Sygn. akt KIO 1915/16
Sygn. akt KIO 1916/16

WYROK
z dnia 31 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Dagmara Gałczewska-Romek
Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2016 r. przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działającego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie

przy udziale:
- Budimex S.A. w Warszawie, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PORR Polska Infrastructure S.A. w Warszawie, Porr Bau GmbH w Wiedniu (Austria), wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie, Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w Wysokiej, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MOTA Engil Central Europe S.A. w Krakowie, Unibep S.A. w Bielsku Podlaskim zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawach o sygn. akt KIO 1915/16 i KIO 1916/16;
- Warbud S.A. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1916/16

---

orzeka:

1.1 uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1915/16 i nakazuje Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad działającemu przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie:
- zmianę postanowienia pkt 1.4.1.1. oraz 1.4.1.11 PFU tak, aby nie było wątpliwości, co do zakresu zmiany wynikającej z odpowiedzi na odwołanie z 26 października 2016 r. oraz takie ukształtowanie tych postanowień PFU, aby w przypadku konieczności wprowadzenia zmian wynikających z audytu BRD wykraczających poza wymagania przepisów, norm i SIWZ do oceny zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenie Czasu na Ukończenie znajdowała zastosowanie klauzula 13.1;
- zmianę postanowienia 1.5.2.1 PFU przez wskazanie konsekwencji braku uzyskania zgody na odstępstwo lub nieterminowe wydanie zgody na odstępstwo z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy;

1.2. uwzględnia odwołanie w sprawie KIO 1916/16 i nakazuje Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad działającemu przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie:
- uzupełnienie dokumentacji postępowania o ustalenia w zakresie zamiennego przebiegu drogi powiatowej 2218 W – obniżonych parametrów technicznych;

1.3. w pozostałym zakresie oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działającego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 zł 00 gr

(słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działającego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie na rzecz Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa w Warszawie kwotę 40.000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący: ……..…

……..…..

……..

Sygn. akt KIO 1915/16
Sygn. akt KIO 1916/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działającego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są „Projekt i budowa węzła „Lubelska" na przecięciu dróg ekspresowych S17 i S2 do autostrady A2 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi" oraz „Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku węzeł „Lubelska" - początek obwodnicy Mińska Mazowieckiego" z podziałem na zadania: Zadanie A: „Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku węzeł „Lubelska" - początek obwodnicy Mińska Mazowieckiego" odcinek I od węzła „Lubelska" (bez węzła) do węzła „Konik" (z węzłem) o długości około 5,6 km", Zadanie B: „Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku węzeł „Lubelska" - początek obwodnicy Mińska Mazowieckiego" odcinek II od węzła „Konik"(bez węzła) do początku obw. Mińska Mazowieckiego o długości około 9 km". Ogłoszenia o zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odpowiednio 17 czerwca 2015 r. pod numerem 2015/S 115-207663 oraz 13 października 2015 r. pod numerem 2015/S 198-358523. Wartość każdego zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ", Polski Związek Pracodawców Budownictwa w Warszawie wniósł dwa odwołania 10 października 2016 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie w sprawie KIO 1915/16 - „Projekt i budowa węzła „Lubelska" na przecięciu dróg ekspresowych S17 i S2 do autostrady A2 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi":

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej

oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;

2) §15 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako „Rozporządzenie") przez zaniechanie sporządzenia Programu funkcjonalno - użytkowego w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty;
3) art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego;
4) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
5) art. 14 ustawy w związku z art. 387 kodeksu cywilnego w zw. z art. 577 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 353 1 kodeksu cywilnego przez żądanie przez zamawiającego, aby wykonawca zobowiązał się w ramach udzielanej Gwarancji Jakości, iż w okresie Gwarancji Jakości dla drogi klasy A i S, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego będzie wynosił > 0,40; zaś dla pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic -> 0,42, co w konsekwencji spowoduje zwarcie umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Konkretyzując podniesione zarzuty następujące odwołujący zaprezentował stanowisko:

„II.1. Audyt BRD

1. Zamawiający w ramach Programu funkcjonalno - użytkowego („PFU"), będącego Tomem III SIWZ, kilkukrotnie definiuje obowiązki nałożone na Wykonawcę poprzez odwołanie się do wyników Audytu BRD. Taką konstrukcję zastosował w ramach następujących punktów PFU:
- pkt. 1.4.1.1, na stronie 9 PFU (,,Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania'): „Wymagania zarządcy drogi wynikające z Audytu BRD przeprowadzonego na etapie projektowania są zobowiązaniami Wykonawcy zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Wszelkie następstwa oraz obowiązki wskazane w Audycie BRD na etapie przed oddaniem do ruchu i Zapisach decyzji pozwolenia na użytkowanie (warunki w nich zawarte) wynikające z obowiązujących przepisów Prawa bądź

Umowy są zobowiązaniami Wykonawcy i zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej";
- pkt 1.4.1.11 PFU, na stronie 42 PFU („Organizacja ruchu"): „Zmiany wynikające z uwzględnienia przez Zarządcę Drogi wyniku audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego, o czym jest mowa w art. 24i ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, w zakresie oznakowania pionowego, elementów BRD należy wprowadzić do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie".
w uzasadnionych przypadkach zarządca może jednak nie uwzględnić. W praktyce, w oparciu o cytowane przepisy ustawy o ruchu drogowym, Audyt BRD przeprowadza GDDKiA, czyli Zamawiający, i od niego zależy jakie dodatkowe elementy Wykonawca miałby ewentualnie wprowadzić do dokumentacji a następnie wybudować.
3. Powyższe, w połączeniu z cytowanymi w ramach pkt 1 postanowieniami zastosowanym przez Zamawiającego determinuje, że przeniósł on całkowite ryzyko związane z nieznanym zakresem koniecznych do wykonania prac i obowiązków na Wykonawcę, pozbawiając go możliwości zgłaszania na tej podstawie roszczeń o modyfikację kontraktu. Z uwagi na fakt, iż Audyt BRD przeprowadzany jest dopiero na etapie projektowania, a jednocześnie przeprowadzany jest przez GDDKiA, a więc podmiot niezależny od Wykonawcy, siłą rzeczy Wykonawca nie może znać na etapie przygotowywania oferty zakresu obowiązków

wynikających z tego audytu, zakres ten jest przy tym całkowicie od niego niezależny. Tym samym, wymagania zarządcy drogi (GDDKiA) miałyby być zobowiązaniem Wykonawcy w sytuacji gdy Wykonawca na etapie składania ofert nie może przewidzieć nakładu czasu i kosztów jakich wymagać będzie wynik Audytu BRD.
4. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że analogiczny zarzut był przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w ramach sprawy o sygn. KIO 437/16, która nakazała modyfikację treści SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego, a rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zostało potwierdzone również przez Sąd Okręgowy w Warszawie w ramach wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16). Tak KIO, jak i Sąd Okręgowy uznały, że przez wzgląd na brak możliwości przewidzenia zakresu i konsekwencji wynikających z treści audytu BRD, postanowienia PFU przerzucające na Wykonawcę ryzyko związane z jego treścią, są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane. Warto podkreślić, że Sąd Okręgowy akcentował w tym zakresie, że automatyczne uznanie a priori, iż ewentualne zmiany w zakresie realizacji zamówienia wynikające z audytu BRD nie wpłyną ani na koszt ani na czas inwestycji jest nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.
5. W związku z tym, stwierdzić należy, że Zamawiający, pomimo jednoznacznej kwalifikacji stosowanych przez niego praktyk związanych z wprowadzaniem do PFU postanowień o takiej treści jako nieprawidłowych, konsekwentne opisuje przedmiot

zamówienia i warunki przyszłego stosunku zobowiązaniowego, w sposób wadliwy. Zamawiający zaniechał bowiem precyzyjnego określenia opisu przedmiotu zamówienia, odwołując się do przyszłych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń. Konsekwencje swoich zaniechań, Zamawiający przerzucił przy tym w pełnym zakresie na Wykonawcę, obarczając go ryzykiem wynikającym z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót, które mogą wynikać z treści Audytu BRD. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. .1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego.
- modyfikację pkt i.4.1.II PFU w zaskarżanym zakresie poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zmiany wynikające z uwzględnienia przez Zarządcę Drogi wyniku audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego, o czym jest mowa w art. 24i ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, w zakresie oznakowania pionowego, poziomego, elementów BRD należy wprowadzić do realizacji. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.2. Eksperymentalne oznakowanie pionowe

1. W pkt 1.4.1.11.1 PFU, strona 42 PFU, („Organizacja ruchu") Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „Zamawiający może wymagać zastosowania oznakowania pionowego jako eksperymentalnego. Schemat oznakowania eksperymentalnego stanowi załącznik do PFU".
2. Powyższe postanowienie PFU cechuje się niejednoznacznością i nie daje wykonawcom możliwości jednoznacznego zidentyfikowania potrzeb zamawiającego, mających stanowić podstawę wyceny składanych ofert. Na podstawie takiego ukształtowania zobowiązań nałożonych na wykonawcę, każdy z potencjalnie zainteresowanych składaniem oferty, może przyjąć inną metodologię jej wyceny, zakładając konieczność - bądź nie - zastosowania oznakowania pionowego eksperymentalnego i w różny sposób identyfikować swoje zobowiązania z tym związane. W konsekwencji, prowadzi to do uzyskania przez Zamawiającego nieporównywalnych ofert, godząc przy tym w zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych, do przestrzegania której Zamawiający jest zobowiązany.
3. W ocenie Odwołującego, pomimo faktu, iż postępowanie prowadzone jest w trybie formuły „zaprojektuj i wybuduj", obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z §15 Rozporządzenia, jest przedstawienie stanowczych podstaw wyceny ofert składanych przez wykonawców zainteresowanych pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, eliminujących potrzebę wnioskowania co do zapotrzebowania Zamawiającego. Zamawiający, kierując się elastycznością formuły „zaprojektuj i wybuduj" nie musi określać szczegółowych rozwiązań materiałowych, nie mniej jednak powinien jednoznacznie wskazać oczekiwane przez niego

rozwiązania techniczne i efekty wprowadzanych przez wykonawców rozwiązań.
4. Zamawiający nie dając jednoznacznej informacji co do tego w jaki sposób i w jakim zakresie wykonawcy mają przewidzieć w swoich ofertach oznakowanie eksperymentalne, pozbawia ich de facto możliwości wyceny tych elementów na etapie sporządzania oferty. Jednocześnie, nie przewiduje związanej z tą okolicznością możliwości zmiany kontraktu wynikającej, po raz kolejny nadużywając swojej pozycji gospodarza postępowania, przerzuca większość ryzyk gospodarczych na wykonawców, doprowadzając do niemożliwej do zaakceptowania zaburzenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.
6. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez modyfikację PFU poprzez:
- usunięcie kwestionowanego postanowienia z pkt 1.4.1.11. PFU, ewentualnie
- dodanie w ramach SIWZ postanowienia o następującej treści: Umiany wynikające z konieczności zastosowania oznakowania eksperymentalnego będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.3. Dokumentacja geologiczno- inżynierska i hydrogeologiczna

1.W ramach pkt 1.4.1.1 PFU, strony 9 - 10, („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania Zamawiający wyszczególnił udostępniany wraz z PFU katalog dokumentów więżących Wykonawcę, w tym katalog dokumentów odnoszących się do modelu budowy podłoża w formie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej. W odniesieniu do wskazanych dokumentów, Zamawiający zawarł jednocześnie następujące zastrzeżenie: „Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że rozpoznanie podłoża - na podstawie którego opracowano model budowy podłoża zawarty w ww. opracowaniu - miało charakter punktowy, a szczegółowe określenie rodzaju i stanu gruntu, przelotu poszczególnych warstw czy głębokości występowania zwierciadła wody gruntowej dotyczy wyłącznie poszczególnych wyrobisk badawczych. W przypadku uznania przez Wykonawcę, że przekazane wyniki badań wymagają uzupełnienia lub określenia dodatkowych specjalistycznych parametrów, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo - wodne wpływające na posadowienie obiektów inżynierskich i wykonanie robót drogowych oraz za wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu".
2. Powyższe postanowienia PFU świadczą o ich niespójności i już z samego tego faktu powinny zostać wyeliminowane z obrotu prawnego jako niespełniające wytycznych ustawodawcy dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, szczegółowo opisanych w pkt I niniejszego odwołania. Z jednej strony, Zamawiający wskazuje bowiem, że udostępniane, załączone do PFU dokumenty w wyszczególnionym zakresie, mają Charakter wiążący, z

drugiej zaś. Przerzuca na Wykonawcę ryzyko związane z wystąpieniem w ich treści ewentualnych nieprawidłowości. Dochodzi więc do dualizmu postanowień SIWZ w tym zakresie, ponieważ Wykonawcy z jednej strony wyceniając swoją ofertę mają kierować się informacjami geologicznymi i hydrogeologicznymi przekazanymi przez Zamawiającego, z drugiej zaś strony mają ponieść całkowite ryzyko błędów tej dokumentacji, których Zamawiający nie wyklucza, przerzucając jednak odpowiedzialność z tego tytułu na Wykonawców. Innymi słowy, z uwagi na wiążący charakter SIWZ każdy z Wykonawców teoretycznie powinien wyceniać ofertę na podstawie przekazanych w jej ramach informacji, Niemniej jednak, Wykonawcy zmuszani zostają w ramach niniejszego Postępowania do przewidywania, czy informacje przekazane przez Zamawiającego są prawidłowe, a w razie negatywnej konkluzji w tym zakresie, do oszacowania nieznanych ryzyk z tym związanych w ramach swojej oferty.
Program funkcjonalno-użytkowy powinien zawierać takie informacje, które umożliwią ustalenie planowanych kosztów i wycenę oferty.
4. Informacje będące podstawą wyceny powinny mieć stanowczy charakter, zwłaszcza, że nie przewidziano w ramach niniejszej sprawy możliwości ich weryfikacji na etapie prowadzenia Postępowania, przed złożeniem ofert. W ramach przedmiotowego Postępowania Wykonawcy nie mają na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia możliwości wykonania badań terenowych w celu uzupełnienia wiedzy w zakresie warunków gruntowo - wodnych. Taka możliwość została im zagwarantowana dopiero na późniejszym etapie - co mogą uwzględnić w swojej ofercie. Nie eliminuje to jednak faktu, że na etapie

składania oferty wykonawcy oszacować muszą nieznane ryzyka związane z błędami w udostępnionej dokumentacji, przyjmując a priori czy uznać dokumentację przedstawioną przez Zamawiającego jako prawidłową czy też nie. Takie ukształtowanie postanowień przetargowych powoduje przy tym, że każdy z oferentów może poczynić inne założenia w tym zakresie, a co za tym idzie przygotować nieporównywalne względem siebie oferty.
5. W konsekwencji doszło do naruszenia: (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, (ii) §15 Rozporządzenia, oraz (iii) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 Kodeksu cywilnego, a także (iv) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
6. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez jednoczesne:
- wykreślenie z pkt 1.4.1.1 PFU Zastrzeżenia, iż „Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo - wodne wynikające ze zmiany położenia zwierciadła . wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu",
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.1 PFU następującego postanowienia: „Jeżeli wystąpią rozbieżności pomiędzy udostępnioną dokumentacją geologiczno-inżynierską oraz

hydrogeologiczną a rzeczywistym stanem faktycznym, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.4. Koordynacja na stykach z innymi odcinkami

1.W ramach pkt 1.4.1.1. PFU, strona 10-11 PFU, Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie:
• Projekt Budowlany (PB) - w zakresie:
(...) Miejsc styku opracowania z sąsiadującymi opracowaniami oraz założonym przez Zamawiającego podziałem na odcinki realizacyjne:
a) Styk z Zadaniem A: „Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku węzeł „Lubelska" - początek obwodnicy Mińska Mazowieckiego" odcinek I od węzła „Lubelska" (bez węzła) do węzła „Konik" (z węzłem) o długości około 5,6 km".
b) Styk z zadaniem „Budowa drogi ekspresowej S-2 (POW). Zadanie „C" od węzła Wał Miedzeszyński (bez węzła) do węzła Lubelska (bez węzła) o długości ok. 7,5 km".
c) Styk z zadaniem „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 stanowiącej część Wschodniej Obwodnicy Warszawy na odcinku węzeł „Zakręt" (z węzłem) - węzeł „ Lubelska"(bez węzła) o długości około 2,5 km.
d) Styk z zadaniem S17 węzeł „Lubelska" (bez węzła) - Kołbiel (początek obwodnicy) od ok km 4+049 do ok. km 19+200 dług. ok. 15,151 km.
Styki przedmiotowych zadań wymienionych w podpunktach a - d w zakresie opracowania dokumentacji projektowej, prowadzenia robót budowlanych należy wzajemnie skoordynować przez Wykonawców Zadań, uzgodnić z Inżynierem Kontraktu i Zamawiającym. Powyższe jest niezbędne w celu uniknięcia Robót traconych".
2. Powyższe postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego do PFU narzuca na Wykonawców obowiązek uzgodnienia prac z innymi podmiotami, od niego niezależnymi, przy jednoczesnym braku przekazania szczegółowych informacji co do zakresu i terminów w jakich wykonawcy mogą otrzymać informacje o rozwiązaniach zastosowanych przez wykonawców sąsiednich odcinków, umożliwiające ich koordynację. Samo tylko przez takiego uznać należy za zasygnalizowanie Zamawiającego obowiązku niewystarczające, bowiem brak szczegółowych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie ceny ofertowej. Podkreślenia wymaga, że realizacja inwestycji budowlanej odbywa się w oparciu o ściśle przygotowany harmonogram, minimalizujący ryzyko przestojów i optymalizujący koszty projektu. Zaburzenie realizacji takiego harmonogramu wprost więc przekłada się na ryzyko gospodarcze, które mógłby ponieść Wykonawca. Tymczasem, już samo opóźnienie w wyłanianiu wykonawców na poszczególne odcinki wymienione w podpunktach a) do d) może

spowodować, że skoordynowanie wzajemnych prac może okazać się niemożliwe.
3. W tym kontekście, warto wskazać, iż w podobnej sprawie rozstrzyganej w ramach wyroku

o sygn. KIO 411/13, gdzie nałożono na Wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcą, którego zakres i terminarz prac nie był znany, Izba uznała, iż doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że poinformowanie jedynie wykonawcy o zamiarach zamawiającego wprowadzenia na teren budowy innego wykonawcy jest niewystarczający. Jak argumentowała KIO w ramach cytowanego wyroku: „Skoro zamawiający w jednym czasie zleca roboty do prowadzenia w obrębie tego samego placu różnym wykonawcom, winien zapewnić ich stosowne skoordynowanie, aby żaden z tych wykonawców nie był przez to narażony na przestoje". Per analogiam, jeżeli Zamawiający przeprowadza zadanie inwestycyjne, w skład którego wchodzić będą odcinki realizowane przez różne podmioty, powinien przyjąć na siebie przynajmniej część obowiązków skoordynowania ich prac, określając przynajmniej wiążący termin otrzymania przez każdego z nich wzajemnych informacji o szczegółach prac bezpośrednio wpływających na zakres ich zobowiązań.
4. Zaniechanie dalej idącego doprecyzowania związanego z koniecznością koordynacji prac wykonawców na stykach odcinków należy uznać za naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i § 15 Rozporządzenia, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
5. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację SIWZ poprzez określenie w ramach PFU terminu, w jakim wykonawca otrzyma rozwiązania z sąsiedniego odcinka umożliwiające koordynację prac, o której mowa w pkt 1.4.1.1 PFU.

II.5. Ciąg pieszo- rowerowy

1.W ramach pkt I.4.I.3.2. PFU, strona 22-23 PFU („Węzły i łącznice, przejazdy, drogi dojazdowe obsługujące przyległy teren") w części pn. „Infrastruktura dla pieszych i rowerzystów", Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi rowerowe, należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach i o parametrach, które wynikają z dokumentów załączonych do SIWZ i wskazanych jako wiążące. Zamawiający dopuszcza zmianę lokalizacji i parametrów ciągów pieszo rowerowych, chodników, ścieżek/dróg rowerowych w sytuacji, gdy będą wynikały z uzgodnień Projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami Audytu BRD".
2. Analizując powyższy zapis PFU, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający zawarł w powyższym postanowieniu wzajemnie sprzeczne uregulowania. Z jednej strony wskazał, iż budowa chodników i ścieżek ma być wykonywana w oparciu o dokumenty załączone do SIWZ, z drugiej zaś uzależnił ich przebieg od uzgodnień nieznanych na etapie przygotowywania oferty i niemożliwych do przewidzenia przez

Wykonawcę. Zamawiający zastosował więc w tym zakresie konstrukcję analogiczną do postanowień kwestionowanych w ramach pkt II. 1. oraz II.2. niniejszego odwołania, a co za tym idzie poczynione w zakresie powyższych punktów uwagi zachowują aktualność także w odniesieniu do omawianego w tym miejscu zarzutu.
3. Podkreślenia przy tym wymaga, iż analogiczna konstrukcja, uzależniająca przebieg ciągów pieszo rowerowych od nieznanych na etapie ofertowania okoliczności, była stosowana przez Zamawiającego w innym, przedmiotowo zbliżonych postępowaniu. Jej prawidłowość zanegowana została jednak w cytowanym już wyroku o sygn. KIO 437/16, potwierdzonym następnie w wyroku SO w Warszawie w sprawie o sygn. XXIII Ga 675/16. Kwestionowane w sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia w ww. wyrokach postanowienie nieznacznie odbiegało od treści klauzuli zastosowanej przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu („Ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi rowerowe należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz miejscach/ o parametrach, które wynikają z uzgodnień z zarządcą drogi i potrzeb BRD'). Niewątpliwie rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zachowuje więc aktualność i może zostać przełożone bezpośrednio na okoliczności niniejszej sprawy, z tego względu, iż Zamawiający nadal odwołuje się do nieznanych na etapie przygotowywania oferty okoliczności, rozszerzając wręcz katalog uzgodnień, które trzeba będzie wziąć pod uwagę przy ostatecznym ustalaniu lokalizacji i parametrów ciągów komunikacyjnych - Zamawiający wskazał bowiem na konieczność respektowania uzgodnień Projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami Audytu BRD. Zamawiający w ramach konstruując Ponadto, niniejszego Postępowania, kwestionowane postanowienie, użył co prawda sformułowania „dopuszcza nową lokalizację

lub zmianę lokalizacji", co nie zmienia faktu, że Wykonawcy muszą wziąć pod uwagę ryzyko takiej zmiany, które, jak zostało powyżej wskazane, nie jest możliwe do oszacowania, gdyż zależne jest w każdym z przypadków od okoliczności przyszłych, niezależnych w żaden sposób od Wykonawcy.
4. Zamawiający, wprowadzając do PFU powyższe postanowienie, nie powiązał z nim przy tym możliwości wprowadzenia do kontraktu modyfikacji, wynikających z ewentualnych zmian lokalizacji i parametrów ciągów komunikacyjnych względem wytycznych przekazanych w ramach PFU. Ryzyko zmian w tym zakresie zostało więc w całości przerzucone na Wykonawcę, który szacując swoją ofertę nie jest siłą rzeczy w posiadaniu danych, które ostatecznie mogą okazać się dla niego wiążące, z uwagi na poczynione, przyszłe uzgodnienia.
5. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie

Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi, również w zasadę uczciwej konkurencji. zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami Audytu BRD zmieni się zakres prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem ciągów pieszo rowerowych, chodników, ścieżek/ dróg rowerowych, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.6. Uzgodnienia - przepusty i zbiorniki

1. Niezależnie od powoływanych już w treści niniejszego odwołania postanowień, definiujących zakres zobowiązań nałożonych na Wykonawcę poprzez odniesienie do treści przyszłych decyzji i uzgodnień, nieznanych na moment składania ofert, w ramach PFU zidentyfikowane zostały analogiczne postanowienia, uzależniające zakres prac od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków:
- pkt 1.4.1.5 PFU (,,Przepusty dla celów ekonomicznych i odwodnienia dróg"), strona 25 PFU, zwarty został zapis o następującej treści: „Ostateczne ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli łub zarządców cieków, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej, Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko (przyp. w przypadku PFU dla zadania A w tym miejscu dodatkowe sformułowanie „na etapie uzyskiwania ZRID"). Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych W Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie",
- pkt 1.4.1.6 PFU („Zbiorniki retencyjne i retencyjno-infiitracyjne"), strona 26-27 PFU, zawarty został zapis o następującej treści: „Ostateczna ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli tub zarządców cieków, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej, Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko".
2. Co wielokrotnie było już podnoszone w treści niniejszego odwołania nieprawidłowym i naruszającym przepisy ustawy Pzp jest odwoływanie się w opisie przedmiotu zamówienia do nieznanych i niemożliwych do oszacowania okoliczności, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia. Powyższe, świadczy o nadużywaniu praw podmiotowych przez

Zamawiającego i skrajnej nierównowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Wykonawcy powinni mieć bowiem precyzyjne dane wyjściowe do przygotowania swojej oferty, przedstawione w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania. Nieprawidłowość konstruowania przez Zamawiających zapisów o takiej treści wielokrotnie była zresztą

potwierdzana przez Krajową Izbę Odwoławczą i Sądy Powszechne, w tym w ramach spraw, których stroną był Zamawiający. sposób przewidziany przez żadnego z wykonawców profesjonalnie działających na rynku. Takie uzgodnienia dotyczyć mogą w praktyce każdego z elementów i wiązać się tak z kosztami, jak i z czasem realizacji inwestycji. Wykonawca na etapie przygotowywania oferty nie ma możliwości przewidzieć wymagań zarządców/ gestorów i w związku z tym nie ma możliwości rzetelnego oszacowania składanej przez siebie oferty. Pomimo to, Zamawiający wykluczył możliwość modyfikacji kontraktu wywołanej zmianą zakresu prac wynikającą z narzuconych na Wykonawców uzgodnień, nakładając de facto na Wykonawców konieczność oszacowania nieznanych im ryzyk. Podkreślić raz jeszcze należy, że takie ryzyko może być zupełnie inaczej uwzględnione przez każdy z podmiotów, a co za tym idzie Zamawiający naraża się na uzyskanie nieporównywalnych ofert, dając tym samym wyraz lekceważenia konieczności racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
4. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz § 15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
5. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez modyfikację PFU poprzez jednoczesne:
- usunięcie z pkt 1.4.1.5 i 1.4.1.6. PFU zastrzeżenia, iż zobowiązania nałożone na wykonawcę uzależnione będą od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków,
- usunięcie z pkt I.4.I.5. PFU zastrzeżenia o treści: „Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie",
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.5 oraz 1.4.1.6 PFU postanowienia o następującej treści: „Jeżeli na skutek uzgodnień dokonywanych na etapie realizacji zamówienia zmieni się zakres prac nałożonych w tym zakresie na wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.7. Uzgodnienia - umowy

---

1. W pkt 1.4.1.7 PFU („Instalacje i infrastruktura"), strona 29 PFU, zawarte zostało postanowienie o następującej treści: „W przypadku nałożenia przez właścicieli bądź zarządców infrastruktury technicznej obowiązku zawarcia umów, regulujących wzajemne zobowiązania z Inwestorem, należy uregulować wszelkie formalności z tym związane. Przedmiotowe umowy powinny uwzględniać uwarunkowania wynikające z obowiązującego prawa, rozwiązań projektowych oraz wydanych w sprawie budowy drogi krajowej decyzji administracyjnych. Wykonawca zobowiązany jest do zawarcia przedmiotowych umów z gestorem sieci (w tym umów na usunięcie kolizji i umów przyłączeniowych) oraz wykonania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalno-prawnych wynikających-z tych umów. Zobowiązania umowne zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie". zmiennych, od których uzależniona jest skala zobowiązań związanych z zawieranymi w tym trybie umowami jest niemożliwy do przewidzenia. Opłaty wynikające z konieczności zawieranych umów mogą wynikać z wewnętrznych zarządzeń, o których Wykonawca nie ma, i nawet przy dochowaniu należytej staranności, nie mógłby mieć wiedzy. Tym samym, żaden z profesjonalnie działających na rynku podmiotów nie jest dysponentem takich danych, które umożliwiałyby mu rzetelne skalkulowanie oferty w zakresie ryzyka związanego z tym zobowiązaniem.
3. Podkreślenia przy tym wymaga, że to Zamawiający, nawet w ramach formuły zaprojektuj i wybuduj, obowiązany jest do udostępnienia wykonawcom danych pozwalających na dokonanie kalkulacji oferty, co wprost potwierdza wielokrotnie przywoływany już w ramach niniejszego odwołania § 15 Rozporządzenia. Nie jest więc rolą Wykonawców, poszukiwanie na rynku informacji, które mogłyby być podstawą dokonania hipotetycznych szacunków związanych z koniecznością zawierania umów z gestorami sieci. Takie indywidualne pozyskiwanie jakichkolwiek danych przez wykonawców, prowadziłoby zresztą do tego, że każdy z nich miałby inne materiały źródłowe, stanowiące podstawę sporządzenia oferty.

Sporządzone w taki sposób oferty byłyby więc nieporównywalne, co nie jest także w interesie Zamawiającego, zobowiązanego przecież do dokonywania racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
4. Nałożenie na Wykonawców zobowiązania tego rodzaju, przy jednoczesnej stanowczej deklaracji, że ma ono mieścić się w Kwocie Kontraktowej oraz Czasie na Ukończenie, stanowi wyraz przerzucenia całego ryzyka kontraktowego z tym związanego na wykonawców. Nie można jednak przecież a priori przyjąć, że zawieranie umów w tym trybie nie spowoduje znacznego zwiększenia obowiązków nałożonych na wykonawców, które nieodzownie będą łączyły się z koniecznością poniesienia z tego tytułu znacznych kosztów, które jak wynika z powyższych rozważań, nie mogły zostać oszacowane na etapie sporządzenia oferty. Takie działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużywania jego uprzywilejowanej pozycji gospodarza postępowania i świadczy o niezgodnym z prawem

wykorzystywaniu własnego prawa podmiotowego kosztem wykonawców, na których przerzucane są obciążenia znacznie wykraczające poza możliwy do przyjęcia podział ryzyk w ramach stosunku umownego.
5. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
6. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez jednoczesne:
- usunięcie z pkt 1.4.1.7 PFU zastrzeżenia nakładającego na wykonawcę zobowiązanie do wykonywania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalno-prawnych wynikających z umów zawieranych z gestorem sieci,
oraz
- dodanie następującego doprecyzowania: „Dodatkowe koszty wynikające z uzgodnień i umów zawartych z gestorem sieci będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.8. Krajowy System Poboru Opłat

1. W pkt 1.4.1.11.1 PFU („Projekt stałej organizacji ruchu"), strona 42 PFU, Zamawiający wprowadził postanowienie o następującej treści: „W przypadku podjęcia decyzji o objęciu Krajowym Systemem Poboru Opłat odcinka drogi będącego przedmiotem niniejszej inwestycji Zamawiający powiadomi Wykonawcę o takiej decyzji Wykonawcę".
2. Tym samym, Zamawiający wspomina w ramach powyższego zapisu o możliwości wprowadzenia KSPO, nie precyzuje jednak czy okoliczność tę Wykonawcy mają uwzględnić w swojej ofercie, a jeśli tak to w jakim zakresie, zwłaszcza w jakim zakresie może mieć to wpływ na zobowiązania nałożone na Wykonawcę. Wyżej wymienionemu postanowieniu zaproponowanemu przez Zamawiającego brak jest przymiotu stanowczości i jednoznaczności, które powinny być zachowane w ramach opisywania przedmiotu zamówienia zgodnego z wytycznymi ustawodawcy. Na bazie zasygnalizowania tylko przez Zamawiającego możliwości objęcia odcinka drogi Krajowym Systemem Poboru Opłat, żaden z Wykonawców nie jest w stanie zidentyfikować zakresu swoich dodatkowych obowiązków z tym związanych. Tym samym, żaden z wykonawców nie dysponuje podstawą do dokonywania już na tym etapie kalkulacji jakichkolwiek ryzyk związanych z wprowadzeniem tego systemu.
3. Powyższym działaniem, Zamawiający naruszył zdaniem Odwołującego tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz § 15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. T ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego.

Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
4. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez:
- usunięcie kwestionowanego postanowienia pkt 1.4.1.11.1 PFU, tj. postanowienia o treści: „W przypadku podjęcia decyzji o objęciu Krajowym Systemem Poboru Opłat odcinka drogi będącego przedmiotem niniejszej inwestycji Zamawiający powiadomi Wykonawcę o takiej

decyzji Wykonawcę"
ewentualnie:
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.11.1. PFU postanowienia o następującej treści: „Zmiany wynikające z wprowadzenia Krajowego Systemu Poboru Opłat będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie"

II.9. Obiekty inżynierskie - przejścia dla zwierząt

1. W odniesieniu do obowiązków nałożonych na Wykonawcę związanych z budową obiektów inżynierskich w zakresie przejść na zwierząt, Zamawiający wprowadził do PFU m.in. następujące postanowienia:
- pkt 1.4.1.5 PFU, strona 25 PFU: „W przypadku przepustów ekologicznych, w celu uzyskania drożności szlaku migracji zwierząt w pasie objętym realizacją inwestycji, należy uwzględnić konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej. W uzasadnionych przypadkach należy uwzględnić konieczność budowy również dodatkowych obiektów na szlaku migracji (o parametrach określonych w decyzji dła przejścia głównego) w celu bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza pas drogowy (np. pod łącznicami). Za uzasadniony przypadek uważa się sytuację, w której zwierzęta bezpośrednio z przejścia dła zwierząt zlokalizowanego w ciągu szlaku migracji wyprowadzane są na przeszkody uniemożliwiające dalsze kontynuowanie migracji (np. inna droga komunikacyjna o zaporowym, dla możliwości bezpiecznego jej pokonania, natężeniu ruchu, wysoki, stromy nasyp, itp.)",
- pkt 2.1.11.4. PFU, strona 117 PFU: „ W celu uzyskania drożności szlaku migracji zwierząt w pasie objętym realizacją inwestycji należy wziąć pod uwagę konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej oraz w uzasadnionych przypadkach dodatkowych obiektów na szlaku migracji (o min. parametrach określonych w decyzji dla przejścia głównego) w celu bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza pas drogowy. Za uzasadniony przypadek uważa się sytuację, w której zwierzęta bezpośrednio z przejścia dla zwierząt zlokalizowanego w ciągu szlaku migracji wyprowadzane są na. przeszkody uniemożliwiające dalsze kontynuowanie migracji (np. inna droga komunikacyjna o zaporowym, dla możliwości bezpiecznego jej pokonania, natężeniu ruchu, wysoki, stromy nasyp, itp.)".
2. Powyższe postanowienia PFU wskazują więc na ewentualną konieczność budowy

dodatkowych obiektów inżynierskich, nie wiążąc jednak z nimi możliwości zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Innymi słowy, Wykonawcy obarczeni są ryzykiem tego czy zaistnieje konieczność wybudowania dodatkowych obiektów inżynierskich, a z jego podjęciem nie wiąże się możliwość żadnej rekompensaty w postaci zmiany warunków kontraktowych, będących konsekwencją dodatkowych prac. Po raz kolejny, Zamawiający stawia więc znak równości pomiędzy zwiększeniem zakresu zobowiązań kontraktowych a brakiem wynikającego z nich zwiększenia czasu realizacji i zaangażowania finansowego.
3. Co oczywiste, Wykonawcy przygotowując swoją ofertę kierują się informacjami przekazanymi im w ramach PFU, i to te informacje stanowią podstawę do dokonania stosownej wyceny. Co równie oczywiste, na etapie sporządzenia oferty nie mogą oni przyjąć a priori założenia czy konieczna będzie budowa dodatkowych elementów infrastruktury związanych z przejściami dla zwierząt, a nade wszystko jaka będzie skala związanych z tym kosztów. W związku z tym, sama sygnalizacja takiej konieczności dokonana przez Zamawiającego jest niewystarczająca, w świetle faktu, iż ze zmianą wynikającą z ilości budowanych obiektów inżynierskich nie powiązany został żaden mechanizm zabezpieczający Wykonawców. Nie można oczekiwać skalkulowania przez Wykonawcę wszystkich ryzyk, bez precyzyjnego opisania okoliczności mających stanowić podstawę takiej wyceny. Takie stanowisko zajęła m.in. KIO w wyroku o sygn. KIO 897/15, gdzie podkreślone zostało, że zamawiający nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzeniem, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie wszystkie ryzyka.
4. Powyższym, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 ^{1} kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

5. W związku z tym, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez dodanie dodatkowego zastrzeżenia o następującej treści: „Zmiany liczby obiektów wynikające z konieczności budowy dodatkowych obiektów na szlaku migracji będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenie Czasu na Ukończenie".

II.10. System zarządzania ruchem

1.W ramach pkt 1.4.1.11.4. PFU, strona 45 PFU, zawarte zostało postanowienie o następującej treści: „Projektując System Zarządzania Ruchem należy przeanalizować i skoordynować rozwiązania koncepcji SZR z Wykonawcami sąsiadujących odcinków tj. koncepcje SZR z Południowej Obwodnicy Warszawy POW IV C, S17 w. Zakręt oraz autostrady A2 od w. Lubelska do w. Konik, tak aby powstał spójny projekt. Należy

wybudować system zarządzania ruchem na podstawie powyższej Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem w porozumieniu i ścisłej współpracy z Zamawiającym i przy uwzględnieniu jego wymagań oraz postanowień Warunków Kontraktu. System Zarządzania Ruchem będzie integralną częścią Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem ".

2. Powyższe postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego do PFU narzuca na Wykonawców obowiązek uzgodnienia prac z innymi podmiotami, od niego niezależnymi, podczas gdy Wykonawca nie ma żadnego wpływu na rozwiązania innych Wykonawców działających na ww. odcinkach. Samo tylko zasygnalizowanie przez Zamawiającego takiego obowiązku uznać należy za niewystarczające, bowiem brak szczegółowych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie ceny ofertowej. Kierując się wskazanym postanowieniem, na etapie sporządzenia oferty Wykonawcy nie mają pewności co do tego czy przyjęte przez nich założenia dotyczące Systemu Zarządzania Ruchem, będą mogły zostać wdrożone, gdyż w świetle kwestionowanego postanowienia, ich zastosowanie zależne będzie od (nieznanych) rozwiązań dokonanych przez podmioty trzecie. Tym samym, Wykonawcy byliby obciążani negatywnymi konsekwencjami braku możliwości wdrożenia założeń poczynionych przez siebie na etapie kalkulacji oferty, na skutek niezależnych od siebie okoliczności, bez jakiejkolwiek możliwości rekompensaty z tego tytułu.

3. W tym kontekście, warto po raz kolejny przywołać wyrok KIO 411/13, odnoszący się do stanu faktycznego, w którym nałożono na Wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcą, którego zakres i terminarz prac nie był znany. Izba w powyższym wyroku uznała, iż doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Per analogiam, jeżeli Zamawiający przewiduje konieczność zaprojektowania i zastosowania rozwiązania, którego kształt uzależniony jest od wielu niezależnych od siebie podmiotów, to powinien przyjąć na siebie obowiązek skoordynowania tych prac. Nie może bowiem przerzucać na wykonawców obowiązku przewidzenia konsekwencji nieznanych mu rozwiązań zastosowanych przez podmioty od niego niezależne, których sam nie był w stanie na etapie PFU w sposób wyczerpujący zdefiniować.

4. Działanie Zamawiającego wyrażone poprzez kwestionowane postanowienie PFU, należy uznać za naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i § 15 Rozporządzenia, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

5. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację SIWZ poprzez modyfikację pkt 1.4.1.11.4. PFU polegającą na wskazaniu, iż obowiązek skoordynowania rozwiązania koncepcji SZR z Wykonawcami sąsiadujących odcinków będzie obciążał Zamawiającego.

II.11. Infrastruktura techniczna niezwiązana z drogą

1.W pkt 1.5.2.1 PFU („Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne"), na stronie 57-58 PFU, Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Za zgodą Zamawiającego, należy

dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócą się o to inwestorzy tej infrastruktury" Zamawiającego. Tym samym, siłą rzeczy Wykonawca nie ma informacji o skali takich dodatkowych zobowiązań (skoro nie są one związane z budową drogi i wytycznymi przekazanymi w tym zakresie), nie mając też wystarczających danych do ich rzetelnego uwzględnienia w ramach przygotowywanej przez siebie oferty. Zamawiający nie uregulował przy tym kwestii związanej z tym, czy z tego tytułu możliwe będzie zwiększenie wynagrodzenia czy czasu na realizację

całego projektu, a w konsekwencji na ten moment Wykonawcy identyfikują konieczność powyższych uzgodnień jako ryzyko, w którym w żadnym stopniu nie partycypuje Zamawiający.
3. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadą uczciwej konkurencji.
4. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez:
- usunięcie kwestionowanego zapisu pkt 1.5.2.1 PFU, ze strony 57-58 PFU, tj. zapisu o treści: „Za zgodą Zamawiającego, należy dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócą się o to inwestorzy tej infrastruktury".
ewentualnie:
- dodanie w ramach pkt I.5.2.I. PFU postanowienia o następującej treści: „Zmiany wynikające z dodatkowych uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie"

II.12. Harmonogram prac archeologicznych

1. W ramach pkt I.5.2.I. PFU (,,Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne"), na stronie 58 PFU, Zamawiający wskazał w odniesieniu do podpunktu dotyczącego Badań archeologicznych i innych . działań przy zabytkach, że „W trakcie prowadzenia Robót ziemnych Zamawiający zapewni stały nadzór archeologiczny. Wykonawca winien współpracować z nadzorem archeologicznym, wyłonionym przez Zamawiającego, informując o terminach robót ziemnych oraz umożliwiając wstęp na piać budowy. Ponadto Wykonawca winien współpracować na etapie realizacji inwestycji z wykonawcami badań archeologicznych, w tym badań sondażowych i wykopaliskowych, wyłonionymi przez Zamawiającego, umożliwić im wstęp na plac budowy oraz dostosować harmonogram robót

do terminów prac archeologicznych".
3. W tym kontekście, warto wskazać, iż w podobnej sprawie rozstrzyganej w ramach wyroku o sygn. KIO 411/13, gdzie nałożono na Wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcą, którego zakres i terminarz prac nie był znany, Izba uznała, iż doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że poinformowanie jedynie wykonawcy o zamiarach zamawiającego wprowadzenia na teren budowy innego wykonawcy jest niewystarczający. Jak argumentowała KIO w ramach cytowanego wyroku: „Skoro zamawiając w jednym czasie zleca roboty do prowadzenia w obrębie tego samego placu różnym wykonawcom, winien zapewnić ich stosowne skoordynowanie, aby żaden z tych wykonawców nie był przez to narażony na przestoje
4. W konsekwencji również na gruncie niniejszego Postępowania uznać należy, że postanowienie PFU o takiej treści narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
5. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez usunięcie z treści zaskarżanej klauzuli, opisanej w pkt 1.5.2.1. PFU (strona 58) sformułowania o treści: „oraz dostosować harmonogram robót do terminów prac archeologicznych".

II.13. Współpraca z zarządcami innych dróg

1. W pkt 1.5.2.1 PFU, strona 57 PFU, wskazane zostało, że „W celu opracowania rozwiązań projektowych dia dróg innych kategorii niż drogi krajowe, przewidzianych przez Zamawiającego do przebudowy w ramach niniejszego zadania, należy podjąć współpracę z zarządcami tych dróg. Należy dokonać obliczeń zaproponowanych konstrukcji jezdni w punkcie 2.1.2. PFU".
2. Powyższe postanowienie jest kolejnym z postanowień definiujących zakres świadczeń Wykonawców poprzez odniesienie się do nieznanych na etapie sporządzania oferty okoliczności, stąd też aktualność zachowują dotychczas poczynione uwagi odnoszące się do takich analogicznych stanów faktycznych. W kontekście tego konkretnego zarzutu nie ulega wątpliwości,, że-żaden z Wykonawców na etapie składania ofert nie jest w stanie przewidzieć i wycenić postulatów zgłaszanych ad hoc przez zarządców drogi na etapie realizacji

zamówienia. Żaden z wykonawców nie posiada więc de facto podstaw do wyceny swojej oferty, a ryzyko związane z jej ewentualnym niedoszacowaniem w tym zakresie jest całkowicie na niego przerzucone.
3. Ponadto, Zamawiający wprowadzając konieczność dokonania uzgodnień z podmiotami trzecimi, w żaden sposób nie określił zakresu koniecznej między nimi współpracy. Tym samym, Zamawiający nie tylko nie określił zakresu nałożonych na Wykonawcę zobowiązań w sposób bezpośredni w PFU, ale zaniechał nawet przedstawienia jakichkolwiek informacji umożliwiających w sposób pośredni dokonanie ustaleń w tym przedmiocie.

4. Tym samym, pozostawienie postanowienia o takiej treści w ramach PFU świadczy o naruszeniu (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia (ii) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 Kodeksu cywilnego, a także (iii) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
- dodanie postanowienia o następującej treści: „Jeżeli wymagania zarządców dróg będą wykraczały poza określony przez Zamawiającego minimalny zakres przebudowy dróg, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.14. Odstępstwa

1. W ramach pkt 1.5.2.1 PFU, strona 58 PFU, zawarte zostało postanowienie o następującej treści: „W przypadku potrzeby procedowania zgodnie z art. 9 Prawa budowlanego Wykonawca jest zobowiązany uzyskać odstępstwa od przepisów techniczno-budowlanych w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie".
2. Nieprawidłowości ww. postanowienia PFU upatrywać można na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, Zamawiający wymaga wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, nakładając jednocześnie na Wykonawców wymóg uzyskania w razie potrzeby odstępstwa od przepisów techniczno- budowlanych w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie. W ramach postanowień SIWZ, Zamawiający nie reguluje natomiast kwestii braku uzyskania stosownego odstępstwa, bez winy Wykonawcy, tj. sytuacji, w , której pomimo złożenia kompletnego wniosku o odstępstwo organ nie udzieli stosownej zgody. Innymi słowy, Zamawiający w sposób niekompletny przedstawia opis przedmiotu zamówienia i zobowiązania nałożone na Wykonawcę, przerzucając jednocześnie na Wykonawcę ryzyko wynikające z działań niezależnych od niego podmiotów.
3. Ponadto, wprowadzenie powyższego postanowienia do PFU świadczy w ocenie Odwołującego, o tym, że Zamawiający dysponuje wiedzą o konieczności uzyskania odstępstw. W dalszej części PFU nie znajdują się jednak jakiekolwiek informacje dotyczące możliwych zmian z tym związanych, co stanowi kolejny element braku kompletności przedstawionego opisu przedmiotu zamówienia. W tym kontekście, podkreślenia wymaga, że Zamawiający powinien przekazać wszystkim zainteresowanym, na etapie prowadzenia postępowania, wyczerpujące informacje mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i jej wycenę. Zaniechanie takiego działania świadczy o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, i jest niekorzystne również z perspektywy samego Zamawiającego i zasady racjonalnego wydatkowania środków publicznych, ponieważ generuje zwiększone ryzyko uzyskania nieporównywalnych względem siebie ofert. Każdy z Wykonawców w inny sposób może szacować ryzyko konieczności uzyskania odstępstw w nieznanym im zakresie, zwłaszcza, że ryzyko to musi być już na etapie sporządzenia oferty przewidziane w Zaakceptowanej

Kwocie Kontraktowej oraz Czasie na Ukończenie.
4. Tym samym, kwestionowana treść postanowienia PFU świadczy o naruszeniu (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia (ii) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 Kodeksu cywilnego, a także (iii) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

II.15. Obiekty inżynierskie - wiążący parametr pokonania przeszkody

1. W pkt 1.4.1.4 PFU („Parametry obiektów inżynierskich”), Zamawiający w ramach Tabeli nr 1.1 strona 23 PFU - określił parametry obiektów inżynierskich, wskazując które z nich mają dla Wykonawcy charakter wiążący, które zaś niewiążący. Jako parametr o charakterze wiążącym wskazana została m.in. pozycja pn. „określenie czy górą czy dołem". Wskazany parametr determinuje więc możliwy do zaprojektowania przez Wykonawców sposób

pokonania przeszkody.
2. W tym miejscu wskazać należy, iż wiążący charakter danych dotyczących sposobu pokonania przeszkody w znacznym stopniu ogranicza możliwość optymalizacji rozwiązań wysokościowych przewidywanych w Koncepcji Zamawiającego. Innymi słowy, respektowanie wiążącego charakteru wytycznych w tym zakresie prowadzi de facto do narzucenia w przypadku rozwiązań wysokościowych ściśle określonych metod, znacznie „usztywniających" stosunek zobowiązaniowy łączący strony w tym zakresie.
3. W tym kontekście podkreślenia wymaga, co było już sygnalizowane w ramach niniejszego odwołania, że przepisy ustawy Pzp determinują, że PFU stanowi integralną część dokumentacji przetargowej, zawierającą wytyczne zamawiającego co do planowanej inwestycji, które wiążą wykonawców przygotowujących na jego bazie projekty budowlane i wykonawcze oraz realizujących następnie roboty budowlane w nich określone. Nie mniej jednak, określając rolę PFU w ramach zamówienia publicznego realizowanego w formule zaprojektuj i wybuduj, należy wziąć też pod uwagę specyfikę tego typu realizacji, która zakłada, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. System ten, w swojej idei zakładając minimalizację ryzyka związanego z projektowaniem i roszczeniami z tytułu wadliwiej, niekompletnej lub zawierającej nieoptymalne rozwiązania dokumentami przygotowanej przez zamawiającego, siłą rzeczy powinien więc zakładać pewną elastyczność pozostawioną wykonawcy odpowiedzialnemu za cały proces inwestycyjny. Na taką rolę PFU wskazuje się również w orzecznictwie KIO - przykładowo w wyroku ż dnia 1 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1071/11) podniesiono, że „program funkcjonalno - użytkowy z definicji ustawy, zawiera więc ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakich osiągniecie zamawiający zamierza. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, przy tej formie zamówienia - "zaprojektuj i zbuduj," co do zasady powinny pozostawać w gestii wykonawcy".

---

4. Innymi słowy, postanowienia PFU, co wynika z § 15 Rozporządzenia powinny być na tyle precyzyjne aby umożliwić wycenę oferty (stąd zasadne jest wskazanie jako wiążącej ilości obiektów inżynierskich), na tyle jednak elastyczne aby w ramach zapotrzebowania Zamawiającego i celu jaki chce on osiągnąć w ramach danej inwestycji, Wykonawcy mieli możliwość zaproponowania swoich rozwiązań techniczno-materiałowych. Inne ukształtowanie wymogów PFU, naruszając charakterystykę tej formuły, stanowi też o naruszeniu przepisów ustawy Pzp.
6. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez modyfikację treści Tabeli 1.1. w ramach pkt 1.4.1.1 PFU poprzez przeniesienie parametru pn. „określenie czy górą/dołem" do parametrów niewiążących.

II.16. Oznakowanie pionowe dla celów poboru opłat

1. W pkt 2.1.14.5 PFU („System Poboru Opłat"), na stronie 128 PFU, Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „W przypadku uzyskania potwierdzenia przez Zamawiającego, wprowadzenia poboru opłat na danym odcinku drogi, niezbędnym będzie zaprojektowanie i wykonanie stosowanego oznakowania pionowego przez Wykonawcę (drogi) niezbędnego do oznakowania drogi płatnej - jeśli takie będzie wymagane (zgodnie z pkt. 1.4.1.11.1 PFU).2.2. Dokumenty Wykonawcy".
2. Powyższe postanowienie PFU cechuje się niejednoznacznością i nie daje wykonawcom możliwości jednoznacznego zidentyfikowania potrzeb zamawiającego, mających stanowić podstawę wyceny składanych ofert. Na podstawie takiego ukształtowania zobowiązań nałożonych na wykonawcę, każdy z potencjalnie zainteresowanych składaniem oferty, może przyjąć inną metodologię jej wyceny, zakładając konieczność - bądź nie - wykonania oznakowania pionowego dla celów poboru opłat. W konsekwencji, prowadzi to do uzyskania przez Zamawiającego nieporównywalnych ofert, godząc przy tym w zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych, do przestrzegania której Zamawiający jest zobowiązany.
3. W ocenie Odwołującego, pomimo faktu, iż postępowanie prowadzone jest w trybie formuły „zaprojektuj i wybuduj", obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z § 15 Rozporządzenia, jest przedstawienie stanowczych podstaw wyceny ofert składanych przez wykonawców zainteresowanych pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, eliminujących potrzebę wnioskowania co do zapotrzebowania Zamawiającego. Zamawiający, kierując się elastycznością formuły „zaprojektuj i wybuduj" nie musi określać szczegółowych rozwiązań

materiałowych, nie mniej jednak powinien jednoznacznie wskazać oczekiwane przez niego rozwiązania techniczne.
4. Obecny kształt pkt 1.4.1.11 PFU w kwestionowanym zakresie narusza tym samym art. . 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z §15 Rozporządzenia poprzez brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, utrudniającego zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację treści pkt 2.1.14.5 PFU poprzez jednoznaczne wskazanie, czy Zamawiający wymaga zastosowania oznakowania pionowego dla celów poboru opłat.

II.17. Parametr szorstkości nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)

1. W Tomie II SIWZ dla Zadania A i dla Zadania B, Rozdział II „Gwarancja Jakości", Część Szczegółowa, Pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)" - wymagane wartości miarodajnego współczynnika tarcia (tabela nr 2) oraz pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia" (tabela 8), Zamawiający wskazał, że w okresie Gwarancji Jakości, jakiej ma udzielić Wykonawca w zakresie warstwy ścieralnej nawierzchni na okres 5 lat, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni dla pasów drogi klasy A i S musi wynosić odpowiednio:
- dla pasów ruchu zasadniczego, dodatkowego i awaryjnego: > 0,40;
- dla pasów ruchu włączania i wyłączania oraz na jezdniach łącznic: > 0,42.
Określone przez Zamawiającego dopuszczalne wartości wskaźnika podają wartości minimalne, poniżej których Wykonawca zobowiązany będzie do zastosowania programu naprawczego.
Określone przez Zamawiającego dopuszczalne wartości wskaźnika podają wartości minimalne, poniżej których Wykonawca zobowiązany będzie do zastosowania programu naprawczego.
2. Odwołujący podnosi, jako podmiot zrzeszający wykonawców robót drogowych w Polsce, którzy posiadają jedne z największych i najdłuższych doświadczeń w zakresie realizacji inwestycji infrastrukturalnych, tak na rynku krajowym, jak i europejskim, a nawet światowym, że powyższy miarodajny współczynnik tarcia określony w wymaganiach SIWZ, jako miarodajny dla okresu gwarancyjnego, jest na gruncie dotychczasowych doświadczeń oraz prowadzonych badań, obiektywnie niemożliwy do osiągnięcia. Powyższe powoduje, że zakres i rodzaj zobowiązania gwarancyjnego wymaganego przez Zamawiającego od Wykonawców stanowi o niemożliwości: świadczenia.
3. Należy mieć również na uwadze, że Zamawiający wyspecyfikował szczegółowo wymagania odnośnie projektowania konstrukcji nawierzchni - pkt. 2.1.2 PFU, jak również technologię układania warstwy ścieralnej, parametry używanych materiałów (np. PSV dla kruszywa), właściwości mieszanki mineralno-asfaltowej (MMA), itp. - WWIORB, do których Wykonawca musi się bezwzględnie zastosować. Powyższe wymagania i technologia zostały określone na poziomie maksimum, dostępnym na rynku budowlanym. Zatem Zamawiający precyzyjnie określił, z jakich materiałów ma być wyprodukowana mieszanka mineralno-asfaltowa i jak ma być układana. Mimo tego określenie parametrów gwarancyjnych w zakresie szorstkości przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za przyjęte przez Zamawiającego parametry materiałowe oraz technologię wykonania.

Ponadto na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w czasie eksploatacji nawierzchni wpływ mają różne czynniki niezależne od Wykonawcy robót, m.in. wielkość obciążenia nawierzchni ruchem, struktura ruchu (ilość pojazdów ciężarowych), warunki atmosferyczne (woda/, mróz, temperatura), utrzymanie nawierzchni (np. w zimie), itp.
4. Wobec powyższego należy wskazać, że powyższe czynniki wpływają na to, że dwubiegunowo określone przez Zamawiającego warunki realizacji przedmiotu umowy, tj. warunków i danych wyjściowych oraz parametrów docelowych, niemających żadnego uzasadnienia merytorycznego powodują, iż należy je ocenić, jako sprzeczne. Zamawiający bowiem albo winien określić, w jaki sposób i z czego Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia, albo też określić sam rezultat konieczny do osiągnięcia. Podając oba te elementy, nie może przerzucać jednocześnie odpowiedzialności za rezultat umowy na Wykonawcę, skoro sam Zamawiający dysponuje wynikami badań, które potwierdzają, iż jest

to obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia.
Zamawiający albo winien wskazać wymagania wstępne, albo końcowe, a jeśli wskazuje oba wykazać techniczną możliwość ich osiągnięcia, czego w niniejszym przypadku nie uczynił.
W związku z tym, w ocenie Odwołującego zasadne byłoby nieokreślanie w ogóle miarodajnego współczynnika tarcia nawierzchni w okresie Gwarancji Jakości.
Dlatego w pierwszej kolejności Odwołujący wnioskuje o usunięcie tego wymagania z dokumentów kontraktowych.
Alternatywnie odwołujący żąda zmiany poprzez obniżenie wartości miarodajnego wskaźnika, jak i ustalenie dopuszczalnych odchyleń parametrów wyników oraz określenie innych metod pomiarowych.
Aktualnie wymagany przez Zamawiającego poziom współczynnika tarcia jest nieosiągalny i niemożliwy do uzyskania na całym odcinku drogi a taki warunek został w wymaganiach SIWZ postawiony.
Badania IBDIM wykazały, że jest to wskaźnik znacząco zawyżony w stosunku do przeliczonego z wymagań stosowanych np. w Niemczech.
Odnosząc się do przywoływanych wymagań niemieckich przeliczonych przez IBDIM na nasz system pomiarowy, parametr graniczny w okresie gwarancji wynosi w Niemczech 0,37.
Dowód: Opracowanie IBDIM z dnia 14.03.2016r. p.n.: "Wymagania dotyczące współczynnika tarcia nawierzchni drogowych", str.22.
Jednak według niemieckich wymagań, w przypadku obniżenia tego parametru o 0,03, tj. do 0,34 uznaje się to za mieszczący się w granicach dopuszczalnego odchylenia, które nie jest uważane za przekroczenie parametrów. Oznacza to, że wskaźnik wymagany przez Zamawiającego jest dla jezdni głównej o 0,06 większy niż Niemczech, zaś dla łącznic i pasów włączeń i wyłączeń o 0,08. Nie ma również uzasadnienia technicznego różnicowanie parametrów dla jezdni głównej i łącznic, gdyż łącznice i pasy włączeń i wyłączeń

wykonywane są z takiej samej mieszanki, jak jezdnia główna.
Istotne jest również to, że w systemie oceny nawierzchni stosowanej przez GDDKiA, tzw. DSN - Diagnostyka Stanu Nawierzchni, określa się klasy parametrów. Najwyższe parametry obejmują klasy A i B, przy czym klasa B jest według systemu oceny DSN stanem zadowalającym, charakteryzującym „nawierzchnie nowe, odnowione, nawierzchnie nie wymagające zabiegów - załącznik do Zarządzenia nr 34 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30.04.2015r., tabela 6.1, str. 37. Parametr graniczny dla tej klasy wynosi 0,36. Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający po okresie 5-cio letniego użytkowania wymaga, by parametr szorstkości był znacząco wyższy, niż dopuszczalny dla dróg nowych i odnowionych.
Parametr 0,36 zgłaszany przez Odwołującego, jako żądanie alternatywne, wynika z obowiązującego ww. dokumentu GDDKiA i jest o 0,02 wyższy, niż dopuszczalny na koniec okresu gwarancji w Niemczech.
Z przeprowadzonych przez Instytut Badania Dróg i Mostów (IBDiM) badań, opracowanych w Sprawozdaniu z realizacji pracy TD-88 z czerwca 2009 r. wynika, że większość dróg już w momencie odbioru nie spełniało parametru 0,4, który w obecnym postępowaniu Zamawiający wymaga po okresie 5 lat. Badania dla tej pracy wykonywane były oponą Barum Bravuris, zatem dla porównania do dzisiejszych wymagań, odnoszonych do opony PIARC wyniki przedstawione w załączniku do tej pracy powinny być przemnożone przez współczynnik 0,974, czyli powinny być jeszcze niższe. Współczynnik szorstkości charakteryzuje się tym, że zmniejsza się on w czasie użytkowania, dlatego po okresie 5 lat wyniki przedstawione w załączniku do pracy IBDIM byłyby dodatkowo znacząco niższe.
Dowód: Sprawozdanie z realizacji pracy TD-88 z czerwca 2009r. wraz z załącznikiem do tego Sprawozdania.
Oznacza to, że wykonanie drogi w sposób odpowiadający w 100% wszystkim wymaganiom Kontraktu, zastosowanie nakazanej technologii i użycie wymaganych materiałów, nie daje żadnej gwarancji na to, iż współczynnik szorstkości osiągnie wymagany poziom. Przeciwnie, dotychczasowe badania pokazują, że jeszcze przed upływem pełnego okresu gwarancji poziom danego wskaźnika znacząco się obniża poniżej wartości określonych jako graniczne w dokumentach gwarancyjnych.
Niemożliwości wykonania świadczenia dowodzą również badania naukowców z Politechniki Białostockiej publikowane w roku 2016.
Dowód: Publikacja „Evaluation of skid resistance using CTM, DFR and SRT-3 devices".

Badania obejmowały 11 odcinków testowych, w tym 4 odcinki, gdzie warstwa ścieralna (górna warstwa nawierzchni) wykonana była w technologii SMA. Należy zaznaczyć, że warstwa ścieralna na przedmiotowej drodze musi być zgodnie z umową wykonana w technologii SMA. Badania wykazały, że żadna z dróg wykonanych w technologii SMA przy

pomiarach z prędkością 60km/h (tj. takich jak wymaga dokument gwarancyjny) nie osiąga parametru 0,4 wymaganego w tym postępowaniu w okresie gwarancji (ww. publikacja str. 3055 tabela 4 pozycje od 1 do 4 oraz wykres na str. 3056 Fig.5.b.). Należy jednak podkreślić, że badanie te były wykonywane po 4 a nie 5 latach po ułożeniu warstwy, zaś dla drogi S-8 zaledwie po dwóch latach. Oznacza to, że warstwa SMA (taka jak wymagana w niniejszej umowie) już po dwóch latach nie spełniała parametru, którego dla tej inwestycji Zamawiający oczekuje po pięciu latach.
Ogólnie na 11 odcinków badawczych tylko 5 miało parametr szorstkości powyżej 0,4, jednak z tych 5 odcinków 2 o najlepszych parametrach wykonane były w roku 2012 (czyli w momencie badań miały tylko 2 lata) i dotyczyły dróg wiejskich (czyli o znikomym natężeniu ruchu). Jeden z badanych odcinków był po naprawie w technologii Slurry Seal, zaś kolejny wykonany w technologii betonu cementowego PCC w roku 2014. Należy zwrócić uwagę, że ten odcinek oznaczony nr 10 - tj. w technologii PCC, w momencie badania nie miał jeszcze roku, jednak parametr nieznacznie tylko przekraczał 0,4 oczekiwane przez Zamawiającego po 5 latach. Oznacza to, że z 11 odcinków badawczych tylko jeden oznaczony numerem 9, wykonany w roku 2010 utrzymywał parametr powyżej 0,4. Jednak była to warstwa wykonana z betonu asfaltowego, nie zaś SMA, jak wymagana w niniejszej umowie i wiek tej nawierzchni wynosił 4, a nie 5 lat.
Dla umożliwienia łatwej analizy danych opracowano je w tabeli dołączonej do niniejszego odwołania. Uwagi metodologiczne: Badania wykonywane były we wrześniu 2014r. (ww. publikacja str. 3054 pkt. 2.3 ostatni akapit). Był to okres wprowadzania opony PIARC w Polsce. Opona, którą wykorzystano do badań była już oponą PIARC (ww. publikacja 3053 ostatni akapit), zatem dane należy przyjąć bez stosowania żadnych współczynników korekcyjnych. Zgodnie z metodologią oceny nawierzchni dla uzyskania wartości miarodajnej należy odjąć od wartości średniej odchylenie standardowe. Wartość miarodajna powinna być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku. Wartość miarodajną przedstawia ostatnia kolumna z tabeli.
Dowód: Tabela własna z opracowaniem wyników badań Politechniki Białostockiej.
Przyczyny powyższego zjawiska (tj. braku możliwości utrzymania parametry szorstkości w dłuższym czasie) wynikają z tego, że na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w czasie eksploatacji nawierzchni, zasadniczy wpływ mają różne czynniki obiektywne, niezależne od Wykonawcy robót, w tym m.in. wielkość obciążenia nawierzchni ruchem, struktura ruchu (ilość pojazdów ciężarowych), warunki atmosferyczne (woda, mróz, temperatura), utrzymanie nawierzchni (np. w zimie). ’
7. Tymczasem jedna z naczelnych zasad prawa cywilnego, jaką jest zasada swobody umów wyrażona w art. 353_1 k.c., pozwala stronom stosunku obligacyjnego na ukształtowanie treści umowy w sposób zgodny z ich wolą, jednakże nie bezwzględnie dowolny, bowiem

postanowienia umowy nie mogą sprzeciwiać się naturze danego stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
Istota udzielanej gwarancji jakości polega na zapewnieniu przez gwaranta; że wykonania przez niego przedmiot umowy posiada (i będzie posiadał przez okres próby) określone właściwości umożliwiające jego normalne użytkowanie, zgodnie z funkcją i przeznaczeniem. Jednakże również w tym przypadku, zobowiązania gwaranta, pomimo że mają charakter bardzo daleko idący, nie mogą wykraczać poza granice przewidziane w art. 353_1 k.c., albowiem stanowiłyby przykład zobowiązania niewykonalnego, nierealnego, niemożliwego do wykonania. Gwarant nie może przyjąć na siebie zobowiązań, które nie są obiektywnie możliwe do dotrzymania. W takim przypadku nastąpiłby bowiem skutek przewidziany w art. 387 § 1 k.c., który powiada, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.
Powyższe potwierdza m.in. stanowisko Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wyrażone w wyroku z dnia 21 października 2015 roku, I ACa 411/15, w którym wskazuje, iż „Uprawnienia kontraktujących stron nie mają z założenia charakteru bezwzględnego i znajdują swoje

granice. Wzgląd na zasadę swobody umów w żadnym razie nie eliminuje również możności dokonania przez sąd oceny konkretnej umowy pod kątem tego, czy aby umówione przez strony świadczenie pozostawało w momencie jej zawarcia obiektywnie możliwe do spełnienia w danych realiach, o czym stanowi przepis art. 387 § 1 k. c., a przecież nieważność czynności prawnej sąd bierze pod uwagę z urzędu".
Należy przy tym wskazać, że wedle zgodnych i ugruntowanych poglądów orzecznictwa i doktryny, ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku, gdyby strony umówiłyby się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne, niewykonalne. Owa niewykonalność musi spełniać jednak łącznie trzy cechy, tj. mieć charakter pierwotny, trwały i obiektywny.
Obiektywna i trwała niewykonalność świadczenia występuje wówczas, gdy ograniczona jest poziomem aktualnego stanu wiedzy i techniki (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2014 r., sygn. akt KIO 444/14, zgodnie z którym „Świadczenie jest niewykonalne w znaczeniu obiektywnym, gdy nie jest w stanie go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury tub stanu wiedzy i techniki. Świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania nie tylko przez przystępującego, ale także przez żadnego innego wykonawcę” czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 05 grudnia 2013 roku, I ACa 572/13, gdzie Sąd wskazał, iż „Niemożliwość świadczenia powinna mieć charakter obiektywny. Oznacza to taką sytuację, w której umówionego świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko konkretny dłużnik, ale w ogóle jakakolwiek inna osoba. Świadczenie niemożliwe to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę i które jest rzeczywiście niewykonalne. Subiektywna niemożliwość świadczenia (określaną też

niekiedy jako niemożność świadczenia) nie powoduje natomiast nieważności umowy, lecz może być ewentualnie rozważana w ramach odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.'). Na szczególną postać obiektywnej niemożności świadczenia (tzw. niemożność gospodarczą) wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 07 grudnia 2012 roku, VI ACa 904/12, wskazując, iż „Przepis art. 387 k.c. dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej, gdy istnieje stan niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniony ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki. Za obiektywnie niemożliwe uznaje się także zachowania, które faktycznie są możliwe, ale ocena ekonomiczna wskazuje na ich całkowitą nieracjonalność."
Jak wykazano powyżej, określone przez Zamawiającego parametry wskaźnika miarodajnego współczynnika tarcia, nie są możliwe do osiągnięcia, co potwierdzają przytoczone w pierwszej części wyniki badań prowadzonych nie tylko przez Wykonawców, ale także niezależne instytuty (IBDiM), Politechnika Białostocka jak i samego Zamawiającego. Skoro zatem już w chwili prowadzenia niniejszego postępowania, a więc jeszcze na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, wiadomym jest, że wymagane wskaźniki szorstkości nawierzchni nie są i nie będą możliwe do osiągnięcia, czyni to zobowiązanie gwarancyjne obiektywnie, trwale i pierwotnie niemożliwym.
Ponadto, w ocenie Odwołującego, reprezentującego i zrzeszającego Wykonawców, wprowadzenie współczynnika tarcia na zawyżonym, nieuzasadnionym technicznie i użytkowo poziomie, ma na celu wyłącznie przerzucenie na Wykonawcę ryzyka i kosztów związanych z nieosiągnięciem postulowanego poziomu szorstkości, a przez to, stworzenie podstawy dla roszczeń w okresie gwarancyjnym o obniżenie wynagrodzenia z powodu rzekomej niewłaściwej jakości wykonanych prac.
8. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o:
nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienia SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości", III. Część Szczegółowa, pkt. 1. „Nawierzchnie", ppkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)" oraz Pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia", poprzez usuniecie Pkt. 1.1.31 oraz Pkt. 1.2.2.1.
ewentualnie:
nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienie SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości", Część Szczegółowa, Pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)" oraz Pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia", poprzez zmianę wartości miarodajnego współczynnika tarcia przy drogach klasy A i S, dla pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego oraz pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic na

0,36.

Odwołanie wniesione w sprawie KIO 1916/16 - Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku węzeł „Lubelska" - początek obwodnicy Mińska Mazowieckiego"z podziałem na zadania:
Zadanie A: „Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku węzeł „Lubelska" - początek obwodnicy Mińska Mazowieckiego" odcinek I od węzła „Lubelska" (bez węzła) do węzła „Konik" (z węzłem) o długości około 5,6 km".
Zadanie B: „Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki na odcinku węzeł „Lubelska" - początek obwodnicy Mińska Mazowieckiego" odcinek II od węzła „Konik"(bez węzła) do początku obw. Mińska Mazowieckiego o długości około 9 km.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia dla każdego z zadań w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
2) § 15 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako „Rozporządzenie") przez zaniechanie sporządzenia Programu funkcjonalno - użytkowego dla każdego z zadań w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty;
3) art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego dotyczącego każdego z zadań w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego;
4) art. 14 ustawy w zw. z art. 387 kodeksu cywilnego w zw. z art. 577 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 353 1 kodeksu cywilnego przez żądanie w każdym z zadań aby wykonawca zobowiązał się w ramach udzielanej Gwarancji Jakości, iż w okresie Gwarancji Jakości dla drogi klasy A i S, wskaźnik szorstkości nawierzchni pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego będzie wynosił > 0,40; zaś dla pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic -> 0,42, co w konsekwencji spowoduje zawarcie umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność umowy;
5) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący powołał następującą argumentację i sformułował żądania:

„II.1. Audyt BRD - dotyczy Zadania A i B

1. Zamawiający w ramach Programu funkcjonalno - użytkowego („PFU") dla każdego z Zadań kilkukrotnie definiuje obowiązki nałożone na Wykonawcę poprzez odwołanie się do wyników Audytu BRD. Taką konstrukcję zastosował w ramach następujących punktów PFU dla Zadania A i Zadania B:
- pkt. 1.4.1.1, na stronie 10 PFU dla Zadania A i Zadania B {„Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania"), wskazując, że: „Wymagania zarządcy drogi wynikające z Audytu BRD przeprowadzonego na etapie projektowania są zobowiązaniami Wykonawcy i zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Wszelkie następstwa oraz obowiązki wskazane w Audycie BRD na etapie przed oddaniem do ruchu i zapisach decyzji pozwolenia na użytkowanie (warunki w nich zawarte) wynikające

z obowiązujących przepisów Prawa bądź Umowy są zobowiązaniami Wykonawcy i zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej",
- pkt 1.4.1.11 PFU dla Zadania A i Zadania B („Organizacja ruchu"), strona 52 PFU dla Zadania A, strona 50 PFU dla Zadania B, wskazując, że „Zmiany wynikające z uwzględnienia przez Zarządcę Drogi wyniku audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego, o czym jest mowa w art. 24i ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, Wykonawca wprowadzi do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie",
- pkt 1.4.1.8 PFU dla Zadania B („Miejsca Obsługi podróżnych (MOP"), strona 46 PFU dla Zadania B, wskazując, że „Podłączenie miejsc obsługi podróżnych do drogi ekspresowej należy wykonać za pomocą oświetlonych pasów włączania i wyłączania. Długość pasów włączania i wyłączania zostanie ustalona na podstawie zaleceń Audytu BRD, nie będzie jednak mniejsza niż wynika to z obowiązujących przepisów prawa",
2. W tym miejscu wskazania wymaga, że Audyt BRD, zgodnie z przepisami ustawy o ruchu drogowym przeprowadzany jest na etapie projektowania (co zresztą wprost wynika z powyższego zapisu zastosowanego przez Zamawiającego w treści PFU). Zgodnie z art. 24k ust. 2 i 3 ustawy o ruchu drogowym Audyt BRD przeprowadzany jest przez audytora, który nie może być w jakikolwiek sposób powiązany z wykonawca, audytor może być jednak związany z zarządcą drogi (vide art. 24k ust. 4-8 ww. ustawy). Jednocześnie, zgodnie z art. 241 ustawy o ruchu drogowym, zwieńczeniem przeprowadzonego Audytu BRD jest przedstawienie zaleceń dla zarządcy drogi, których w uzasadnionych przypadkach zarządca

---

może jednak nie uwzględnić. W praktyce, w oparciu o cytowane przepisy ustawy o ruchu drogowym, Audyt BRD przeprowadza GDDKiA, czyli Zamawiający, i od niego zależy jakie dodatkowe elementy Wykonawca miałby ewentualnie wprowadzić do dokumentacji a następnie wybudować.
3. Powyższe, w połączeniu z cytowanymi w ramach pkt 1 postanowieniami zastosowanymi przez Zamawiającego determinuje, że przeniósł on całkowite ryzyko związane z nieznanym zakresem koniecznych do wykonania prac i obowiązków na Wykonawcę, pozbawiając go możliwości zgłaszania na tej podstawie roszczeń o modyfikację kontraktu. Z uwagi na fakt, iż Audyt BRD przeprowadzany jest dopiero na etapie projektowania, a jednocześnie przeprowadzany jest przez GDDKiA, a więc podmiot niezależny od Wykonawcy, siłą rzeczy Wykonawca nie może znać na etapie przygotowywania oferty zakresu obowiązków wynikających z tego audytu, zakres ten jest przy tym całkowicie od niego niezależny. Tym samym, wymagania zarządcy drogi (GDDKiA) miałyby być zobowiązaniem Wykonawcy w sytuacji gdy Wykonawca na etapie składania ofert nie może przewidzieć nakładu czasu i kosztów jakich wymagać będzie wynik Audytu BRD.
4. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że analogiczny zarzut był przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w ramach sprawy o sygn. KIO 437/16, która nakazała modyfikację treści SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego, a rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zostało potwierdzone również przez Sąd Okręgowy w Warszawie w ramach wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16). Tak KIO, jak i Sąd Okręgowy uznały, że przez wzgląd na brak możliwości przewidzenia zakresu i konsekwencji wynikających z treści audytu BRD, postanowienia PFU przerzucające na Wykonawcę ryzyko związane z jego treścią, są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane. Warto podkreślić, że Sąd Okręgowy akcentował w tym zakresie, że automatyczne uznanie a priori, iż ewentualne zmiany w zakresie realizacji zamówienia wynikające z audytu BRD nie wpłyną ani na koszt ani na czas inwestycji jest nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.
5. W związku z tym, stwierdzić należy, że Zamawiający, pomimo jednoznacznej kwalifikacji stosowanych przez niego praktyk związanych z wprowadzaniem do PFU postanowień o takiej treści jako nieprawidłowych, konsekwentne opisuje przedmiot zamówienia i warunki przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób wadliwy. Zamawiający zaniechał bowiem precyzyjnego określenia opisu przedmiotu zamówienia, odwołując się do przyszłych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń. Konsekwencje swoich zaniechań, Zamawiający przerzucił przy tym w pełnym zakresie ną Wykonawcę, obarczając go ryzykiem wynikającym z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót, które mogą wynikać z treści Audytu BRD. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz § 15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust, 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353^1 kodeksu cywilnego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o:
- modyfikację pkt 1.4.1.1. PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B w zaskarżanym zakresie przez nadanie mu następującego brzmienia: „Wymagania zarządcy drogi wynikające z Audytu BRD przeprowadzonego na etapie projektowania są zobowiązaniami Wykonawcy. Wszelkie następstwa oraz obowiązki wskazane w Audycie BRD na etapie przed oddaniem do ruchu i zapisach decyzji pozwolenia na użytkowanie (warunki w nich zawarte) wynikające z obowiązujących przepisów Prawa bądź Umowy są zobowiązaniami Wykonawcy. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".
- modyfikację pkt 1.4.1.11 PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B w zaskarżanym zakresie przez nadanie mu następującego brzmienia: „Zmiany wynikające z uwzględnienia przez Zarządcę Drogi wyniku audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego, o czym jest mowa w art. 24i ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, Wykonawca wprowadzi do realizacji. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie",
- modyfikację pkt 1.4.1.8 PFU dla Zadania B w zaskarżanym zakresie poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Podłączenie miejsc obsługi podróżnych do drogi ekspresowej należy wykonać za pomocą oświetlonych pasów włączania i wyłączania. Długość pasów włączania i wyłączania zostanie ustalona na podstawie zaleceń Audytu BRD, nie będzie jednak mniejsza niż wynika to z obowiązujących przepisów prawa. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.2. Dokumentacja geologiczno- inżynierska i hydrogeologiczna - dotyczy Zadania A i B

1.W ramach pkt 1.4.1.1 PFU dla Zadania A i Zadania B („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania'), Zamawiający wyszczególnił udostępniany wraz z PFU katalog dokumentów wiążących Wykonawcę, w tym katalog dokumentów odnoszących się do modelu budowy podłoża oraz geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych (odpowiednio str. 12-13 PFU dla Zadania A oraz str. 12 PFU dla Zadania B). W odniesieniu do wskazanych dokumentów, Zamawiający w ramach każdego z PFU zawarł jednocześnie następujące zastrzeżenie: „Dokonane zmiany nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że rozpoznanie podłoża - na podstawie którego opracowano model budowy podłoża zawarty w ww. opracowaniu - miało charakter

punktowy, a szczegółowe określenie rodzaju i stanu gruntu, przelotu poszczególnych warstw czy głębokości występowania zwierciadła wody gruntowej dotyczy wyłącznie poszczególnych wyrobisk badawczych. W przypadku uznania przez Wykonawcę, że przekazane wyniki badań wymagają uzupełnienia tub określenia dodatkowych specjalistycznych parametrów, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo - wodne wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu";
2. Powyższe postanowienia PFU świadczą o ich niespójności i już z samego tego faktu powinny zostać wyeliminowane z obrotu prawnego jako niespełniające wytycznych ustawodawcy dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, szczegółowo opisanych w pkt I niniejszego odwołania. Z jednej strony, Zamawiający wskazuje bowiem, że udostępniane, załączone do PFU dokumenty w wyszczególnionym zakresie, mają charakter wiążący, z drugiej zaś przerzuca na Wykonawcę ryzyko związane z wystąpieniem w ich treści ewentualnych nieprawidłowości. Dochodzi więc do dualizmu postanowień SIWZ w tym zakresie, ponieważ Wykonawcy z jednej strony wyceniając swoją ofertę mają kierować się informacjami geologicznymi i hydrogeologicznymi przekazanymi przez Zamawiającego, z drugiej zaś strony mają ponieść całkowite ryzyko błędów tej dokumentacji, których

Zamawiający nie wyklucza, przerzucając jednak odpowiedzialność z tego tytułu na Wykonawców. Innymi słowy, z uwagi na wiążący charakter SIWZ każdy z Wykonawców teoretycznie powinien wyceniać ofertę na podstawie przekazanych w jej ramach informacji. Nie mniej jednak, Wykonawcy zmuszani zostają w ramach niniejszego Postępowania do przewidywania czy informacje przekazane przez Zamawiającego są prawidłowe, a w razie negatywnej konkluzji w tym zakresie, do oszacowania nieznanych ryzyk z tym związanych w ramach swojej oferty.
3. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, iż nie jest rolą Wykonawcy weryfikowanie informacji przekazanych przez Zamawiającego, które stanowić mają podstawę do określenia zakresu jego świadczeń i wyceny składanej przez niego oferty. Informacje obejmujące taki zakres danych powinny być jednolite dla wszystkich wykonawców, tak aby Zamawiający uzyskał porównywalne i konkurencyjne oferty. Odwołujący, nie neguje, że formuła zaprojektuj i wybuduj zakłada pewną elastyczność postanowień opisujących przedmiot zamówienia, który doszczegóławiany jest w ramach projektów budowlanych i wykonawczych przygotowywanych przez wykonawcę uzyskującego dane zamówienie. Niemniej jednak, jak wynika z §15 Rozporządzenia, Program funkcjonalno-użytkowy powinien zawierać takie informacje, które umożliwią ustalenie planowanych kosztów i wycenę oferty.
4. Informacje będące podstawą wyceny powinny mieć stanowczy charakter, zwłaszcza, że nie przewidziano w ramach niniejszej sprawy możliwości ich weryfikacji na etapie

prowadzenia Postępowania, przed złożeniem ofert. W ramach przedmiotowego Postępowania Wykonawcy nie mają na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia możliwości wykonania badań terenowych w celu uzupełnienia wiedzy w zakresie warunków gruntowo - wodnych. Taka możliwość została im zagwarantowana dopiero na późniejszym etapie - co mogą uwzględnić w swojej ofercie. Nie eliminuje to jednak faktu, że na etapie składania oferty wykonawcy oszacować muszą nieznane ryzyka związane z błędami w udostępnionej dokumentacji, przyjmując a priori czy uznać dokumentację przedstawioną przez Zamawiającego jako prawidłową czy też nie. Takie ukształtowanie postanowień przetargowych powoduje przy tym, że każdy z oferentów może poczynić inne założenia w tym zakresie, a co za tym idzie przygotować nieporównywalne względem siebie oferty.
5. W konsekwencji doszło do naruszenia: (i) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, (ii) §15 Rozporządzenia, oraz (iii) art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 Kodeksu cywilnego, a także (iv) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
6. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ w odniesieniu do Zadania A i Zadania B w zaskarżonym zakresie, poprzez jednoczesne:
- wykreślenie z pkt 1.4.1.1 PFU dla Zadania A i Zadania B zastrzeżenia, iż „Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo - wodne wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu",
- wykreślenie z pkt 1.4.1.1 PFU dla Zadania A i dla Zadania B zastrzeżenia, iż „Dokonane zmiany nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie"
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.1 PFU dla Zadania A i dla Zadania B następującego postanowienia: „Jeżeli wystąpią rozbieżności pomiędzy udostępnioną dokumentacją geologiczno- inżynierską oraz hydrogeologiczną a rzeczywistym stanem faktycznym, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.3. Obiekty inżynierskie - przejścia dla zwierząt - dotyczy Zadania A i B

1. W ramach pkt 1.4.1.4 PFU zarówno dla Zadania A jak i dla Zadania B („Parametry obiektów inżynierskich"), Zamawiający wprowadził następujące postanowienia:
- w ramach Tabeli nr 1.1.a) oraz Tabeli 1.1.b) (odpowiednio strona 28 PFU dla Zadania A oraz strona 27 PFU dla Zadania B), Zamawiający określił parametry obiektów inżynierskich, wskazując które z nich mają dla Wykonawcy charakter wiążący, które zaś niewiążący. Jako parametr o charakterze wiążącym w każdej z Tabel wskazana została minimalna ilość obiektów,
- na stronie odpowiednio 29 PFU dla Zadania A oraz 28 PFU dla Zadania B Zamawiający wskazał, iż „W uzasadnionych przypadkach (dotyczy również przejść górnych) w pasie

objętym realizacją inwestycji, należy wziąć pod uwagę konieczność budowy obiektów, które zapewnią uzyskanie drożności szlaku migracji zwierząt (o parametrach określonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przejścia głównego) w celu bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza pas drogowy (np. pod łącznicami). Za uzasadniony przypadek uważa się sytuację, w której zwierzęta bezpośrednio z przejścia dla zwierząt zlokalizowanego w ciągu szlaku migracji wyprowadzane są na przeszkody uniemożliwiające dalsze kontynuowanie migracji (np. inna droga komunikacyjna o zaporowym, dla możliwości bezpiecznego jej pokonania, natężeniu ruchu, wysoki, stromy nasyp, itp.)"
- na stronie odpowiednio 29-30 PFU dla Zadania A oraz 29 PFU dla Zadania B Zamawiający wskazał, iż „Ostateczne ustalenie danych dotyczących parametrów geometrycznych oraz zagospodarowana przejść dla zwierząt będą wynikać z istniejących warunków hydrogeologicznych oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań, wynikających z Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko i z Projektu Budowlanego. Zmiany danych ilościowych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie".
2. Powyższe postanowienia PFU są wzajemnie niekompatybilne, z tego względu, iż z jednej strony Zamawiający wskazuje na wiążący charakter niektórych danych wyszczególnionych w Tabelach 1.1.a) oraz 1.1.b) każdego z PFU, w tym danych dotyczących ilości obiektów (dając asumpt do przyjęcia, iż informacje zdefiniowane w tej Tabeli stanowić mają podstawę wyceny oferty Wykonawcy), z drugiej zaś wskazuje na ewentualną konieczność budowy dodatkowych obiektów inżynierskich w postaci przejść dla zwierząt. Co istotne, zgodnie z deklaracją Zamawiającego zawartą w ramach każdego z PFU, zmiany danych ilościowych nie stanowią przesłanki do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Innymi słowy, Wykonawcy obarczeni są ryzykiem tego czy zaistnieje konieczność wybudowania dodatkowych obiektów inżynierskich, a z jego podjęciem nie wiąże się możliwość żadnej rekompensaty w postaci zmiany warunków kontraktowych, będących konsekwencją dodatkowych prac. Po raz kolejny, Zamawiający stawia więc znak równości pomiędzy zwiększeniem zakresu zobowiązań kontraktowych a brakiem wynikającego z nich zwiększenia czasu realizacji i zaangażowania finansowego, godząc w podstawowe zasady logiki i doświadczenia życiowego.
4. W związku z tym, Odwołujący wnosi o modyfikację pkt 1.4.1.4. PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B, w zaskarżanym zakresie, poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zmiany danych ilościowych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, będą powodowały zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenie

Czasu na Ukończenie".

II.4. Obiekty inżynierskie - wiążący parametr sposobu pokonania przeszkody - dotyczy Zadania A i B

1. W pkt 1.4.1.4 PFU dla Zadania A i Zadania B („Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich'), Zamawiający w ramach Tabeli nr 1.1. a) - odpowiednio strona 28 PFU dla Zadania A oraz strona 27 PFU dla Zadania B - określił parametry obiektów inżynierskich, wskazując które z nich mają dla Wykonawcy charakter wiążący, które zaś niewiążący. Jako parametr o charakterze wiążącym, wskazana została m.in. pozycja pn. „określenie, czy górą czy dołem". Wskazany parametr determinuje więc możliwy do zaprojektowania przez Wykonawców sposób pokonania przeszkody.
2. W tym miejscu wskazać należy, iż wiążący charakter danych dotyczących sposobu pokonania przeszkody w znacznym stopniu ogranicza możliwość optymalizacji rozwiązań wysokościowych przewidywanych w Koncepcji Zamawiającego. Innymi słowy, respektowanie wiążącego charakteru wytycznych w tym zakresie prowadzi de facto do narzucenia w przypadku rozwiązań wysokościowych ściśle określonych metod, znacznie „usztywniających" stosunek zobowiązaniowy łączący strony w tym zakresie.
3. W tym kontekście podkreślenia wymaga, co było już sygnalizowane w ramach niniejszego odwołania, że przepisy ustawy Pzp determinują, że PFU stanowi integralną część dokumentacji przetargowej, zawierającą wytyczne zamawiającego co do planowanej inwestycji, które wiążą wykonawców przygotowujących na jego bazie projekty budowlane i wykonawcze oraz realizujących następnie roboty budowlane w nich określone. Nie mniej

jednak, określając rolę PFU w ramach zamówienia publicznego realizowanego w formule zaprojektuj i wybuduj, należy wziąć też pod uwagę specyfikę tego typu realizacji, która zakłada, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia dokumentacji oraz uzyskania pozwolenia na budowę i ten wykonawca jest odpowiedzialny za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowanego obiektu. System ten, w swojej idei zakładając minimalizację ryzyka związanego z projektowaniem i roszczeniami z tytułu wadliwiej, niekompletnej lub zawierającej nieoptymalne rozwiązania dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego, siłą rzeczy powinien więc zakładać pewną elastyczność pozostawioną wykonawcy odpowiedzialnemu za cały proces inwestycyjny. Na taką rolę PFU wskazuje się również w orzecznictwie KIO - przykładowo w wyroku z dnia 1 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1071/11) podniesiono, że „program funkcjonalno - użytkowy z definicji ustawy, zawiera więc ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakich osiągniecie zamawiający zamierza. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, przy tej formie zamówienia - "zaprojektuj i zbuduj," co do zasady powinny pozostawać w gestii wykonawcy.
5. W związku z tym, w ocenie Odwołującego doszło w przedmiotowym przypadku do

naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, §15 Rozporządzenia, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
6. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ przez modyfikację treści Tabeli 1.1.a) w ramach pkt 1.4.1.1 PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B poprzez przeniesienie parametru pn. „określenie czy górą/dołem" do parametrów niewiążących.

II.5. Uzgodnienia - przepusty i zbiorniki - dotyczy Zadania A i B

1. Niezależnie od powoływanych już w treści niniejszego odwołania postanowień, definiujących zakres zobowiązań nałożonych na Wykonawcę poprzez odniesienie do treści przyszłych decyzji i uzgodnień, nieznanych na moment składania ofert, w ramach PFU tak dla Zadania A jak i dla Zadania B zidentyfikowane zostały analogiczne postanowienia, uzależniające zakres prac od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków:
- pkt 1.4.1.5 PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B (,,Przepusty dla celów ekonomicznych i odwodnienia dróg"), [odpowiednio strona 35 PFU dla Zadania A oraz strona 31 PFU dla Zadania B] zwarty został zapis o następującej treści: „Ostateczne ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej, Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko (przyp. w przypadku PFU dla zadania A w tym miejscu dodatkowe sformułowanie „na etapie uzyskiwania ZRID"). Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie",
- pkt 1.4.1.6 PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B („Zbiorniki retencyjne i retencyjno-infiitracyjnych) [odpowiednio strona 36 PFU dla Zadania A oraz 32 PFU dla Zadania B], zawarty został zapis o następującej treści: „Ostateczna ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej, Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko (przyp. w przypadku PFU dla zadania A w tym miejscu dodatkowe sformułowanie „na etapie uzyskiwania ZRID").
3. O ile za nieprawidłowe uznaje się definiowanie zobowiązań nałożonych na wykonawcę za

pomocą odwołania się do treści przyszłych decyzji, o tyle nieprawidłowość w takiej praktyce wzmożona jest w sytuacji konieczności czynienia bliżej nieokreślonych uzgodnień z

właścicielami czy zarządcami cieków. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, iż w takim przypadku, w odróżnieniu od decyzji, których zakres przedmiotowy definiowany jest ustawowo, zakres uzgodnień nie może być w jakikolwiek sposób przewidziany przez żadnego z wykonawców profesjonalnie działających na rynku. Takie uzgodnienia dotyczyć mogą w praktyce każdego z elementów i wiązać się tak z kosztami, jak i z czasem realizacji inwestycji. Wykonawca na etapie przygotowywania oferty nie ma możliwości przewidzieć wymagań zarządców/ gestorów i w związku z tym nie ma możliwości rzetelnego oszacowania składanej przez siebie oferty. Pomimo to, Zamawiający wykluczył możliwość modyfikacji kontraktu wywołanej zmianą zakresu prac wynikającą z narzuconych na Wykonawców uzgodnień, nakładając de facto na Wykonawców konieczność oszacowania nieznanych im ryzyk. Podkreślić raz jeszcze należy, że takie ryzyko może być zupełnie inaczej uwzględnione przez każdy z podmiotów, a co za tym idzie Zamawiający naraża się na uzyskanie nieporównywalnych ofert, dając tym samym wyraz lekceważenia konieczności racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
4. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
5. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez modyfikację PFU dla Zadania A oraz Zadania B przez jednoczesne:
- usunięcie z pkt 1.4.1.5 i 1.4.1.6. PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B zastrzeżenia, iż zobowiązania nałożone na wykonawcę uzależnione będą od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków,
- usunięcie z pkt 1.4.1.5. PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B zastrzeżenia o treści: „Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie",
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.5 oraz 1.4.1.6 PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B postanowienia o następującej treści: „Jeżeli na skutek uzgodnień dokonywanych na etapie realizacji zamówienia zmieni się zakres prac nałożonych w tym zakresie na wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.6. Uzgodnienia - umowy - dotyczy Zadania A i B

---

1. W pkt 1.4.1.7 PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B („Instalacje i infrastruktura"), [odpowiednio strona 37-38 PFU dla Zadania A oraz strona 34 PFU dla Zadania B], zawarte zostało postanowienie o następującej treści: „W przypadku nałożenia przez właścicieli bądź zarządców infrastruktury technicznej obowiązku zawarcia umów, regulujących wzajemne zobowiązania z Inwestorem, należy uregulować wszelkie formalności z tym związane. Przedmiotowe umowy powinny uwzględniać uwarunkowania wynikające z obowiązującego prawa, rozwiązań projektowych oraz wydanych w sprawie budowy drogi krajowej decyzji administracyjnych. Wykonawca zobowiązany jest do zawarcia przedmiotowych umów z gestorem sieci (w tym umów na usunięcie kolizji i umów przyłączeniowych) oraz wykonania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalno-prawnych wynikających z tych umów. Zobowiązania umowne zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie".
2. Zgodnie z powyższym postanowieniem na Wykonawców nałożona została więc konieczność skalkulowania ryzyka związanego z zawieranymi umowami z gestorami sieci, podczas gdy zakres zmiennych, od których uzależniona jest skala zobowiązań związanych z zawieranymi w tym trybie umowami jest niemożliwy do przewidzenia. Opłaty wynikające z konieczności zawieranych umów mogą wynikać z wewnętrznych zarządzeń, o których Wykonawca nie ma, i nawet przy dochowaniu należytej staranności, nie mógłby mieć wiedzy. Tym samym, żaden z profesjonalnie działających na rynku podmiotów nie jest dysponentem takich danych, które umożliwiałyby mu rzetelne skalkulowanie oferty w zakresie ryzyka związanego z tym zobowiązaniem.
3. Podkreślenia przy tym wymaga, że to Zamawiający, nawet w ramach formuły zaprojektuj i wybuduj, obowiązany jest do udostępnienia wykonawcom danych pozwalających na

dokonanie kalkulacji oferty, co wprost potwierdza wielokrotnie przywoływany już w ramach niniejszego odwołania §15 Rozporządzenia. Nie jest więc rolą Wykonawców, poszukiwanie na rynku informacji, które mogłyby być podstawą dokonania hipotetycznych szacunków związanych z koniecznością zawierania umów z gestorami sieci. Takie indywidualne pozyskiwanie jakichkolwiek danych przez wykonawców, prowadziłoby zresztą do tego, że każdy z nich miałby inne materiały źródłowe, stanowiące podstawę sporządzenia oferty. Sporządzone w taki sposób oferty byłyby więc nieporównywalne, co nie jest także w interesie Zamawiającego, zobowiązanego przecież do dokonywania racjonalnego wydatkowania środków publicznych.
4. Nałożenie na Wykonawców zobowiązania tego rodzaju, przy jednoczesnej stanowczej deklaracji, że ma ono mieścić się w Kwocie Kontraktowej oraz Czasie na Ukończenie, stanowi wyraz przerzucenia całego ryzyka kontraktowego z tym związanego na wykonawców. Nie można jednak przecież a priori przyjąć, że zawieranie umów w tym trybie nie spowoduje znacznego zwiększenia obowiązków nałożonych na wykonawców, które

nieodzownie będą łączyły się z koniecznością poniesienia z tego tytułu znacznych kosztów, które jak wynika z powyższych rozważań, nie mogły zostać oszacowane na etapie sporządzenia oferty. Takie działanie Zamawiającego stanowi wyraz nadużywania jego uprzywilejowanej pozycji gospodarza postępowania i świadczy o niezgodnym z prawem wykorzystywaniu własnego prawa podmiotowego kosztem wykonawców, na których przerzucane są obciążenia znacznie wykraczające poza możliwy do przyjęcia podział ryzyk w ramach stosunku umownego.
5. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz § 15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ przez modyfikację pkt 1.4.1.7. PFU dla Zadania A oraz Zadania B przez jednoczesne:
- usunięcie zastrzeżenia nakładającego na wykonawcę zobowiązania do wykonywania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalno-prawnych wynikających z umów zawieranych z gestorem sieci
oraz
- dodanie następującego doprecyzowania: „Dodatkowe koszty wynikające z uzgodnień i umów zawartych z gestorem sieci będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.7. Krajowy System Poboru Opłat i Eksperymentalne oznakowanie pionowe - dotyczy Zadania A i B

1. W pkt 1.4.1.11.1 PFU dla Zadania A i Zadania B („Projekt stałej organizacji ruchu") (odpowiednio strona 53 PFU dla Zadania A oraz strona 51 PFU dla Zadania B), Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „Zamawiający może wymagać zastosowania oznakowania pionowego jako eksperymentalnego zgodnie z załączonym wzorem. W przypadku podjęcia decyzji o objęciu Krajowym Systemem Poboru Opłat odcinka drogi będącego przedmiotem niniejszej inwestycji Zamawiający powiadomi Wykonawcę o takiej decyzji Wykonawcę. Wykonawca umieści w ramach swoich prac w dokumentacji Projektu stałej organizacji ruchu niezbędne oznakowanie informujące o występowaniu odcinka drogi objętej poborem opłat. Następnie w ramach działań realizacyjnych wykona ¡zamontuje uzgodnione oznakowanie w zakresie kosztów realizacji kontraktu."
2. Powyższe postanowienie PFU cechuje się niejednoznacznością i nie daje wykonawcom możliwości jednoznacznego zidentyfikowania potrzeb zamawiającego, mających stanowić podstawę wyceny składanych ofert. Na podstawie takiego ukształtowania zobowiązań nałożonych na wykonawcę, każdy z potencjalnie zainteresowanych składaniem oferty, może

przyjąć inną metodologię jej Wyceny, zakładając konieczność - bądź nie - zastosowania oznakowania pionowego eksperymentalnego i w różny sposób identyfikować swoje zobowiązania związane z objęciem danego odcinka drogi Krajowym Systemem Poboru Opłat. W konsekwencji, prowadzi to do uzyskania przez Zamawiającego nieporównywalnych

ofert, godząc przy tym w zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych, do przestrzegania której Zamawiający jest zobowiązany.
3. W ocenie Odwołującego, pomimo faktu, iż postępowanie prowadzone jest w trybie formuły „zaprojektuj i wybuduj", obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z §15 Rozporządzenia, jest przedstawienie stanowczych podstaw wyceny ofert składanych przez wykonawców zainteresowanych pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, eliminujących potrzebę wnioskowania co do zapotrzebowania Zamawiającego. Zamawiający, kierując się elastycznością formuły „zaprojektuj i wybuduj" nie musi określać szczegółowych rozwiązań materiałowych, nie mniej jednak powinien jednoznacznie wskazać oczekiwane przez niego rozwiązania techniczne i efekty wprowadzanych przez wykonawców rozwiązań.
4. Zamawiający nie dając jednoznacznej informacji co do tego, w jaki sposób i w jakim zakresie wykonawcy mają przewidzieć w swoich ofertach oznakowanie eksperymentalne i jaki jest zakres nałożonych na nich obowiązków wynikających z ewentualnością objęcia Krajowym Systemem Poboru Opłat, pozbawia ich de facto możliwości wyceny tych elementów na etapie sporządzania oferty. Jednocześnie, eliminuje przy tym możliwość zmiany kontraktu wynikającej z tych okoliczności, czym po raz kolejny nadużywając swojej pozycji gospodarza postępowania, przerzuca większość ryzyk gospodarczych na wykonawców, doprowadzając do niemożliwej do zaakceptowania zaburzenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.
5. Obecny kształt pkt 1.4.1.11.1 PFU dla Zadania A i dla Zadania B w kwestionowanym zakresie narusza tym samym-art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z §15 Rozporządzenia poprzez brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, utrudniającego zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Co więcej, brak możliwości zmian kontraktu z tego wynikającej, świadczy również o naruszeniu art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego.
6.W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ poprzez modyfikację PFU dla Zadania A i dla Zadania B przez:

- usunięcie kwestionowanego postanowienia z pkt 1.4.1.11. PFU dla Zadania A i dla Zadania B,

ewentualnie

- dodanie w ramach SIWZ dla Zadania A i dla Zadania B postanowienia o następującej treści: „Zmiany wynikające z wprowadzenia Krajowego Systemu Poboru Opłat i oznakowania eksperymentalnego będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty

Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.8. Infrastruktura techniczna niezwiązana z drogą - dotyczy Zadania A i B

1. W pkt 1.5.2.1 PFU dla Zadania A i dla Zadania B {„Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne") , odpowiednio strona 68 PFU dla Zadania A oraz strona 65 PFU dla Zadania B, Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Za zgodą Zamawiającego, należy dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócą się o to inwestorzy tej infrastruktury".
2. Powyższym postanowieniem, Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek uzgodnienia obcej infrastruktury, niezwiązanej z projektowaną drogą, na prośbę podmiotów niezależnych od Zamawiającego. Tym samym, siłą rzeczy Wykonawca nie ma informacji o skali takich dodatkowych zobowiązań (skoro nie są one związane z budową drogi i wytycznymi przekazanymi w tym zakresie), nie mając też wystarczających danych do ich rzetelnego uwzględnienia w ramach przygotowywanej przez siebie oferty. Zamawiający nie uregulował przy tym kwestii związanej z tym, czy z tego tytułu możliwe będzie zwiększenie wynagrodzenia czy czasu na realizację całego projektu, a w konsekwencji na ten moment Wykonawcy identyfikują konieczność powyższych uzgodnień jako ryzyko, w którym w żadnym stopniu nie partycypuje Zamawiający.
3. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
4. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o:
- usunięcie kwestionowanego zapisu pkt 1.5.2.1 PFU dla Zadania A i Zadania B, tj.

zapisu o treści: „Za zgodą Zamawiającego, należy dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócą się o to inwestorzy tej infrastruktury"
ewentualnie:
- dodanie w ramach pkt 1.5.2.1. PFU dla Zadania A i dla Zadania B postanowienia o następującej treści: „Zmiany wynikające z dodatkowych uzgodnień w tym zakresie będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

II.9. Laboratorium - dotyczy Zadania A i B

1. W pkt 1.5.2.4 PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B (odpowiednio strona 72 PFU dla Zadania A oraz 70 PFU dla Zadania B), Zamawiający, w ramach wytycznych inwestorskich i

uwarunkowaniach związanych z przygotowanie budowy i jej przeprowadzeniem, wskazał, iż przy przygotowaniu i realizacji przedmiotowej inwestyq'i należy przestrzegać następujących wytycznych: „Przygotowanie i użytkowanie niestacjonarnego laboratorium drogowego dla Zamawiającego (polowego)"
2. Zamawiający nie określił w ramach powyższego postanowienia czy ten element, tj. przygotowanie i użytkowanie laboratorium wykonawcy mają uwzględnić w swojej ofercie czy też nie, co wprost świadczy o nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Jeśli koniecznym byłoby przewidzenie takiego elementu, Zamawiający nie udostępnił jakichkolwiek danych co do wymagań z tym związanych, które to wymagania powinny być jednolicie uwzględnione w ofertach każdego z wykonawców, tak aby możliwe było zachowanie ich porównywalności. Nie podstawie postanowień PFU nie określono więc w żaden sposób charakterystyki oczekiwanego przez Zamawiającego laboratorium drogowego.
3. Innymi słowy Wykonawcy nie mają danych dotyczących tego co mają objąć swoją ofertą i w jaki sposób wycenić ten element. Zamawiający pomimo swojej prerogatywy w tym zakresie, zaniechał więc udostępnienia danych niezbędnych do przygotowania oferty, swoimi błędami obciążając wykonawcę. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego.
4. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ przez usunięcie pkt 1.5.2.4. PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B alternatywnie o wprowadzenie do PFU dla Zadania A i Zadania B postanowień doprecyzowujących wymagania Zamawiającego co do posiadanego laboratorium.

II.10. Harmonogram prac archeologicznych - dotyczy Zadania A i B

1. W ramach pkt 1.5.1.1. PFU dla Zadania A i dla Zadania B („Warunki wykorzystania terenu w fazie realizacji") (odpowiednio strona 60 PFU dla Zadania A oraz strona 58 PFU dla Zadania B), Zamawiający wskazał w odniesieniu do podpunktu dotyczącego Badań archeologicznych i innych działań przy zabytkach, że „Wykonawca winien współpracować z nadzorem archeologicznym, wyłonionym przez Zamawiającego, informując o terminach robót ziemnych oraz umożliwiając wstęp na piać budowy. Ponadto Wykonawca winien współpracować na etapie realizacji inwestycji z wykonawcami badań archeologicznych, w tym badań sondażowych i wykopaliskowych, wyłonionymi przez Zamawiającego, umożliwić im wstęp na plac budowy oraz dostosować harmonogram robót do terminów prac archeologicznych".
2. Powyższe postanowienie wprowadzone przez Zamawiającego do PFU narzuca na Wykonawców obowiązek skoordynowania pracz innymi podmiotami, od niego niezależnymi, przy jednoczesnym braku przekazania szczegółowych informacji co do zakresu i terminów

planowanych prac archeologicznych. Samo tylko zasygnalizowanie przez Zamawiającego takiego obowiązku uznać należy za niewystarczające, bowiem brak szczegółowych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie ceny ofertowej. Podkreślenia wymaga, że realizacja inwestycji budowlanej odbywa się w oparciu o ściśle przygotowany harmonogram, minimalizujący ryzyko przestojów i optymalizujący koszty projektu. Zaburzenie realizacji

takiego harmonogramu wprost więc przekłada się na ryzyko gospodarcze, które mógłby ponieść Wykonawca.
3. W tym kontekście, warto wskazać, iż w podobnej sprawie rozstrzyganej w ramach wyroku o sygn. KIO 411/13, gdzie nałożono na Wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcę, którego zakres i terminarz prac nie był znany, Izba uznała, iż doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że poinformowanie jedynie wykonawcy o zamiarach zamawiającego wprowadzenia na teren budowy innego wykonawcy jest niewystarczający. Jak argumentowała KIO w ramach cytowanego wyroku: „Skoro zamawiający w jednym czasie zleca roboty do prowadzenia w obrębie tego samego placu różnym wykonawcom, winien zapewnić ich stosowne skoordynowanie, aby żaden z tych wykonawców nie był przez to narażony na przestoje".
4. W konsekwencji również na gruncie niniejszego Postępowania uznać należy, że postanowienie PFU o takiej treści narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i §15 Rozporządzenia, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
5. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ przez usunięcie z treści zaskarżanej klauzuli, opisanej w pkt 1.5.1.1. PFU dla Zadania A i dla Zadania B sformułowania o treści: „oraz dostosować harmonogram robót do terminów prac archeologicznych".

II.11. Projekt kompetencji - dotyczy Zadania A i B

1. W ramach PFU dla Zadania A i dla Zadania B, w pkt 1.4.1.1 PFU („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania"), Zamawiający nałożył na Wykonawców konieczność sporządzenia projektu kompetencji, wskazując, że Wykonawcy zobowiązani zostają:
- w przypadku Zadania A, pkt 1.4.1.1.PFU, strona 16 PFU: „Wykonać projekt kompetencji umożliwiający przekazanie innych dróg niż krajowa, ich docelowym Zarządcom. Projekt kompetencji po uzyskaniu opinii Zarządców tych dróg, powinien zostać przekazany Zamawiającemu do akceptacji. Zaakceptowany przez Zamawiającego projekt stanowić będzie podstawę do sporządzenia dokumentacji ZRID, zamiennej ZRID bądź dokumentacji podziałowej służącej wydzieleniu tych dróg".
- w przypadku Zadania B, pkt. 1.4.14. PFU, strona 15-16 PFU: „Wykonać projekt kompetencji umożliwiający przekazanie innych dróg niż krajowa, ich docelowym Zarządcom. Projekt

kompetencji po uzyskaniu opinii Zarządców tych dróg, powinien zostać przekazany Zamawiającemu do akceptacji. W przypadku braku możliwości spełnienia wymagań dla pasa drogowego wynikających z Warunków Technicznych, Wykonawca wystąpi o odstępstwo w tym zakresie. Zaakceptowany przez Zamawiającego projekt stanowić będzie podstawę do sporządzenia dokumentacji ZRID bądź zamiennej ZRID obejmującej podziały nieruchomości".
2. Z powyższego wynika, że w odniesieniu do Zadania A, Zamawiający w ogóle zaniechał uregulowania sposobu działania w przypadku niemożliwości spełnienia wymagań dla pasa drogowego wynikających z Warunków Technicznych; w odniesieniu do Zadania B ograniczył się natomiast do wskazania na konieczność uzyskania odstępstwa, nie precyzując jednak sytuacji, w której nastąpiłaby Odmowa jego uzyskania.
3. W związku z tym, w tym kontekście podkreślenia wymaga, że nieprawidłowym jest nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialności za nie uzyskanie odstępstwa, a tym samym odpowiedzialności za obiektywną - niezależną od Wykonawcy - niemożliwość spełnienia wymagań dla pasa drogowego wynikających z Warunków Technicznych. Wadliwość przypisywania Wykonawcom takiej odpowiedzialności potęguje fakt, że w ramach tego samego pkt PFU, Zamawiający zaznaczył, iż w zakresie linii rozgraniczających dokumentacja KP (materiał informacyjny) jest wiążąca. Innymi słowy, Wykonawcy kierując się wiążącymi informacjami przekazanymi w ramach PFU, identyfikując niemożliwość spełnienia pewnych wymagań dla pasa drogowego, obciążani byliby wynikającymi z tego konsekwencjami. Stanowiłoby to kolejny element przerzucania ryzyk kontraktowych na wykonawców i nadużycia pozycji Zamawiającego jako gospodarza postępowania, który ewentualnymi nieprawidłowościami w dokumentacji i obiektywną niemożliwością zachowania pewnych prognozowanych parametrów obciąża Wykonawców. Świadczy to więc o skrajnej nierównowadze przyszłego stosunku zobowiązaniowego, a tym samym o naruszeniu art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 ^{1} kodeksu cywilnego.
4. Przy zastosowanej przez Zamawiającego konstrukcji Wykonawcy nie uzyskują przy tym w

ramach udostępnionej dokumentami jasnych i precyzyjnych wytycznych co do sposobu działania w przypadku zidentyfikowania braku możliwości spełnienia wymagań z Warunków Technicznych dla pasa drogowego, co z kolei stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i §15 Rozporządzenia, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
5. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści pkt 1.4.1.1. PFU dla Zadania A i Zadania B przez nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonać projekt kompetencji umożliwiający przekazanie innych dróg niż krajowa, ich docelowym Zarządcom. Projekt kompetencji po uzyskaniu opinii Zarządców tych dróg, powinien zostać przekazany Zamawiającemu do akceptacji. Zaakceptowany przez Zamawiającego projekt stanowić

będzie podstawę do sporządzenia dokumentacji ZRID, zamiennej ZRID bądź dokumentacji podziałowej służącej wydzieleniu tych dróg. W przypadku braku możliwości spełnienia wymagań dla pasa drogowego wynikających z Warunków Technicznych i jednoczesnego braku zgody na odstępstwo, Zamawiający odstąpi od wymogu wykonania projektu kompetencji dla przedmiotowej drogi z nienormatywnym pasem drogowym. Tym samym, pozostanie ona w pasie drogi krajowej".

II.12. System odwodnienia - dotyczy Zadania A i B

1. W ramach PFU dla Zadania A i dla Zadania B, w pkt 1.4.1.1 PFU („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania"), Zamawiający wskazał m.in. na wiążące dokumenty opisujące przedmiot zamówienia, określając w ich ramach m.in. obowiązki nałożone na wykonawców w zakresie wykonania systemu odwodnienia. Postanowienia odnoszące się do tego zagadnienia znalazły się w następujących częściach PFU i otrzymały następujące brzmienie:
- w przypadku Zadania A, pkt 1.4.1.1 PFU, strona 13: Namawiający udostępnia (w TOM I/SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie:
- Projekt Budowlany (PB) - w zakresie:
• Zasad budowy niezależnego systemu odwodnienia autostrady oraz zrzutu wód do docelowych odbiorników, tj. na węzeł Lubelska w zakresie Zadania A;
• Linii rozgraniczających inwestycji z zastrzeżeniem konieczności ich zmiany w szczególności w uzasadnionych przypadkach".
- w przypadku Zadania B, pkt 1.4.1.1. PFU, strona 13: „Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie: '
- Koncepcja Programowa (KP) w zakresie:
• Zasad budowy niezależnego systemu odwodnienia autostrady oraz zrzutu wód do dwóch docelowych odbiorników, tj. do rzeki Długiej z Zadania B;
• Linii rozgraniczających inwestycji z zastrzeżeniem konieczności ich zmiany w szczególności w uzasadnionych przypadkach".
2. Z powyższych postanowień PFU wynika, że tak w Zadaniu A jak i w Zadaniu B, Zamawiający oczekuje wykonania niezależnego systemu odwodnienia. Tymczasem, tak w Projekcie Budowlanym - w przypadku Zadania A, jak i w Koncepcji Programowej - w przypadku Zadania B, wskazane zostało, że odwodnienie innych dróg niż autostrada wykorzystuje system odwodnienia A2 (rowy, zbiorniki). Biorąc powyższe pod uwagę, należy zauważyć, że postanowienia dotyczące budowy systemu odwodnienia zawarte w różnych częściach dokumentacji są wzajemnie niekompatybilne. Postanowienia zawarte w zasadniczej części PFU wskazują na obowiązek budowy niezależnych systemów

odwodnienia; postanowienia zawarte w wiążącej części materiałów informacyjnych wskazują natomiast na zależność tych systemów od istniejących już elementów związanych z tą infrastrukturą (rowy, zbiorniki na A2).
3. W tym kontekście podkreślenia wymaga, że zgodnie z wytycznymi przekazanymi przez Zamawiającego każdą z tych części dokumentacji, tj. zarówno postanowienia zawarte w samym PFU, jak i postanowienia zawarte w dokumentacji stanowiącej załączniki do niej, w zakresie wskazanym jako wiążący, wykonawcy mają obowiązek brać na równi pod uwagę. Z uwagi na występującą sprzeczność między tymi postanowieniami, Wykonawca nie ma więc

możliwości jednoznacznego zidentyfikowania zapotrzebowania Zamawiającego, a tym samym jednoznacznej identyfikacji nałożonych na niego w ramach kontraktu zobowiązań i wynikających z tego kosztów. Zamawiający nie daje więc wykonawcom jasnych podstaw do przygotowania i wyceny składanych przez nich ofert.
4. Jednocześnie, podkreślenia w tym kontekście wymaga, że niezależny system odwodnienia wymagałby wykonania dodatkowych niezależnych rowów i zbiorników dla innych dróg niż autostrada. Rozwiązanie takie wpłynęłoby bezsprzecznie na linie rozgraniczające, które również w treści PFU (co wynika wprost z cytowanego na wstępie postanowienia) mają charakter wiążący. W związku, z tym jeśli przyjąć, że Zamawiający wymagałby budowy niezależnego systemu odwodnienia (a taki obowiązek wynika z literalnej treści wskazanego powyżej pkt PFU dla Zadania A i dla Zadania B), Zamawiający zaniechał sprecyzowania wynikającego z tego obowiązków, w tym sposobu działania w związku z kolizją z liniami rozgraniczającymi.
5. W konsekwencji kwestionowane postanowienie PFU narusza w szczególności art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia, a co za tym idzie powinno być wyeliminowane z treści dokumentacji w obecnym kształcie.
6. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ przez modyfikację pkt 1.4.1.1 PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B, przez:
- wykreślenie z pkt 1.4.1.1 PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B zastrzeżenia o treści: „zasad budowy niezależnego odwodnienia",
ewentualnie
- dodanie w ramach pkt 1.4.1.1. PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B doprecyzowania definiującego co Zamawiający rozumie pod pojęciem „system niezależnego odwodnienia" i jakie wiążą się z tym obowiązki nałożone na wykonawcę.

II.13. Przekrój normalny autostrady I dróg niższej kategorii - dotyczy Zadania A iB

1. W ramach PFU dla Zadania A i dla Zadania B, w pkt 1.4.1.1 PFU („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania"), Zamawiający wskazał m.in. na wiążące dokumenty opisujące przedmiot zamówienia, wskazując tak w Zadaniu A,

jak i w Zadaniu B na wiążący charakter przekroju normalnego autostrady i dróg niższej kategorii. Postanowienia dotyczące tego zagadnienia znalazły się w następujących częściach każdego z PFU i otrzymały następujące brzmienie:
- w przypadku Zadania A- pkt 1.4.1.1 PFU, strona 14: „Zamawiający udostępnia (w TOM VSIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie:
- Projekt Budowlany (PB) - w zakresie (...):
• Przekroju normalnego autostrady i dróg niższej kategorii":
- w przypadku Zadania B- pkt 1.4.1.1. PFU, strona 13: „Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie:
- Koncepcja Programowa (KP) - w zakresie(...):
• Przekroju normalnego autostrady i dróg niższej kategorii".
2. Po dokonaniu analizy przekazanej dokumentacji, tj. Projektu Budowlanego w przypadku Zadania A oraz Koncepcji Programowej w przypadku Zadnia B, Odwołujący zidentyfikował, iż brak jest w ich treści takich elementów jak np. sprawdzenie warunków widoczności na zatrzymanie, co determinuje, że nie jest możliwa na tym etapie weryfikacja poprawności przyjętych przez Zamawiającego przekrojów normalnych pod kątem spełniania warunków technicznych. Wykonawcy są więc zobowiązani są do zastosowania przekrojów normalnych odpowiednio z PB lub KP, co do których nie ma pewności czy są zgodne z przepisami, za których spełnienie Wykonawca będzie odpowiedzialny. Zamawiający nie przewidział przy tym w ramach SIWZ, jakiegokolwiek mechanizmu weryfikacji tych danych, czy dopuszczalności zmian kontraktu, na skutek wykrycia na etapie realizacji zamówienia ich nieprawidłowości.
3. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
4. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o modyfikację treści SIWZ przez

modyfikację pkt I.4.I.I. PFU dla Zadania A oraz dla Zadania B przez:
- wykreślenie z katalogu wiążącego zakresu z pkt I.4.I.I. PFU dla Zadania A i Zadania B „Przekroju normalnego autostrady i dróg niższej kategorii",
ewentualnie:
- dodanie doprecyzowania w ramach pkt 1.4.1.1 PFU dla Zadania i Zadania B wskazującego, które elementy przekrojów normalnych są wiążące i w jakich okolicznościach Wykonawca uprawniony jest do ich zmiany.

II.14. Zakres obowiązków związanych z Systemem Poboru Opłat - dotyczy

---

Zadania B
1. W ramach pkt 1.4.1.1 oraz 1.4.1.11.5. PFU dla Zadania B (odpowiednio strona 15 i 55 PFU dla Zadania B), Zamawiający zawarł Wymagania dotyczące obowiązków nałożonych na Wykonawcę, związanych z Systemem Poboru Opłat:
- pkt 1.4.1.1. PFU dla Zadania B: „Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty(…):
- System Poboru Opłat (w zakresie Robót budowlano-montażowych), według załączonych wytycznych Zamawiającego (dla autostrad);
- pkt 1.4.1.11.5. PFU dla Zadania B: „W ramach przedmiotowego Zamówienia nie przewiduje się realizacji Krajowego systemu Poboru Opłat Wymagana jest współpraca Wykonawcy (drogi) z wykonawcą i Operatorem Krajowego Systemu Poboru Opłat zgodnie z zapisami 2.1.14.5.".
2. Zestawienie powyższych postanowień PFU dotyczących obowiązków związanych z Systemem Poboru Opłat świadczy ewidentnie o ich sprzeczności. W jednym miejscu Zamawiający wskazuje bowiem na obowiązek realizacji robót związanych z Systemem Poboru Opłat, w drugim zaś miejscu jasno deklaruje, że takiego Systemu Poboru Opłat w ramach Zadania B nie przewiduje. Podkreślenia przy tym wymaga, że przedstawione powyżej postanowienia PFU są równoważne, ac Zamawiający nie określił w żaden sposób jakiejkolwiek hierarchii ich ważności.
3. Pozostawienie wskazanych postanowień PFU w obecnym kształcie powoduje, że Wykonawcy nie mają możliwości jednoznacznej identyfikacji zapotrzebowania Zamawiającego i wymogów jakie zostaną na niego nałożone w związku z realizacją niniejszego Postępowania w zakresie Zadania B. Opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie niewątpliwie nie spełnia więc ustawowych obowiązków jasności i jednoznaczności, powodując przy tym, że Wykonawcy nie mają możliwości rzetelnego przygotowania swoich ofert. Warto też w tym miejscu zaznaczyć, że w przypadku Zadania A, gdzie w ramach PFU Zamawiający również zawarł w ramach pkt 1.4.11.5 PFU deklarację, iż nie przewiduje realizacji Krajowego systemu Poboru Opłat, z katalogu prac do wykonania z pkt 1.4.1.1 PFU wyeliminował odniesienie do tego Systemu Poboru Opłat.
4. Jednocześnie, przy założeniu, że w ramach Zadania B, na wykonawców byłby nałożony obowiązek wykonania prac związanych z systemem poboru opłat, Zamawiający nie przybliżył w żaden sposób jego zakresu, ograniczając się jedynie do powyższego, blankietowego zobowiązania. Wykonawcy nie mają więc wiedzy jakie elementy tego systemu mieliby wykonać i jakimi wytycznymi w tym zakresie mieliby się kierować.
5. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w

---

zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia.
6. W związku z tym, Odwołujący wnosi o modyfikację PFU dla Zadania B przez:
- wykreślenie z katalogu ż pkt 1.4.1.1. PFU, na stronie 15 PFU dla Zadania B, postanowienia o treści: „System Poboru Opłat (w zakresie Robót budowlano- montażowych), według załączonych wytycznych Zamawiającego (dia autostrad)",
ewentualnie:
- doprecyzowanie pkt 14.1.1. PFU dla Zadania B poprzez jednoznaczne określenie czy i ewentualnie jakie elementy Systemu Poboru Opłat Wykonawca jest zobowiązany wykonać.

II.15. Ustalenia Zamawiającego dotyczące przebiegu/ lokalizacji innych elementów - dotyczy Zadania A i Zadania B

1. W ramach treści PFU dla Zadania A i dla Zadania B, Zamawiający odwołał się do wiążącego charakteru poczynionych przez siebie ustaleń dotyczących przebiegu/ lokalizacji innych elementów, czemu dał wyraz w ramach następujących postanowień PFU dla Zadania A oraz PFU dla Zadania B:
- pkt 1.4.1.1. PFU dla Zadania A, strona 14: „Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie(...):
- Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach - w zakresie(...):
• Ustaleń poczynionych przez Zamawiającego w zakresie lokalizacji wjazdu na wiadukt na drodze powiatowej 270IW oraz lokalizacji łącznika drogi dojazdowej nr 5 z drogą powiatową 2701W, w celu ominięcia budynku położonego na działce 71/1, obręb 17 w Michałówku";
- pkt 1.4.1.1. PFU dla Zadania B, strona 13: „Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie(...) :
- Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach - w zakresie:
• Ustaleń poczynionych przez Zamawiającego w zakresie zamiennego przebiegu drogi powiatowej nr 2218Wobniżonych parametrów technicznych".
2. Jednocześnie, Zamawiający nie przekazał w ramach udostępnionych treści i materiałów jakie ustalenia zostały przez niego poczynione w każdym ze wskazanych zakresów. W związku z tym, z treści cytowanych postanowień PFU wynikałoby, że Zamawiający jest w dyspozycji dodatkowych informacji, mających wpływ na zakres prac związanych z realizacją każdego z Zadań, nie udostępnia ich jednak podmiotom zainteresowanym pozyskaniem zamówienia. Narusza to ustawowe obowiązki Zamawiającego w dwójnasób - po pierwsze nie spełniony jest bowiem postulat przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jasny i wyczerpujący, nie utrudniający zachowania zasady uczciwej konkurenci, po drugie zaś - postulat przekazania przez Zamawiającego wszelkich dostępnych mu informacji mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

---

3. Co więcej, przez brak udostępnienia szczegółowych informacji dotyczących ustaleń poczynionych przez Zamawiającego, Wykonawcy nie mają też możliwości zweryfikowania ich poprawności i realności nałożonych na nich z tego tytułu zobowiązań. Poprzez złożenie oferty w takim stanie faktycznym, Wykonawcy musieliby więc wyrazić akcept na przyjęcie na siebie zobowiązań, których rozmiarów i zakresu nie są w stanie przewidzieć, a nade wszystko których możliwość realizacji nie może być zweryfikowana. Taka konstrukcja jest kolejną, stosowaną w ramach niniejszego postępowania, konstrukcją wypaczającą zasadę równowagi stron stosunku zobowiązaniowego.
4. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw.. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 1 kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji.
Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnosi o:
- doprecyzowanie pkt 1.4.1.1. PFU dla Zadania A poprzez jednoznaczne określenie jakie ustalenia zostały poczynione przez Zamawiającego w zakresie lokalizacji wjazdu na wiadukt na drodze powiatowej 2701W oraz lokalizacji łącznika drogi dojazdowej nr 5 z drogą powiatową 270IW, w celu ominięcia budynku położonego na działce 71/1, obręb 17 w Michałówku;
- doprecyzowanie pkt 1.4.1.1. PFU dla Zadania B poprzez jednoznaczne określenie jakie ustalenia zostały poczynione przez Zamawiającego w zakresie zamiennego przebiegu drogi powiatowej nr 2218W obniżonych parametrów technicznych.

II.16. Parametr szorstkości nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia) - dotyczy Zadania A i Zadania B

1. W Tomie II SIWZ dla Zadania A i dla Zadania B, Rozdział II „Gwarancja Jakości", Część Szczegółowa, Pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)" - wymagane wartości miarodajnego współczynnika tarcia (tabela nr 2) oraz pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia" (tabela 8), Zamawiający wskazał, że w okresie Gwarancji Jakości, jakiej ma udzielić Wykonawca w zakresie warstwy ścieralnej nawierzchni na okres 5 lat, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni dla pasów drogi klasy A i S musi wynosić odpowiednio:

- dla pasów ruchu zasadniczego, dodatkowego i awaryjnego: > 0,40;
- dla pasów ruchu włączania i wyłączania oraz na jezdniach łącznic: > 0,42.
Określone przez Zamawiającego dopuszczalne wartości wskaźnika podają wartości minimalne, poniżej których Wykonawca zobowiązany będzie do zastosowania programu naprawczego.
2. Odwołujący podnosi, jako podmiot zrzeszający wykonawców robót drogowych w Polsce,

53

---

którzy posiadają jedne z największych i najdłuższych doświadczeń w zakresie realizacji inwestycji infrastrukturalnych, tak na rynku krajowym, jaki europejskim, a nawet światowym, że powyższy miarodajny współczynnik tarcia określony w wymaganiach SIWZ, jako miarodajny dla okresu gwarancyjnego, jest na gruncie dotychczasowych doświadczeń oraz prowadzonych badań, obiektywnie niemożliwy do osiągnięcia. Powyższe powoduje, że zakres i rodzaj zobowiązania gwarancyjnego wymaganego przez Zamawiającego od Wykonawców stanowi o niemożliwości świadczenia.
3. Należy mieć również na uwadze, że Zamawiający wyspecyfikował szczegółowo wymagania odnośnie projektowania konstrukcji nawierzchni - pkt. 2.1.2 PFU dla Zadania A jak również dla Zadania B, jak również technologię układania warstwy ścieralnej, parametry używanych materiałów (np. PSV dla kruszywa), właściwości mieszanki mineralno-asfaltowej (MMA), itp. - WWIORB, do których Wykonawca musi się bezwzględnie zastosować.
Powyższe wymagania i technologia zostały określone na poziomie maksimum, dostępnym na rynku budowlanym. Zatem Zamawiający precyzyjnie określił, z jakich materiałów ma być wyprodukowana mieszanka mineralno-asfaltowa i jak ma być układana. Mimo tego określenie parametrów gwarancyjnych w zakresie szorstkości przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za przyjęte przez Zamawiającego parametry materiałowe oraz technologię wykonania.
Ponadto na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w czasie eksploatacji nawierzchni wpływ mają różne czynniki niezależne od Wykonawcy robót, m.in. wielkość obciążenia nawierzchni ruchem, struktura ruchu (ilość pojazdów ciężarowych), warunki atmosferyczne (woda, mróz, temperatura), utrzymanie nawierzchni (np. w zimie), itp.
4. Wobec powyższego należy wskazać, że powyższe czynniki wpływają na to, że dwubiegunowo określone przez Zamawiającego warunki realizacji przedmiotu umowy, tj. warunków i danych wyjściowych oraz parametrów docelowych, niemających żadnego uzasadnienia merytorycznego powodują, iż należy je ocenić, jako sprzeczne. Zamawiający bowiem albo winien określić, w jaki sposób i z czego Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia, albo też określić sam rezultat konieczny do osiągnięcia. Podając oba te elementy, nie może przerzucać jednocześnie odpowiedzialności za rezultat umowy na Wykonawcę, skoro sam Zamawiający dysponuje wynikami badań, które potwierdzają, iż jest to obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia.
Zamawiający albo winien wskazać wymagania wstępne, albo końcowe, a jeśli wskazuje oba - wykazać techniczną możliwość ich osiągnięcia, czego w niniejszym przypadku nie uczynił.
W związku z tym, w ocenie Odwołującego zasadne byłoby nieokreślanie w ogóle miarodajnego współczynnika tarcia nawierzchni w okresie Gwarancji Jakości.
Dlatego w pierwszej kolejności Odwołujący wnioskuje o usunięcie tego wymagania z dokumentów kontraktowych.

54

---

5. W przypadku braku uwzględnienia tego wymagania, Odwołujący wskazuje, że aktualnie określony przez Zamawiającego współczynnik tarcia jest jednym z najwyższych w Europie. Dla porównania można przywołać analogiczne wymagania dla dróg, jakie stawiane są w Niemczech, które przywołuje się często jako przykład wzorca jakości wykonywania infrastruktury drogowej. Co ważne, na skutek prowadzonych na szeroką skalę badań, wymagania stosowane w Europie (z wyjątkiem Polski) w zakresie parametrów współczynnika tarcia zostały w ciągu ostatnich lat zmienione zarówno poprzez obniżenie wartości miarodajnego wskaźnika, jak i ustalenie dopuszczalnych odchyleń parametrów wyników oraz określenie innych metod pomiarowych.
Aktualnie wymagany przez Zamawiającego poziom współczynnika tarcia jest nieosiągalny i niemożliwy do uzyskania na całym odcinku drogi a taki warunek został w wymaganiach SIWZ postawiony.

Badania IBDIM wykazały, że jest to wskaźnik znacząco zawyżony w stosunku do przeliczonego z wymagań stosowanych np. w Niemczech.
Odnosząc się do przywoływanych wymagań niemieckich przeliczonych przez IBDIM na nasz system pomiarowy, parametr graniczny w okresie gwarancji wynosi w Niemczech 0,37.
Dowód: Opracowanie IBDIM z dnia 14.03.2016 r. p.n.: "Wymagania dotyczące współczynnika tarcia nawierzchni drogowych", str.22.
Jednak według niemieckich wymagań, w przypadku obniżenia tego parametru o 0,03, tg. do 0,34, uznaje się to za mieszczący się w granicach dopuszczalnego odchylenia, które nie jest uważane za przekroczenie parametrów. Oznacza to, że wskaźnik wymagany przez Zamawiającego jest dla jezdni głównej o 0,06 większy niż Niemczech, zaś dla łącznic i pasów włączeń i wyłączeń o 0,08. Nie ma również uzasadnienia technicznego różnicowanie parametrów dla jezdni głównej i łącznic, gdyż łącznice i pasy włączeń i wyłączeń wykonywane są z takiej samej mieszanki, jak jezdnia główna.
Istotne jest również to, że w systemie oceny nawierzchni stosowanej przez GDDKiA, tzw. DSN - Diagnostyka Stanu Nawierzchni, określa się klasy parametrów. Najwyższe parametry obejmują klasy A i B, przy czym klasa B jest według systemu oceny DSN stanem zadowalającym, charakteryzującym „nawierzchnie nowe, odnowione, ..., nawierzchnie nie wymagające zabiegów - załącznik do Zarządzenia nr 34 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30.04.2015r., tabela 6.1, str. 37. Parametr graniczny dla tej klasy wynosi 0,36. Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający po okresie 5-cio letniego użytkowania wymaga, by parametr szorstkości był znacząco wyższy, niż dopuszczalny dla dróg nowych i odnowionych.
Parametr 0,36, zgłaszany przez Odwołującego, jako żądanie alternatywne, wynika z obowiązującego ww. dokumentu GDDKiA i jest o 0,02 wyższy, niż dopuszczalny na koniec okresu gwarancji w Niemczech.

Z przeprowadzonych przez Instytut Badania Dróg i Mostów (IBDiM) badań, opracowanych w Sprawozdaniu z realizacji pracy TD-88 z czerwca 2009 r. wynika, że większość dróg już w momencie odbioru nie spełniało parametru 0,4, który w obecnym postępowaniu Zamawiający wymaga po okresie 5 lat. Badania dla tej pracy wykonywane były oponą Barum Bravuris, zatem dla porównania do dzisiejszych wymagań, odnoszonych do opony PIARC wyniki przedstawione w załączniku do tej pracy powinny być przemnożone przez współczynnik 0,974, czyli powinny być jeszcze niższe. Współczynnik szorstkości charakteryzuje się tym, że zmniejsza się on w czasie użytkowania, dlatego po okresie 5 lat wyniki przedstawione w załączniku do pracy IBDIM byłyby dodatkowo znacząco niższe.
Dowód: Sprawozdanie z realizacji pracy TD-88 z czerwca 2009r. wraz z załącznikiem do tego Sprawozdania.
Oznacza to, że wykonanie drogi w sposób odpowiadający w 100% wszystkim wymaganiom Kontraktu, zastosowanie nakazanej technologii i użycie wymaganych materiałów, nie daje żadnej gwarancji na to, iż współczynnik szorstkości osiągnie wymagany poziom. Przeciwnie, dotychczasowe badania pokazują, że jeszcze przed upływem pełnego okresu gwarancji poziom danego wskaźnika znacząco, się obniża poniżej wartości określonych jako graniczne w dokumentach gwarancyjnych.
Niemożliwości wykonania świadczenia dowodzą również badania naukowców z Politechniki Białostockiej publikowane w roku 2016.
Dowód: Publikacją „Evaluation of skid resistance using CTM, DFR and SRT-3 devices".
Badania obejmowały 11 odcinków testowych, w tym 4 odcinki, gdzie warstwa ścieralna (górna warstwa nawierzchni) wykonana była w technologii SMA. Należy zaznaczyć, że warstwa ścieralna na przedmiotowej drodze musi być zgodnie z umową wykonana w technologii SMA. Badania wykazały, że żadna z dróg wykonanych w technologii SMA przy pomiarach z prędkością 60km/h (tj. takich jak wymaga dokument gwarancyjny) nie osiąga parametru 0,4 wymaganego w tym postępowaniu w okresie gwarancji (ww. publikacja str. 3055 tabela 4 pozycje od 1 do 4 oraz wykres na str. 3056 Fig.5.b.). Należy jednak podkreślić, że badanie te były wykonywane po 4 a nie 5 latach po ułożeniu warstwy, zaś dla drogi S-8 zaledwie po dwóch latach. Oznacza to, że warstwa SMA (taka jak wymagana w niniejszej umowie) już po dwóch latach nie spełniała parametru, którego dla tej inwestycji Zamawiający Oczekuje po pięciu latach.
Ogólnie na 11 odcinków badawczych tylko 5 miało parametr szorstkości powyżej 0,4, jednak z tych 5 odcinków 2 o najlepszych parametrach wykonane były w roku 2012 (czyli w

momencie badań miały tylko 2 lata) i dotyczyły dróg wiejskich (czyli o znikomym natężeniu ruchu). Jeden z badanych odcinków był po naprawie w technologii. Slurry Seal, zaś kolejny wykonany w technologii betonu cementowego PCC w roku 2014. Należy zwrócić uwagę, że ten odcinek oznaczony nr 10 - tj. w technologii PCC, w momencie badania nie miał jeszcze

---

roku, jednak parametr nieznacznie tylko przekraczał 0,4 oczekiwane przez Zamawiającego po 5 latach. Oznacza to, że z 11 odcinków badawczych tylko jeden oznaczony numerem 9, wykonany w roku 2010 utrzymywał parametr powyżej 0,4. Jednak była to warstwa wykonana z betonu asfaltowego, nie zaś SMA, jak wymagana w niniejszej umowie i wiek tej nawierzchni wynosił 4, a nie 5 lat.
Dla umożliwienia łatwej analizy danych opracowano je w tabeli dołączonej do niniejszego odwołania.
Uwagi metodologiczne: Badania wykonywane były we wrześniu 2014r. (ww. publikacja str. 3054 pkt. 2.3 ostatni akapit). Był to okres wprowadzania opony PIARC w Polsce. Opona, którą wykorzystano do badań była już oponą PIARC (ww. publikacja 3053 ostatni akapit), zatem dane należy przyjąć bez stosowania żadnych współczynników korekcyjnych. Zgodnie z metodologią oceny nawierzchni dla uzyskania wartości miarodajnej należy odjąć od wartości średniej odchylenie standardowe. Wartość miarodajna powinna być zaokrąglona do dwóch miejsc po przecinku. Wartość miarodajną przedstawia ostatnia kolumna z tabeli.
Dowód: Tabela własna z opracowaniem wyników badań Politechniki Białostockiej.
Przyczyny powyższego zjawiska (tj. braku możliwości utrzymania parametry szorstkości w dłuższym czasie) wynikają z tego, że na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w czasie eksploatacji nawierzchni, zasadniczy wpływ mają różne czynniki obiektywne, niezależne od Wykonawcy robót, w tym m.in. wielkość obciążenia nawierzchni ruchem, struktura ruchu (ilość pojazdów ciężarowych), warunki atmosferyczne (woda, mróz, temperatura), utrzymanie nawierzchni (np. w zimie).,
6. Nie można również pominąć i tej okoliczności, że tak określony poziom współczynnika tarcia na poziomie > 0,40 i > 0,42 nie wynika z żadnej normy prawnej a stanowi jedynie dowolnie narzucony Wykonawcom obowiązek umowny, nie poprzedzony żadnymi badaniami w tym zakresie - przeciwnie, postawiony wbrew wynikom przeprowadzonych badań. Tak określony parametr nie jest poparty żadną realną potrzebą Zamawiającego ani też użytkowników dróg, nie wpływa też na prawidłowość wykonania zamówienia, zaś określenie go na nierealnym poziomie, nie przynosi żadnej technicznej ani użytkowej korzyści. Jak wspomniano powyżej parametr graniczny klasy B tj. stanu zadowalającego wynosi 0,36.
7. Tymczasem jedna z naczelnych zasad prawa cywilnego, jaką jest zasada swobody umów wyrażona w art. 353^1 k.c., pozwala stronom stosunku obligacyjnego na ukształtowanie treści umowy w sposób zgodny z ich wolą, jednakże nie bezwzględnie dowolny, bowiem postanowienia umowy nie mogą sprzeciwiać się naturze danego stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
Istota udzielanej gwarancji jakości polega na zapewnieniu przez gwaranta, że wykonany przez niego przedmiot umowy posiada (i będzie posiadał przez okres próby) określone właściwości umożliwiające jego normalne użytkowanie, zgodnie z funkcją i przeznaczeniem.

Jednakże również w tym przypadku, zobowiązania gwaranta, pomimo że mają charakter bardzo daleko idący, nie mogą wykraczać poza granice przewidziane w art. 3531 k.c., albowiem stanowiłyby przykład zobowiązania niewykonalnego, nierealnego, niemożliwego do wykonania. Gwarant nie może przyjąć na siebie zobowiązań, które nie są obiektywnie możliwe do dotrzymania. W takim przypadku nastąpiłby bowiem skutek przewidziany w art. 387 § 1 k.c., który powiada, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.
Powyższe potwierdza m.in. stanowisko Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wyrażone w wyroku z dnia 21 października 2015 roku, I ACa 411/15, w którym wskazuje, iż „Uprawnienia kontraktujących stron nie mają z założenia charakteru bezwzględnego i znajdują swoje granice. Wzgląd na zasadę swobody umów w żadnym razie nie eliminuje również możności dokonania przez sąd oceny konkretnej umowy pod kątem tego, czy aby umówione przez strony świadczenie pozostawało w momencie jej zawarcia obiektywnie możliwe do spełnienia w danych realiach, o czym stanowi przepis art. 387 § 1 k.c., a przecież nieważność czynności prawnej sąd bierze pod uwagę z urzędu."

Należy przy tym wskazać, że wedle zgodnych i ugruntowanych poglądów orzecznictwa I doktryny, ze świadczeniem niemożliwym mamy do czynienia w przypadku, gdyby strony umówiłyby się na spełnienie świadczenia, które już w chwili zawarcia umowy byłoby nierealne, niewykonalne. Owa niewykonalność musi spełniać jednak łącznie trzy cechy, tj. mieć charakter pierwotny, trwały i obiektywny.
Obiektywna i trwała niewykonalność świadczenia występuje wówczas, gdy ograniczona jest poziomem aktualnego stanu wiedzy i techniki (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2014 r., sygn. akt KIO 444/14, zgodnie z którym świadczenie jest niewykonalne w znaczeniu obiektywnym, gdy nie jest w stanie go spełnić ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury lub stanu wiedzy i techniki. Świadczenie jest niemożliwe do zrealizowania nie tytko przez przystępującego, ale także przez żadnego innego wykonawcę, czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 05 grudnia 2013 roku, I ACa 572/13, gdzie Sąd wskazał, iż „Niemożliwość świadczenia powinna mieć charakter obiektywny. Oznacza to taką sytuację, w której umówionego świadczenia nie jest w stanie spełnienie tylko konkretny dłużnik, aie w ogóle jakakolwiek inna osoba. Świadczenie niemożliwe to takie zachowanie zobowiązanego, które nie może być zrealizowane według kryteriów obiektywnych przez żadną osobę i które jest rzeczywiście niewykonalne. Subiektywna niemożliwość świadczenia (określaną też niekiedy jako niemożność świadczenia) nie powoduje natomiast nieważności umowy, lecz może być ewentualnie rozważana w ramach odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.
Na szczególną postać obiektywnej niemożności świadczenia (tzw. niemożność gospodarczą) wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 07 grudnia 2012 roku, VI ACa 904/12,

---

wskazując, iż „Przepis art. 387 k.c. dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej, gdy istnieje stan niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniony ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki. Za obiektywnie niemożliwe uznaje się także zachowania, które faktycznie są możliwe, ale ocena ekonomiczna wskazuje na ich całkowitą nieracjonalność."
Jak wykazano powyżej, określone przez Zamawiającego parametry wskaźnika miarodajnego współczynnika tarcia, nie są możliwe do osiągnięcia, co potwierdzają przytoczone w pierwszej części wyniki badań prowadzonych nie tylko przez Wykonawców, ale także niezależne instytuty (IBDiM), Politechnika Białostocka jak i samego Zamawiającego. Skoro zatem już w chwili prowadzenia niniejszego postępowania, a więc jeszcze na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, wiadomym jest, że wymagane wskaźniki szorstkości nawierzchni nie są i nie będą możliwe do osiągnięcia, czyni to zobowiązanie gwarancyjne obiektywnie, trwale i pierwotnie niemożliwym.
Ponadto, w ocenie Odwołującego, reprezentującego i zrzeszającego Wykonawców, wprowadzenie współczynnika tarcia na zawyżonym, nieuzasadnionym technicznie i użytkowo poziomie, ma na celu wyłącznie przerzucenie na Wykonawcę ryzyka i kosztów związanych z nieosiągnięciem postulowanego poziomu szorstkości, a przez to, stworzenie podstawy dla roszczeń w okresie gwarancyjnym o obniżenie wynagrodzenia z powodu rzekomej niewłaściwej jakości wykonanych prac.
8. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o:
- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienia SIWZ Tom II dla Zadania A i dla Zadania B, Rozdział II „Gwarancja Jakości", Część Szczegółowa, Pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)" oraz Pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia", poprzez usuniecie Pkt. 1.1.3.1 oraz Pkt. 1.2.2.1,
ewentualnie:
- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienie SIWZ Tom II dla Zadania A i dla Zadania B, Rozdział II „Gwarancja Jakości", Część Szczegółowa, Pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)" oraz Pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia", poprzez zmianę wartości miarodajnego współczynnika tarcia przy drogach klasy A i S, dla pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego oraz pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic na > 0,36.

Do udziału w postępowaniu odwoławczym przystąpienia zgłosili: Budimex S.A. w Warszawie, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - PORR Polska Infrastructure S.A. w Warszawie, Porr Bau GmbH w Wiedniu (Austria), wykonawcy wspólnie

ubiegający się o udzielenie zamówienia - Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie, Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w Wysokiej, wykonawcy wspólnie ubiegający się o

udzielenie zamówienia - MOTA Engil Central Europe S.A. w Krakowie, Unibep S.A. w Bielsku Podlaskim w sprawach o sygn. akt KIO 1915/16 i KIO 1916/16 oraz Warbud S.A. w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 1916/16. Przystępujący spełnili wymagania dotyczące zgłoszenia przystąpienia, opowiedzieli się po stronie odwołującego i wnieśli o uwzględnienie odwołań.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający zmienił część postanowień SIWZ, w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołań.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Kwestionowane postanowienia SIWZ zostały powołane przez odwołujących zgodnie ze stanem faktycznym, zatem ich ponawianie jako własnych ustaleń Izby jest zbędne.

Podstawę faktyczną rozstrzygnięcia tworzą pisma i dokumenty powołane przez odwołującego w odwołaniu i przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Izba dopuściła z urzędu dowód z dokumentacji postępowania w sprawach KIO 1883/16, KIO 1884/16, KIO 1885/16, które toczyło się między tymi samymi stronami. Zarzuty odwołania powtarzają się w znaczącej części. Stanowiska i argumentacja stron w obu postępowaniach odwoławczych są zbieżne.

Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie bowiem do art. 16 ust. 1 tej ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Skoro ustawa nowelizująca weszła w życie 28 lipca 2016 r., a badane postępowanie zostało wszczęte przed tą datą, do oceny czynności i zamawiającego znajdują zastosowanie przepisy ustawy w znowelizowanym brzemieniu.

Odwołujący spełnił przesłanki wymagane przez art. 179 ust. 1 Pzp w obu sprawach. Odwołujący jest organizacją wpisaną na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej i wnosi odwołanie powołując się na podmioty zainteresowane złożeniem oferty a działające na rynku infrastruktury i budownictwa, którego dotyczy zamówienie.

Odwołujący wycofał zarzuty podniesione w sprawie KIO 1915/16 w pkt II.2, II.8., II.10

oraz w sprawie KIO 1916/16 w pkt II.7, II.9, II.11, II.13. Zarzuty te nie podlegały rozpoznaniu.

Odwołania w przeważającej części nie zasługują na uwzględnienie.

Oddalając zarzuty Izba podzieliła poglądy wyrażone w uzasadnieniu wyroku w sprawach KIO 1883/16, 1884/16 i 1885/16.

Izba uwzględniła trzy zarzuty kierując się następującymi dyrektywami. Pierwsza z nich dotyczy modelu staranności oczekiwanej od zamawiającego. Należyta staranność zamawiającego prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia polega m.in. na tym, że dokonując zmiany postanowień SIWZ zamawiający usuwa stan niezgodności z prawem tego dokumentu tak, aby postępowanie mogło dalej toczyć się bez przeszkód.

Druga zakłada, że zakres swobody zamawiającego wynikającej z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia oraz udzielenia zamówienia przy zastosowaniu formuły „zaprojektuj i wybuduj" nie jest nieograniczony. Wykonawca składając ofertę akceptuje tym samym przewidywane warunki umowy i odpowiednio do nich ustala cenę oferty. Zobowiązanie wykonawcy nie może być zatem kształtowane po zawarciu umowy i zależne od działań lub zaniechań podmiotu, na który wykonawca nie ma wpływu.

Izba stwierdziła, że w badanym postępowaniu zamawiający nie dochował należytej

staranności. W odniesieniu do **zarzutu dotyczącego audytu BRD** podniesionego w odwołaniu w sprawie KIO 1915/16 (zarzut opisany jako II.1) zamawiający wprowadził nowe postanowienie PFU, jednak nie towarzyszyło temu uchylenie wadliwego postanowienia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przywołał bowiem treść, której nie zawierała badana SIWZ. Zaistniały stan rzeczy polegający na tym, że SIWZ zawierała jednocześnie kwestionowane i poprawione postanowienie pkt 1.4.1.1. oraz 1.4.1.11 PFU powoduje jej sprzeczność i doprowadził do uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 1915/16. Niezbędna była bowiem zmiana postanowienia pkt 1.4.1.1. oraz 1.4.1.11 PFU tak, aby nie było wątpliwości, co do zakresu zmiany wynikającej z odpowiedzi na odwołanie z 26 października 2016 r. oraz takie ukształtowanie tych postanowień PFU, aby w przypadku konieczności wprowadzenia zmian wynikających z audytu BRD wykraczających poza wymagania przepisów, norm i SIWZ do oceny zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenie Czasu na Ukończenie znajdowała zastosowanie klauzula 13.1. Obowiązkowi uwzględnienia wyników audytu, które nawet dla wykonawcy prawidłowo wykonującego umowę, mogą oznaczać dodatkowe powinności, których nie mógł on wcześniej przewidzieć, musi towarzyszyć możliwość zmiany umowy, tak aby dodatkowy nakład pracy wykonawcy mógł znaleźć ekwiwalent w postaci wydłużenia terminu lub zwiększenia wynagrodzenia.

Brak staranności zamawiającego doprowadził również do uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 1916/16. Zamawiający bowiem zadeklarował w odpowiedzi na odwołanie

uzupełnienie dokumentacji postępowania o ustalenia **w zakresie zamiennego przebiegu drogi powiatowej 2218 W** – obniżonych parametrów technicznych, jednak w istocie tego nie uczynił. Niezbędne było zatem nakazanie zamawiającemu dokonania tej czynności, tak aby opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie odpowiadał wymaganiu art. 29 ust. 1 Pzp.

Za niezbędne uznano również doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie postanowienia 1.5.2.1 PFU przez wskazanie konsekwencji braku uzyskania zgody na odstępstwo lub nieterminowe wydanie zgody na odstępstwo z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. W tej mierze SIWZ milczała, podczas gdy fakt że brak zgody na odstępstwo lub nieterminowe wydanie tej zgody może mieć istotny wpływ na prawidłowe wywiązanie się wykonawcy ze swego zobowiązania. Na okoliczności te wykonawca nie ma wpływu. Racje te spowodowały uwzględnienie **zarzutu opisanego w pkt II.14.**

W pozostałym zakresie odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zarzuty dotyczące parametru szorstkości (miarodajnego współczynnika tarcia) wskazanego w pkt II.17 odwołania w sprawie KIO 1915/16 i w pkt II.16 KIO 1916/16 zostały uznane za niepotwierdzone z przyczyn dowodowych i prawnych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił analizy wykonane przez IBDiM (pod kierunkiem prof. dr hab. inż. D. Sybilskiego), Raport z realizacji pracy TD-93 pt. Aktualizacja zależności funkcyjnych w pomiarach urządzeniem SRT-3 między wartościami współczynnika tarcia uzyskiwanymi na oponach PIARC i Barum Bavuris (pod kierownictwem naukowym mgr inż., T.M. – Kierownika Zakładu Diagnistyki Nawierzchni IBDiM) oraz Wymagania techniczne rekomendowane przez Ministra Infrastruktury. Nawierzchnie asfaltowe na drogach publicznych WT-2 Nawierzchnie asfaltowe 2008. Wynika z nich, że wymagania zamawiającego nie zostały ukształtowane na maksymalnym rekomendowanym poziomie. Przykładowo, raport z realizacji pracy TD-93 wskazuje na koniec okresu gwarancyjnego dla pasów ruchu zasadniczego, dodatkowego i awaryjnego ≥ 0,42 oraz dla pasów ruchu włączania i wyłączania oraz na jezdniach łącznic ≥ 0,42.

Zamawiający przedstawił również wyniki pomiarów prowadzonych przez własne laboratoria drogowe w okresie 2, 3, 4 i 5 lat użytkowania. Wynika z nich możliwość osiągnięcia wymaganego parametru. W szczególności na drodze ekspresowej S3 Szczecin-Gorzów Wielkopolski kwestionowany parametr po 5 latach użytkowania przewyższał oczekiwania zamawiającego wyrażone w badanym postępowaniu.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do kwestionowania wiarygodności tych badań i uznała, że zamawiający ma prawo oczekiwania świadczenia o wysokich standardach jakościowych. To uprawnienie zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający jako największy inwestor na rynku robót drogowych, realizujący ważne zadania

publiczne (działający na rzecz interesu publicznego) nie jest obowiązany dostosowywać się do możliwości wykonawców i tak opisywać przedmiot zamówienia, żeby jego realizacja była dogodna dla wykonawców dotychczas realizujących umowy na rzecz zamawiającego. Przeciwnie, zamawiający może i powinien w ramach swoich uzasadnionych potrzeb kształtować próg wymagań na wyższym poziomie i w ten sposób wyznaczać standardy rynkowe. Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma prawo żądać od wykonawców wykonania przedmiotu zamówienia o wysokich standardach i parametrach jakościowych. Oczywistym jest, że w przypadku parametru szorstkości nawierzchni (tarcia) znajduje on uzasadnienie w obiektywnych potrzebach nie tylko samego zamawiającego, ale także wszystkich użytkowników dróg. Zamawiający może dążyć do osiągnięcia lepszych niż dotychczas parametrów dróg, szczególnie w sytuacji gdy nie zachodzi obiektywna niemożliwość świadczenia. Zamówienie jest kierowane na rynek europejski, zatem Izba uznała, że ograniczanie się przez odwołującego do wykazywania, że dotychczas w Polsce nie budowano dróg o oczekiwanym standardzie, jest niewystarczające do uznania, że osiągnięcie wymaganych parametrów jest niemożliwe w ogóle, a oczekiwania zamawiającego nie może spełnić żaden wykonawca.

Nie przekonuje że stwierdzenie odwołującego, utrzymanie kwestionowanego wymagania sprowadzi na branżę budowlaną większy kryzys niż realizacja inwestycji na EURO 2012. Zwiększone oczekiwania zamawiającego powinny znaleźć odzwierciedlenie w cenach ofert składanych przez wykonawców, które umożliwią im sprostanie warunkom wykonania umowy i gwarancji.

Dostrzeżono również, że dopuszczalność opisania parametrów dotyczących właściwości na wyższym poziomie niż przez przeciwpoślizgowych oczekiwany zamawiającego wynika z Załącznika 6 do rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 2016 r., poz. 124). W przypadku dróg klasy A, S dla pasów ruchu zasadniczego, dodatkowego i awaryjnego wynosi on przy prędkości 60 km/h ≥ 0,49, przy prędkości 90 km/h 0,44 oraz dla pasów ruchu włączania i wyłączania oraz na jezdniach łącznic przy prędkości 60 km/h ≥ 0,51.

W tym stanie rzeczy ocena prawna zarzutu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający ma prawo w okresie gwarancji jakości wymagać miarodajnego współczynnika tarcia na poziomie 80% wartości wymaganych przez obowiązujące rozporządzenie.
Izba w składzie rozpoznającym odwołanie postanowiła udzielić odpowiedzi pozytywnej.
W pierwszej kolejności należy dostrzec, że uwzględnienie żądania odwołującego i rezygnacja ze współczynnika tarcia w okresie gwarancji jest w świetle powołanego rozporządzenia niedopuszczalne prawnie.
W ocenie Izby natura gwarancji jakości zakłada utrzymanie przedmiotu świadczenia (w

okolicznościach sporu wybudowanej drogi) w stanie niepogorszonym przez cały okres trwania gwarancji. Niesprostanie tym wymaganiom oznacza wadliwe wykonanie przedmiotu zamówienia i powoduje konieczność wykonania naprawy, czyli w okolicznościach sporu zabiegu „uszorstniania". Wykonywanie napraw w okresie gwarancyjnym jest normalną praktyką rynkową. W ocenie Izby to, czy wykonanie napraw będzie konieczne oraz ich liczba są zależne od wykonania umowy - standardu zrealizowanych prac budowlanych.
Stanowisko odwołującego sprowadzało się do tego, że wymagania w zakresie parametru szorstkości w okresie gwarancji nie mogą być dochowane w sytuacji posłużenia się kruszywami naturalnymi stosowanymi dotychczas przy robotach drogowych. Nie zostało natomiast wykazane, że utrzymanie wymaganych parametrów w okresie gwarancyjnym (bez konieczności wykonywania napraw) będzie niemożliwe przy zastosowaniu mieszanki lub kruszywa sztucznego, przykładowo epoksydowego, na co wskazywał zamawiający w trakcie rozprawy. Wykonawca przygotowując ofertę powinien więc zdecydować, czy sięgnie do nowych rozwiązań umożliwiających mu ograniczenie napraw nawierzchni, czy też wykona przedmiot zamówienia w oparciu o dotychczas stosowane materiały licząc się z koniecznością wykonania napraw w większym rozmiarze lub liczbie. Obie te ewentualności wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty kalkulując koszty wykonania umowy.
W tym kontekście należy wykładać warunki wykonania i odbioru robót budowlanych (WWiORB) opisane przez zamawiającego, które ustalają minimalny standard wykonania prac. Standard ten może wykonawca podwyższyć mając na względzie swoje obowiązki w 5-letnim okresie zapewnienia gwarancji jakości.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała wnioskowany przez odwołującego dowód z opinii biegłego za zmierzający do przewlekłości postępowania odwoławczego. Istota sporu dotyka bowiem kwestii prawnej, czyli obowiązku utrzymania standardu wybudowanej drogi w okresie gwarancji. Długości okresu gwarancji odwołujący nie zakwestionował, a w wyborze sposobu sprostania wymaganiom zamawiającego – jak wskazano wyżej – doboru rodzaju kruszywa, od którego zależy trwałość nawierzchni, wykonawca może podjąć suwerenną decyzję.

Pozostałe zarzuty również nie znalazły potwierdzenia.

Przypomnieć należy, że środki ochrony prawnej – jak wynika przede wszystkim z art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 Pzp - służą wyłącznie usunięciu naruszeń przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający, nie zaś uczynieniu warunków wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego bardziej przyjaznej dla wykonawcy. Izba może uwzględnić odwołanie tylko w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o czym stanowi art.

192 ust. 2 Pzp. Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

Dostrzec trzeba, że sam odwołujący wykazując uprawnienie do wniesienia obu odwołań podkreślał naruszenie przez zamawiającego postulowanej przez odwołującego zasady równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych oraz przerzucenie w całości ryzyka kontraktowego na wykonawców.

W tej mierze należy podkreślić, że samo powołanie się na ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów, o której mowa w art. 353^1 k.c. – konieczne jest wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczna z naturą stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego konkretnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczające.

Podzielono zatem stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i nie uwzględniono **zarzutu dotyczącego audytu BRD** (opisanego w pkt II.1 odwołania w sprawie KIO 1916/16). Uznano, że w sytuacji, gdy z przeprowadzonego przez zamawiającego audytu BRD będzie wynikała konieczność dokonania zmian, nie wynikających z obowiązujących przepisów prawa lub umowy, dojdzie do zmiany zakresu obowiązków nałożonych na wykonawcę to wówczas zaistnieją przesłanki do zmiany kontraktu i zastosowania klauzuli 13.1. Klauzula ta dopuszcza wprowadzenie zmian zainicjowanych przez Inżyniera kontraktu w dowolnym momencie, przed wystawieniem świadectwa przejęcia.

Nie uwzględniono **zarzutu dotyczącego dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i hydrogeologicznej** (opisany w pkt II.3. odwołania w sprawie KIO 1015/16 i w pkt II.2 odwołania w sprawie KIO 1916/16. W toku rozprawy wykazano, że w dokumentacji podano zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi sezonowymi wahaniami. Zatem przedmiot zamówienia został opisany w tym zakresie w sposób możliwie

precyzyjny. Nie dopatrzono się przyczyn uzasadniających twierdzenie, że wykonawca posiadający wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania tego zamówienia nie jest w stanie określić i przewidzieć zmienności warunków gruntowo-wodnych wywołanych

sezonowymi wahaniami. Przepisy ustawy nie stoją na przeszkodzie, aby wykonawca w toku realizacji zamówienia wykonał dodatkowe uzupełniające fragmentaryczne badania gruntowe (o ile z uwagi na wykonywany przez niego projekt będą konieczne) i uwzględnił ich koszty w składanej ofercie.

Zarzut dotyczący koordynacji na stykach z innymi odcinkami (opisany w pkt II. 4 odwołania w sprawie KIO 1915/16) nie jest trafny. Podzielono stanowisko zamawiającego, że wobec opisu przedmiotu zamówienia i należenia takiego samego obowiązku na wykonawców sąsiednich odcinków opis przedmiotu zamówienia nie narusza prawa, ani nie powinien mieć wpływu na możliwość oszacowania oferty. Obowiązek współdziałania wykonawców, przy udziale zamawiającego, w sytuacji gdy nie jest obwarowany sankcją, należy ocenić jako zobowiązanie stron umowy do współdziałania, co jest jego obowiązkiem stron umowy w sprawie zamówienia publicznego jako umowy wzajemnej (por. wyrok SN z 5 czerwca 2014, IV CSK 626/13 niepubl.).

Izba uwzględniła, że wynikający z art. 29 ust. 1 Pzp obowiązek zamawiającego szczegółowego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia nie ma charakteru nieograniczonego. W przypadku zamówień publicznych dotyczących zaprojektowania i wykonania robót budowlanych przy analizie poprawności dokonanego opisu należy uwzględnić konsekwencje wynikające z przyjętego przez zamawiającego charakteru wynagrodzenia, które uzyska wykonawca. Nie można pomijać, że ustawa Prawo zamówień publicznych na mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp odwołuje się do przepisów kodeksu cywilnego. Ten zaś w art. 632 § 1 stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Z brzmienia powołanego przepisu k.c. jasno wynika, że brak przesądzenia rozmiaru prac albo nieujęcia wszystkich elementów kosztotowórczych w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie musi pozostawać w sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp. Jest to szczególnie widoczne w przypadku zamówienia na wykonanie projektu i robot budowlanych, w którym wykonawcy składający oferty dokonują wyceny oferty mogą wziąć pod rozwagę *de facto* odmienny zakres przedmiotu zamówienia, uzależniony od przyjętego przez nich sposobu wykonania zamówienia wyrażonego w projekcie. Mimo to jest możliwe rzeczywiste porównanie zaoferowanych cen i dokonanie spośród nich wyboru oferty najkorzystniejszej (oferującej najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny).

Istota wynagrodzenia ryczałtowego polega m.in. na tym, że wykonawca powinien tak

obliczyć cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w spodziewanym zysku. To bowiem wysokość wynagrodzenia wykonawcy jest elementem niwelującym swoistą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, gdzie wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtu. Sąd Apelacyjny w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2014 r., w sprawie o sygn. akt. I ACa 160/14 (orzeczenia.bialysok.sa.gov.pl data dostępu 23 listopada 2016 r.) wskazał, że „W wypadku określenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub koszów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie".

Wynikający z art. 29 ust. 1 Pzp obowiązek zamawiającego szczegółowego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia nie ma charakteru nieograniczonego. W przypadku zamówień publicznych dotyczących zaprojektowania i wykonania robót budowlanych przy analizie poprawności dokonanego opisu należy uwzględnić konsekwencje wynikające z przyjętego przez zamawiającego charakteru wynagrodzenia, które uzyska wykonawca. Nie można pomijać, że ustawa Prawo zamówień publicznych na mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp odwołuje się do przepisów kodeksu cywilnego. Ten zaś w art. 632 § 1 stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Z brzmienia powołanego przepisu k.c. jasno wynika, że brak przesądzenia rozmiaru prac albo nieujęcia wszystkich elementów kosztotowórczych w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie musi pozostawać w sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp. Jest to szczególnie widoczne w przypadku zamówienia na wykonanie projektu i robot budowlanych, w którym wykonawcy składający oferty dokonują wyceny oferty mogą wziąć pod rozwagę *de facto* odmienny zakres przedmiotu zamówienia, uzależniony od przyjętego przez nich sposobu wykonania zamówienia wyrażonego w projekcie. Mimo to jest możliwe rzeczywiste porównanie zaoferowanych cen i dokonanie spośród nich wyboru oferty najkorzystniejszej (oferującej najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny).

Istota wynagrodzenia ryczałtowego polega m.in. na tym, że wykonawca powinien tak obliczyć cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w spodziewanym zysku. To bowiem wysokość wynagrodzenia wykonawcy jest elementem niwelującym swoistą nierówność stron stosunku zobowiązaniowego, gdzie

wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtu. Sąd Apelacyjny w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2014 r., w sprawie o sygn. akt. I ACa 160/14 (orzeczenia.bialysok.sa.gov.pl data dostępu 4 października 2016 r.) wskazał, że „W wypadku określenia w umowie wynagrodzenia ryczałtowego przyjmującemu zamówienie nie przysługuje prawo do żądania podwyższenia wynagrodzenia bez względu na to, czy w czasie zawarcia umowy istniała możliwość przewidzenia rozmiaru lub kosztów prac. Ryzyko powstania ewentualnej straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac (a zatem nieuwzględnieniem określonych czynności czy też materiałów) lub koszów prac (w tym wzrostem cen i innych elementów kosztowych wpływających na wysokość wynagrodzenia) obciąża, przy tym sposobie określenia wynagrodzenia, przyjmującego zamówienie".

Kierując się powołanymi dyrektywami Izba nie uwzględniła **zarzutów dotyczących ciągów pieszo-rowerowych, uzgodnień przepustów i zbiorników oraz umów, zarzutu obiektów inżynierskich – przejść dla zwierząt, przepustów i zbiorników, infrastruktury technicznej niezwiązanej z drogą** (zarzuty opisane w pkt II.5, II.6, II.7, II.9, II.11 odwołania w sprawie KIO 1915/16 oraz pkt II.3., II.5, II.6, II.7, II.8 odwołania w sprawie KIO 1916/16). Zdaniem Izby zamawiający podał dane wystarczające do sporządzenia projektu zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach i o parametrach wynikających w koncepcji programowej i przedmiot zamówienia został określony w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Wykonawcy mają wystarczające założenia do projektowania oraz kalkulacji ceny oferty. Obowiązek uzgadniania projektu z jednostkami samorządu terytorialnego oraz gestorami i zarządcami sieci wynika z przepisów prawa. Klauzula 13.1. daje ponadto możliwość korekty postanowień umowy, jeśli będzie to uzasadnione zmianą zakresu prac wynikającą z niezbędnych uzgodnień.

Badając **zarzut dotyczący harmonogramu prac archeologicznych** (podniesionego w pkt II.12 odwołania w sprawie KIO 1915/16 oraz w pkt II.10 odwołania w sprawie KIO 1916/16) Izba uznała za logiczne i racjonalnie uzasadnione stanowisko zamawiającego przedstawione na rozprawie i w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Pkt 1.5.2.1 PFU wskazuje szczegółową lokalizację stanowisk archeologicznych. Dane te pozwalają na ocenę ryzyka związanego z pracami archeologicznymi. Izba oceniła, że nałożenie na wykonawców obowiązku dostosowania harmonogramu robót do termonów prac archeologicznych, które dotyczą badań archeologicznych niemożliwych do zakończenia przed uzyskaniem decyzji ZRID nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz 31 ust. 2 i 3 Pzp.

Co do **zarzutu dotyczącego współpracy z zarządcami innych dróg** (podniesionego w pkt II.13 odwołania w sprawie KIO 1915/16) Izba uwzględniła przede

wszystkim, że w uzyskanej przez zamawiającego decyzji ZRiD został ustalony zakres przebudowy oraz że zamawiający uzgodnił z zarządcami dróg rozwiązania dotyczące przebudowy. Wobec braku jakichkolwiek dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że kwestionowane wymaganie zamawiającego jest standardem w zamówieniach typu „zaprojektuj i wybuduj" i dla wykonawcy spełniającego warunki podmiotowe w badanym

postępowaniu jest możliwe do spełnienia.

W odniesieniu do **zarzutu dotyczącego wiążącego sposobu pokonania przeszkody** (podniesionego w pkt II.15 odwołania w sprawie KIO 1915/16 oraz w pkt II.4 odwołania w sprawie KIO 1916/16) Izba uznała, że nie mieści się w sferze podmiotowych uprawnień wykonawcy przymuszanie zamawiającego do rezygnacji z opisu przedmiotu zamówienia, którego dokonał on z poszanowaniem dyrektyw wynikających z art. 29 ust. 1 Pzp. W zakresie zarzutu zamawiający opisał swoje wymagania jasno, jednoznacznie i zrozumiale, z zachowaniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp i powinny być one uwzględnione przy pracach projektowych, tym bardziej, że są one efektem konsultacji społecznych. Wyników takich uzgodnień zamawiający, który działa w interesie publicznych, zobowiązany jest przestrzegać.

Również **zarzuty dotyczące oznakowania pionowego dla celów poboru opłat** (podniesionego w pkt II.16 odwołania w sprawie KIO 1915/16 oraz w pkt II.7, II.14 odwołania w sprawie KIO 1916/16), **zarzut dotyczący odwodnienia** (zarzut podniesiony w pkt II.12 odwołania w sprawie KIO 1916/16) oraz **zarzut dotyczący ustalenia zamawiającego dot. Przebiegu/lokalizacji innych elementów** nie znalazły potwierdzenia (zarzut podniesiony w pkt II.15 odwołania w sprawie KIO 1916/16, w części nie uwzględnionej). Zamawiający udzielił wyjaśnień i zmienił PFU. Nie znajduje uzasadnienia podtrzymywanie przez odwołującego zarzutów odwołania w sytuacji, w której zamawiający zmienia SIWZ w zakresie kwestionowanym przez odwołującego. Izba uznała, że jakkolwiek takie zachowanie zamawiającego powinno być kwalifikowane jako przyznanie okoliczności faktycznych leżących u podstaw zarzutu, to naruszające prawo postanowienia SIWZ zostały uchylone.

Zmiany dokonane przez zamawiającego spełniają wymagania art. 29 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że zarzuty te nie mają już wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp).

Zgodnie bowiem z art. 353^1 k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecjonalny kształtuje postanowienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli projektowane postanowienia nie

odpowiadają wykonawcy może on nie składać oferty w postępowaniu. Jeśli wykonawca złoży ofertę, to kształtuje w niej część przyszłych postanowień umownych, przede wszystkim wysokość swego wynagrodzenia. Ustalając wysokość ceny oferty wykonawca może i powinien dostosować się do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić wszystkie obowiązki wynikające z wymagań zamawiającego oraz przewidywane ryzyko związane z wykonaniem umowy.

Prezentowany pogląd znajduje potwierdzenie w stanowisku sądów powszechnych. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11) wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353^1 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Podobnie Sąd Okręgowy we Wrocławiu w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08) wywiódł, że: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353^1 k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na

gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje

---

interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę."

Wywody te podsumowuje uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08). „Z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron."

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oceny zarzutów odwołania. Natomiast rozstrzygnięcie zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp Izba wydała wyrok będący orzeczeniem łącznym zgodnie z art. 192 ust. 8 Pzp.

Stosownie do z art. 192 ust. 9 Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że obowiązuje w nim podobnie jak w procedurze przed sądem powszechnym zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.).

Ponieważ odwołanie podlegało uwzględnieniu z racji stwierdzonych przez Izbę naruszeń przepisów ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, to odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił zamawiający, którego jako stronę przegrywającą Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.
O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:
……

Członkowie:

……

……