza w sytuacji, gdy elementem raportu będzie musiała być inwentaryzacja przyrodnicza (co wydaje się być bardzo prawdopodobne, skoro zgodnie z opisanymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym wymaganiami dotyczącymi ochrony środowiska m. in. konieczne jest wykonanie urządzeń ochrony przed hałasem oraz przejść dla zwierząt - by ocenić, jakie są konieczne przejścia dla zwierząt konieczne jest ustalenie, jakie zwierzęta i w jakiej ilości żyją na terenie realizacji przedsięwzięcia).

Jak wskazał Odwołujący, minimalny okres, niezbędny do wykonania inwentaryzacji przyrodniczej powinien obejmować np. miesiące, związane z konieczności inwentaryzacji poszczególnych grup zwierząt:

- Marzec - maj: płazy i gady oraz nietoperze - wiosenne migracje oraz miejsca rozrodu
- Czerwiec-sierpień - rośliny, siedliska, ptaki — miejsca lęgowe
- Wrzesień — październik - jesienne migracje płazów i nietoperzy
- Listopad - grudzień - zimowe tropienia teriofauny oraz zimowiska nietoperzy.

Łącznie badania terenowe - inwentaryzacja przyrodnicza zajmują ok. 10 miesięcy.

Odwołujący zauważył, że dopiero po przeprowadzeniu ww. badań terenowych będzie możliwe zakończenie prac nad załącznikami do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (raportu), przy czym samo opracowanie raportu dla takiej inwestycji wynosi ok. 2 miesiące.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wymaga także opracowania min. 3 wariantów przebiegu inwestycji oraz przeprowadzenie konsultacji społecznych, co z pewnością wydłuży proces pozyskiwania decyzji środowiskowej.

Odwołujący zaznaczył, że prace niezbędne do sporządzenia raportu oceny oddziaływania na środowisko zajmą co najmniej 12 miesięcy, przy czym po sporządzeniu raportu, a przed wydaniem decyzji środowiskowej, zgodnie z art. 77 u.i.o.ś. i art. 79 u.i.o.ś konieczne będzie zapewnienie udziału społeczeństwa w procedurze uzyskiwania decyzji oraz uzyskanie opinii i uzgodnień organów wskazanych w ustawie. Dopiero po zapewnieniu tych dwóch elementów (i przy założeniu, że organy opiniujące i uzgadniające raport nie będą miały dodatkowych uwag i pytań do raportu) będzie możliwe wydanie decyzji środowiskowej.

Jak podał Odwołujący, przy założeniu konieczności sporządzenia raportu procedura uzyskiwania decyzji środowiskowej może zająć odpowiednio: ok. 2 miesiące przygotowanie wniosku o uzyskanie decyzji środowiskowej, w tym karty informacyjnej przedsięwzięcia, ok. 2 miesiąca na wydanie postanowienia co do konieczności sporządzenia raportu, ok. 12 miesięcy na sporządzenie raportu oraz ok. 2 miesiące na procedurę opiniowania raportu, rozpatrzenie ewentualnych uwag społeczeństwa i wydanie decyzji. Łącznie termin na wydanie decyzji środowiskowej może wynieść nawet 18 miesięcy, przy czym doświadczenia wykonawcy z podobnych realizacji wskazują, że i to założenie jest dość optymistyczne.

Odwołujący przypomniał, że wykonawca musi jeszcze wykonać prace projektowe (ok. 6 miesięcy) oraz kolejno uzyskać decyzję ZRID. Termin na wydanie decyzji ZRID to 90 dni od dnia złożenia wniosku (art. 11 a ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych), przy czym z doświadczeń Odwołującego wynika, że zazwyczaj uzyskiwanie takiej decyzji zajmuje ok. 4,5 miesiąca.

Uwzględniając powyższe Odwołujący stwierdził, że absolutnie minimalny termin na wykonanie całości prac wchodzących w zakres projektowania to 27 miesięcy. Tymczasem Zamawiający na realizację tego zakresu przewidział 12 miesięcy.

W ocenie Odwołującego, nawet przy założeniu, że decyzja środowiskowa zostanie wydana bez konieczności przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, termin 12 miesięcy jest niemożliwy do zachowania. Odwołujący wskazał, że ok. 6 miesięcy zajmuje samo projektowanie, kolejne 3-4,5 miesiąca to uzyskiwanie decyzji ZRID. Już tylko te dwie czynności zajmą większą część czasu przewidzianego na projektowanie, gdy tymczasem wykonawca musi jeszcze uzyskać decyzję środowiskową, tj. opracować wniosek o jej wydanie (w tym opracować kartę informacyjną przedsięwzięcia oraz przeprowadzić konsultacje społeczne) oraz przeprowadzić procedurę uzyskiwania decyzji środowiskowej, która z uwagi na wymogi formalne (np. konieczność współdziałania kilku organów przy wydawaniu decyzji), trwa zazwyczaj znacznie dłużej niż wynikające z przepisów k.p.a. dwa miesiące na rozpoznanie spraw szczególnie skomplikowanych.

Powyższe terminy nie uwzględniają jeszcze wydania innych decyzji, np. pozwolenia

wodnoprawnego, czy wspomnianej w PFU możliwości przeprowadzenia, na etapie uzyskiwania decyzji ZRID, ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że określony przez Zamawiającego termin na wykonanie dokumentacji projektowej jest obiektywnie zbyt krótki (nierealny) i z góry niemożliwy do dochowania.

Oдноśnie terminu realizacji zamówienia Odwołujący argumentował:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający termin realizacji zamówienia określił jako do 20 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy, przy czym zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy termin przekazania terenu budowy Strony ustalają w ciągu 7 dni po uzyskaniu decyzji o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji Drogowej z rygiorem natychmiastowej wykonalności.

Jak zauważył Odwołujący, faktyczny czas na wykonywanie robót będzie krótszy, bowiem termin zakończenia realizacji robót określony został w IV ppkt 6 SIWZ jako (cyt.) „do 2 miesięcy przed terminem zakończenia realizacji zamówienia, z wyłączeniem okresów zimowych (15.12 —15.03).”.

Ostatnie dwa miesiące z okresu 20 miesięcy na realizację zamówienia, jak założył Odwołujący, mają zostać poświęcone na uzyskanie decyzji środowiskowej i procedury odbiorowe. Wykonawca dysponuje zatem 18 miesiącami na wykonanie robót budowlanych jako takich, przy czym z okresu tego należy wyłączyć okresy zimowe (15.12.-15.03.). Odwołujący zwrócił uwagę, że przy rozpoczęciu robót jesienią jednego roku (np. we wrześniu), wykonawca będzie musiał zakończyć roboty do wczesnej wiosny kolejnego roku (np. do lutego), przy czym nie będzie mógł wykonywać robót przez prawie 5 miesięcy przypadających na okresy zimowe w dwóch kolejnych latach wykonywania umowy. Realny czas wykonywania robót skróci się do ok. 13 miesięcy przypadających głównie na okresy jesienne i wiosenne, w których ryzyko wystąpienia niekorzystnych warunków pogodowych nadal jest istotne. Zdaniem Odwołującego, tak określony termin wykonania zamówienia (robót budowlanych) jest niemożliwy do dochowania, uwzględniając zakres prac składających się na przedmiot zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wykonanie robót składających się na przedmiot zamówienia wymaga co najmniej zagwarantowania wykonawcy możliwości pracy w dwóch kolejnych okresach letnich, co z kolei oznacza konieczność określenia terminu na realizację zamówienia co najmniej jako 24 miesiące od daty przekazania terenu budowy.

W uzupełnieniu powyższego Odwołujący dodał, że Zamawiający w § 26 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy wskazał, że „dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian w Umowie w zakresie wynikającym z przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie terminów wykonania przedmiotu Umowy, określonych w § 3 Umowy, jeżeli niedotrzymanie terminu/terminów umownych przez Wykonawcę będzie następstwem:

1) okoliczności wynikających ze zmiany przepisów prawa istotnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, przedłużenia procedur administracyjnych na etapie wydawania opinii, uzgodnień, postanowień lub decyzji administracyjnych, z powodów niezależnych od Wykonawcy, w przypadku gdy zaistniała konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej w ściśle określonym terminie (zgodnie z wymogami specyficznymi dla poszczególnych gatunków fauny i flory), zaistniała konieczność wykonania badań archeologicznych w ściśle określonym terminie - na etapie opracowywania Dokumentacji.”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z powyższego wynika, że Zamawiający liczy się z możliwością przedłużenia terminu na uzyskanie decyzji środowiskowej (wykonanie dokumentacji projektowej) z uwagi na konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej, jednakże zmiana taka wymaga zmiany umowy, a więc zawarcia przez strony aneksu do umowy. Odwołujący wskazał, że wykonawca nie ma jednak roszczenia o zawarcie takiego aneksu - zmianę umowy, a sama procedura zawierania takiego aneksu bywa bardzo czasochłonna. Nadto, wzór umowy nie precyzuje, kiedy mamy do czynienia z przedłużeniem terminów na uzyskanie opinii, uzgodnień, postanowień lub decyzji administracyjnych, a co za tym idzie, nie jest wiadome, jakie terminy Zamawiający uznaje za „podstawowe” na wydanie tych opinii, uzgodnień, postanowień lub decyzji administracyjnych - terminy instrukcyjne wynikające z przepisów prawa czy powszechnie znane terminy na wydawanie tego typu

decyzji administracyjnych funkcjonujące w praktyce.

Odwołujący stwierdził, że wskazane postanowienia rodzą po stronie wykonawcy stan niepewności co do tego, czy wykonawca uzyska i ewentualnie w jakich okolicznościach (i po wykazaniu jakich okoliczności) wydłużenie terminów wykonania zamówienia, gdy tymczasem wzór umowy zakłada w § 27 kary umowne za zwłokę w dochowaniu umownych terminów wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego, sytuacja taka nie jest możliwa do zaakceptowania w świetle art. 29 ustawy Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich okoliczności istotnych dla sporządzenia oferty-tu: taką okolicznością jest czas trwania postępowania zmierzającego do wydania decyzji środowiskowej oraz czas niezbędny do wykonania robót budowlanych opisanych przedmiotem zamówienia. Zamawiający zdając sobie sprawę z tego, że przyjęte przez niego terminy wykonania zamówienia są zbyt krótkie nie może przerzucać na wykonawcę ryzyka związanego z niedochowaniem tych terminów, w tym ryzyka będącego skutkiem przedłużania się postępowań administracyjnych, w tym postępowania dot. wydania decyzji środowiskowej, jedynie pozostawiając stronom możliwość ewentualnej zmiany umowy. Przepis art. 29 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek określenia realnego terminu na wykonanie zamówienia, a na zasadach ogólnych (wynikających z podstawowych zasad współżycia społecznego) Zamawiający winien dopuścić możliwość przedłużenia także tych realnych terminów wykonania zamówienia, jeśli zaistnieją okoliczności od stron niezależne. Zdaniem Odwołującego, dopiero w takiej sytuacji można mówić o dochowaniu wymogu art. 29 ustawy Pzp i zarazem uwzględnieniu zasady słuszności kontraktowej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę, w tym przede wszystkim treść pkt III ppkt 2.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz pkt 1 Programu Funkcjonalno Użytkowego. Z opisu przedmiotu zamówienia dokonanego w ww. dokumentach wynika, że do obowiązków wykonawcy należy opracowanie wszystkich niezbędnych materiałów do uzyskania decyzji, postanowień, uzgodnień czy opinii, które okażą się niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Z wymogu pozyskania wszelkich decyzji nie została wyłączona decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia czy pozwolenie na użytkowanie. Dokumentacja opracowana przez Zamawiającego nie pozwala też na wykluczenie sytuacji, w której potrzebne okaże się przeprowadzenie oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, a w jej ramach inwentaryzacji przyrodniczej.

Izba uwzględniła także okoliczności przywołane przez Odwołującego, które miały miejsce w innych postępowaniach obejmujących podobny przedmiot zamówienia. Odwołujący złożył:

- wyciąg z dokumentacji postępowania pn.: „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 - w formule zaprojektuj i wybuduj”,
- wyciąg z dokumentacji postępowania pn.: „Budowa drogi wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 w formule zaprojektuj i wybuduj”, w której na samo wykonanie robót budowlanych Zamawiający przewidział 30 miesięcy od daty podpisania umowy;
- wyciąg z dokumentacji postępowania pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na 3 zadania: zadanie B od węzła „Podgórze” (z węzłem) do węzła „Kamień” (bez węzła) o długości ok. 10,5 km”,
- porównanie obecnego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego z dwoma innymi postępowaniami, tj. „Przebudowa, budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 984 Lisia Góra
- Radomyśl Wielki - Mielec, oraz przebudowa drogi wojewódzkiej nr 983 Sadowa Góra - Mielec, Etap IV.1 - Budowa nowego odcinka drogi wojewódzkiej nr 94 od drogi wojewódzkiej nr 983 do drogi wojewódzkiej nr 985 (skrzyżowanie) w kierunku ul. Kosmonautów wraz z budową mostu na rzece Wisłóce”, oraz „Budowa drogi wojewódzkiej nr 992 Jasło-Granica Państwa na odcinku pomiędzy drogą krajową Nr 28 a drogą krajową Nr 73”.

Na podstawie ww. dokumentów Izba uznała za uprawdopodobnione okoliczności wskazujące na konieczność przedłużenia terminu wykonania dokumentacji projektowej. Izba uwzględniła okoliczność, że zakres prac w każdym z ww. postępowań różnił się od przedmiotowego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Jednakże przebieg ww. postępowań i określone w nich terminy wskazują na to, że konieczne jest przedłużenie 12 miesięcznego terminu na przygotowanie dokumentacji projektowej. Powyższe prowadzi też do wniosku, że w sytuacji, jeśli w przedmiotowym postępowaniu zaistnieje konieczność sporządzenia raportu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, określony przez Zamawiającego termin wykonania dokumentacji projektowej będzie nierealny. Dowodem na potrzebę przedłużenia wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na wykonanie dokumentacji projektowej są także złożone przez Odwołującego oferty trzech ewentualnych podwykonawców, tj. Naturprojekt T.P., Trakt Sp. z o.o. sp. k., oraz Lafrentz Polska Sp. z o.o. Z ich treści w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że każdy z tych podmiotów nie widzi możliwości realizacji pełnego zakresu przedmiotu zamówienia w terminie określonym przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła ponadto, że Zamawiający nie podjął próby wykazania, że przyjęte w SIWZ terminy są realne. Zamawiający oparł argumentację jedynie na własnym przekonaniu, że brak jest podstaw do przeprowadzenia raportu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko czy inwentaryzacji przyrodniczej. Przekonanie Zamawiającego nie może jednak stanowić argumentu przemawiającego za realnością terminów wskazanych w specyfikacji, skoro nie zostało ono odzwierciedlone w jej treści (zamawiający w specyfikacji nie wykluczył obowiązku przeprowadzenia raportu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, jak też nie rozróżnił terminu w zależności od zakresu obowiązków, jakie zobowiązany będzie zrealizować wykonawca).

Izba za zasadny uznała także wniosek Odwołującego o przedłużenie terminu realizacji zamówienia. Izba uwzględniła argumentację Odwołującego, który stwierdził, że po odjęciu okresów zimowych (15.12-15.03) od faktycznego czasu na wykonanie zamówienia (18 miesięcy), realny czas, jaki pozostanie na realizację robót to ok. 13 miesięcy. W toku rozprawy Zamawiający pośrednio przyznał, że liczony w ten sposób czas na wykonanie przedmiotu zamówienia jest zbyt krótki. Zamawiający podał bowiem, że okres 20 miesięcy, o którym mowa w pkt IV ppkt 7 SIWZ Zamawiający liczy jako miesiące pracujące, bez okresów zimowych (15.12-15.03). Taki sposób liczenia terminu, choć jest zgodny z intencją Odwołującego, nie wynika jednak z treści pkt IV ppkt 7 SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp. Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak

w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :