

Sygn. akt: KIO 2054/21

WYROK
z dnia 2 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2021 r. przez wykonawcę odwołującego: **Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Opolska 110, 31-323 Kraków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Kielcach, ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce,**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- 1) Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,
- 2) FABE POLSKA sp. z o.o., ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa,
- 3) Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa,
- 4) STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:.....

.....
.....

Sygn. akt KIO 2054/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Kielcach, ul. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów – Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód)”, numer referencyjny: O.Ki.D-3.2412.13.2021.jr. Ogłoszenie zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.06.2021 r., nr 2021/S 122-322340.

W dniu 07.07.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Opolska 110, 31-323 Kraków (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 i 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1129), zwanej dalej „ustawą Pzp” i art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny, zwanej dalej Kc, w związku z art. 387 kc, poprzez ukształtowanie treści przyszłej umowy w sposób naruszający ustawę wskutek ustalenia terminów wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamieni Milowych) oraz Czasu na Ukończenie wyłączających możliwość terminowego wykonania tych obowiązków, co powoduje, iż umowa w tym zakresie będzie dotknięta tzw. niemożliwością świadczenia pierwotną,
- 2) art. 16 i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie treści przyszłej umowy w sposób naruszający właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego i przerzucenie na wykonawcę w całości ryzyka zaprojektowania i wybudowania elementów, których obowiązek wykonania będzie wynikał z konieczności uzyskania nowej lub zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (dalej „nowa decyzja środowiskowa”), o której mowa w ustawie o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (dalej: „ustawa środowiskowa”).

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Ad.1) Zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia, Zamawiający określił następujące terminy pośrednie (Kamienie Milowe):

Kamień Milowy nr 1 – złożenie do właściwego organu administracji publicznej w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRID,

Kamień Milowy nr 2 – wykonane w terminie 25 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty i Materiały o wartości nie mniejszej niż 20% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto.

Kamień Milowy nr 3 - Wykonanie w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania] 30% podbudowy zasadniczej trasy głównej.”

Jednocześnie Zamawiający określił maksymalny termin realizacji umowy jako 39 miesiące od daty zawarcia umowy, a minimalny termin realizacji umowy jako 36 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Przedmiotem zamówienia jest sporządzenie dokumentacji projektowej, a następnie na jej podstawie – po uzyskaniu decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (zrid) – budowa odcinka dwujezdniowej drogi ekspresowej S74 wraz z węzłami, miejscem obsługi podróżnych, przebudową dróg poprzecznych i budową dróg obsługujących tereny przyległe. Zakres rzeczowy zamówienia został przedstawiony w Programie Funkcjonalno – Użytkowym; projekt i wykonane na jego podstawie roboty muszą być przy tym zgodne z postanowieniami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (...).

Analiza treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego wskazuje, iż część elementów, mających stanowić przedmiot

projektu a następnie przedmiot robót budowlanych nie mieści się w zakresie terytorialnym decyzji środowiskowej, a co wyklucza wykonanie niniejszego zamówienia w oparciu o tę decyzję. Dotyczy to następujących elementów:

- a) drogi serwisowe
- b) zbiorniki
- c) najścia przy przejściach dla zwierząt
- d) część rowów drogi ekspresowej
- e) skarpy nasypu drogi ekspresowej
- f) fragmenty łącznicy węzła drogowego Mniów

W szczególności, konieczność realizacji robót budowlanych poza linią rozgraniczającą decyzją środowiskową będzie dotyczyła następujących miejsc:

- a) koniec drogi powiatowej 0488T - w km 2+650 prawa strona trasy głównej – ingerencja w działki ewidencyjne 378 i 496,
- b) droga gminna nr 3 oraz część przebudowy rzeki Ciemnicy - w km 5+180 prawa strona trasy głównej – ingerencja w działki ewidencyjne 19,21, 23 i 69,
- c) część obiektu MD-PZDd przy rzece Ciemnicy w km 5+320 lewa strona trasy głównej – ingerencja w działki ewidencyjne 45, 47 i 49/1

Zgodnie z treścią akapitu 4 na stronie 51 „Jeżeli (...) nie jest możliwe zaprojektowanie i wykonanie Robót w sposób umożliwiający niewychodzenie poza granice określone w decyzji środowiskowej, należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe. W tym celu należy opracować materiały do wniosku o dodatkowe decyzje wraz z raportem o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, a następnie w imieniu Zamawiającego wystąpić z wnioskiem o wydanie tych decyzji do właściwych organów”.

Zważywszy zatem, iż przedmiotu zamówienia w zakresie w jakim został on określony w PFU nie da się zaprojektować i wybudować w oparciu o aktualną decyzję środowiskową (nie jest to też obecnie możliwe zmieniając jedynie postanowienia samej karty informacyjnej przedsięwzięcia), a przy tym obowiązkiem wykonawcy będzie przeprowadzenie ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko w tym raporcie o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko (art. 66 ustawy środowiskowej), a następnie wykonanie robót uwzględniając wszystkie ewentualne zmiany wynikające z procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko, usankcjonowane następnie postanowieniem organu ochrony środowiska, a następnie nową decyzją środowiskową – wykonanie zamówienia będzie obiektywnie niemożliwe w terminach wskazanych w SWZ tj. w terminach dotyczących Kamieni Miłowych jak i terminie odnoszącym się do wykonania całego przedmiotu umowy. Takie świadczenie wykonawcy będzie świadczeniem pierwotnie niemożliwym do spełnienia dla każdego starannie działającego podmiotu (art. 387 Kc), a co powoduje, że umowa w tym zakresie będzie dotknięta sankcją bezwzględnej nieważności. Podkreślenia bowiem wymaga, iż jednym z nieodzownych elementów które zgodnie z ustawą (por. art. 66 ust. 1 pkt 2a ustawy środowiskowej) stanowią część raportu są wyniki inwentaryzacji przyrodniczej, a przez którą rozumie się zbiór badań terenowych przeprowadzanych na potrzeby charakteryzowania elementów środowiska przyrodniczego, a które – by uniknąć ewentualnych zarzutów stron postępowania administracyjnego co do rzetelnego ustalenia stanu faktycznego przez organ środowiskowy – powinny trwać co najmniej przez jeden cały okres wegetacyjny tj. co najmniej 12 miesięcy

Podkreślenia wymaga, iż niewystarczające z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia mieszczącego się w granicach właściwości (natury) stosunku prawnego umowy o roboty budowlane jest ogólne odesłanie do postanowień subklauzuli 13 SWK Postanowienia te regulują tzw. procedurę zmian umowy – sposób postępowania stron i Inżyniera Kontraktu w przypadku zaistnienia zdarzeń uzasadniających dokonanie modyfikacji treści umowy, niemniej postanowienia te nie zawierają materialnoprawnej podstawy wprowadzenia takiej zmiany. Kluczowe jednak pozostaje to, że skoro konieczność uzyskania nowej (zmiany) decyzji środowiskowej jest (a na pewno powinna być) Zamawiającemu z góry znana i jest to okoliczność nieuchronna, powinno to znaleźć wprost odzwierciedlenie w treści SWZ, poprzez określenie realnych terminów do wykonania Kamieni Miłowych i całego przedmiotu umowy i danie wykonawcy pewności co do tego że będzie on w stanie spełnić swoje zobowiązania terminowo. Odesłanie do subklauzuli 13 dającej wykonawcy tylko ekspektatywę, że zmiana terminu zostanie dokonana - a zatem do zdarzenia przyszłego i niepewnego – nie zmienia niezgodnego z art. 353¹ Kc charakteru umowy.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący żąda wydłużenia Kamieni Miłowych oraz w konsekwencji terminu wykonania całego przedmiotu umowy o 10 miesięcy. Okres przesunięcia jest uzasadniony koniecznością wykonania całorocznego, 12 miesięcznego audytu środowiskowego, przy założeniu że przez okres około 2 miesięcy mogą być wykonywane równoległe czynności związane z okresem projektowania. W załączeniu Odwołujący przedkłada przygotowany przez siebie harmonogram czynności poprzedzających uzyskanie decyzji zrid, uzasadniający treść żądań niniejszego odwołania co do przesunięcia terminów, a którego założenia powinny być realne do spełnienia przez każdego starannie działającego i zawodowo zajmującego się tego typu zamówieniami podmiotu.

Ad 2) Odwołujący wskazuje ponadto, że ostatecznie, zakres przyszłych prac projektowych i budowlanych, zostanie zdeterminowany treścią nowej, uzyskanej już przez wybranego wykonawcę, decyzji środowiskowej. Zakres ten będzie w chwili sporządzania i wyceny oferty nieznany i niemożliwy do przewidzenia nawet dla profesjonalnego podmiotu działającego z należytą starannością. Istnieje przy tym spore prawdopodobieństwo, iż w wyniku uzyskiwania decyzji środowiskowej, by sprostać wymogom tam zawartym niezbędne będzie zaprojektowanie i wykonanie elementów ochrony środowiska oraz innych obiektów infrastrukturalnych w zakresie innym, niż starannie działający wykonawca założy bazując na udostępnionym przez Zamawiającego programie funkcjonalno-użytkowym. Różnica ta może spowodować, iż szacowany pierwotnie (na podstawie PFU) poziom kosztów z tym związanych może ulec zwiększeniu.

W rezultacie Zamawiający przerucił na wykonawcę ryzyko wynikającego z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót. W niniejszym zamówieniu, warunki przyszłej umowy zostały ukształtowane w sposób sprzeczny z właściwością stosunku zobowiązaniowego o charakterze wzajemnym, rażąco naruszając zasadę symetrii praw i obowiązków stron umowy. Stanowi to naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Rzeczona umowa ma charakter adhezyjny, jej postanowienia są de facto nienegocjowalne, zaś Zamawiający jest podmiotem publicznym, zawierającym umowę o charakterze cywilnoprawnym, po to ażeby w szerszej perspektywie spełniać cele publiczne. Powyższe, nie uprawnia jednak Zamawiającego do narzucania przyszłym kontrahentom postanowień skrajnie niekorzystnych; granice ustanawia tu art. 353¹ Kc, wielokrotnie komentowany w doktrynie prawa i orzecznictwie sądów. (...)

Podkreślenia przy tym wymaga, iż nie jest celem Odwołującego próbowanie przerzucenia na Zamawiającego obowiązku uzyskiwania decyzji środowiskowej. Przeciwnie – Odwołujący deklaruje wykonanie wszelkich czynności niezbędnych do wykonania zamówienia, niemniej za ekwiwalentnym i przewidywalnym wynagrodzeniem. Odwołujący

domaga się jednak, ażeby ryzyko wynikające z zastosowania tej formuły i braku należytego przygotowania inwestycji przez Zamawiającego pod względem formalnym, wziął na siebie częściowo Zamawiający. Odwołujący proponuje dokonanie zmian w treści PFU i umowy, które poprzez rozłożenie ryzyk związanych z koniecznością uzyskania nowej decyzji środowiskowej determinującej konieczność zmian założeń projektowych, pozwolą zachować względną symetrię wzajemnych praw i obowiązków stron, a zatem pozwolą zachować ważność i skuteczność zobowiązań zaciąganych przez wykonawcę. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji swz i ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1) zmianę subklauzuli 8.14 projektu umowy (danych kontraktowych) poprzez nadanie jej następującej nowej treści:

„Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy) stanowi:

Kamień Miłowy nr 1 – złożenie do właściwego organu administracji publicznej kompletnego wniosku o ZRID w terminie 20 miesięcy od Daty Rozpoczęcia,

Kamień Miłowy nr 2 – wykonane w terminie 35 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty i Materiały o wartości niemniejszej niż 20 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto.

Kamień Miłowy nr 3 - Wykonanie w terminie 40 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania] 30% podbudowy zasadniczej trasy głównej.”

oraz zdefiniowanie w pkt 7 Tomu I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców maksymalnego terminu realizacji jako 49 miesięcy od daty zawarcia umowy, a minimalnego terminu realizacji jako 46 miesięcy od daty zawarcia umowy.

2) uzupełnienie wzoru umowy poprzez dodanie postanowienia o treści:

„Jeżeli na skutek konieczności uzyskania nowej decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych lub jej zmiany zmieni się zakres robót projektowych, a następnie budowlanych, w stosunku do zakresu wynikającego z programu funkcjonalno-użytkowego, to Wykonawca da powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 do: a) przedłużenia czasu do wykonania każdej z Wymaganych Minimalnych Ilości Wykonania oraz Czasu na Ukończenie, b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej, powiększony o rozsądny zysk odniesiony od tego Kosztu.”

Pismami z dnia 12.07.2021 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

1) Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,

2) FABE POLSKA sp. z o.o., ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa,

3) Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa,

4) STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków.

Lzba stwierdziła, że przystąpienie zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 13.08.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w dniu 30.08.2021 r.) zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 30.08.2021 r. odwołujący przedstawił dodatkową argumentację.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący Mostostal Warszawa S.A. podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa lzba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest projekt i budowa dwujezdniowej drogi ekspresowej S-74 wraz z węzłami, miejscem obsługi podróżnych, przebudową dróg poprzecznych i budową dróg obsługujących tereny przyległe do inwestycji o długości około 16,365 km. Początek drogi w km globalnym 58+567 istniejącej DK 74, koniec trasy w km lokalnym 7+728 w ciągu S7 na odcinku zachodniej obwodnicy Kielc (włączenie S74 do S7 na węzle Kielce Zachód).

W pkt 7 swz (Tom I) zamawiający wymaga, aby prace projektowe i Roboty wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie zostały ukończone w terminie nie dłuższym niż 39 miesięcy od daty zawarcia umowy. Do czasu realizacji Robót nie wlicza się okresów zimowych (tj. od 16 grudnia do 15 marca). Do czasu objętego projektowaniem wlicza się okresy zimowe (tj. od 16 grudnia do 15 marca). Minimalny termin realizacji wynosi 36 miesięcy od daty zawarcia umowy (wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie), zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert „Termin realizacji”.

W subklauzuli 1.1.106 oraz 8.14 zamawiający wskazał, że: Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy) stanowi:

Kamień Miłowy nr 1 – złożenie do właściwego organu administracji publicznej w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRID.

Kamień Miłowy nr 2 - wykonane w terminie 25 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty i Materiały o wartości niemniejszej niż 20 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto.

Kamień Miłowy nr 3 - wykonanie w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.14 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], 30% podbudowy zasadniczej trasy głównej.

W subklauzuli 13.1. zamawiający wskazał, że: Jeżeli zdaniem Inżyniera dla realizacji Kontraktu zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, dla zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia będzie konieczne dokonanie Zmiany, i jeżeli Inżynier uzna Zmianę za konieczną, niezbędną i uzasadnioną technicznie, zainicjuje wówczas, z uwzględnieniem Subklauzuli 3.2 [Obowiązki i upoważnienia Inżyniera] wprowadzenie Zmiany w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji Kontraktu. Zmiana może obejmować pominięcie prac lub Robót. Wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian jeśli Inżynier nie poleci Zmiany. (...)

W subklauzuli 20.1. zamawiający wskazał m.in. że: Jeżeli Wykonawca uważa się za uprawnionego do:

i. jakiegokolwiek Przedłużenia Czasu na Ukończenie lub

ii. zmiany wykonania Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, lub

iii. jakiegokolwiek dodatkowej płatności,

według jakiegokolwiek Klauzuli niniejszych Warunków to Wykonawca da Inżynierowi powiadomienie, opisujące wydarzenie lub okoliczność, powodującą roszczenie. Powiadomienie będzie dane najwcześniej jak to możliwe, ale nie później niż 28 dni po tym, kiedy Wykonawca dowiedział się, lub powinien był dowiedzieć się, o tym wydarzeniu lub okoliczności. Jeżeli Wykonawca nie da powiadomienia o roszczeniu w ciągu takiego okresu 28 dni, to Czas na Ukończenie nie będzie przedłużony, Wymagana Minimalna Ilość Wykonania nie będzie zmieniona, Wykonawca nie będzie uprawniony do dodatkowej płatności, a Zamawiający będzie zwolniony z całej odpowiedzialności w związku z takim roszczeniem. W przeciwnym razie będą miały zastosowanie postanowienia niniejszej Subklauzuli. (...)

Na str. 51 w pkt 1.2. PFU zamawiający wskazał m.in., że: W przypadku, gdy Wykonawca uzna konieczność

zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, od której nie zostało wniesione odwołanie, z wnioskiem o jej zmianę wystąpi do właściwego RDOŚ.

W przypadku, gdy zachodzi konieczność zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, od której wniesiono odwołanie i na skutek wniesionego odwołania organ odwoławczy (GDOŚ) utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję, lub uchylił zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzekł co do istoty sprawy, z wnioskiem o zmianę decyzji Wykonawca wystąpi bezpośrednio do tego organu, z pominięciem organu I instancji.

Wniosek o zmianę decyzji środowiskowej wymaga uzyskania zgody Zamawiającego.

Jeżeli w wyniku przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań zajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w DŚU oraz gdy nie jest możliwe zaprojektowanie i wykonanie Robót w sposób umożliwiający niewychodzenie poza granice określone w DŚU, należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe. W tym celu należy opracować materiały do wniosku o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub materiały do wniosku o dodatkowe decyzje wraz z raportem o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, a następnie w imieniu Zamawiającego wystąpić z wnioskiem o wydanie tych decyzji do właściwych organów. Wykonany raport oddziaływania na środowisko wymaga, przed złożeniem wniosku do organu, uzgodnienia z Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad. Dokonane zmiany i uzupełnienia, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, będą procedowane zgodnie z Klauzulą 13 Warunków Kontraktu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żądna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129).

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności należy wskazać, że zarzuty te opierają się na koncepcji programowej dołączonej przez zamawiającego do PFU. Nie jest przy tym sporne między stronami, że koncepcja programowa nie jest wiążąca dla wykonawców. Stanowi ona jedynie materiał poglądowy i pomocniczy. Potwierdza to w szczególności treść pkt 1.2. PFU, w którym zamawiający wymienił dokumenty, w oparciu o które wykonawca jest zobowiązany zrealizować przedmiot zamówienia i nie ma wśród nich koncepcji programowej.

Należy przy tym podkreślić, że przedmiot zamówienia, oprócz budowy, obejmuje także zaprojektowanie dwujezdniowej drogi ekspresowej S-74 na wskazanym odcinku. Do zadań wykonawcy należy zatem sporządzenie dokumentacji projektowej uwzględniającej wymagania zamawiającego wynikające m.in. z PFU i z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Oznacza to, że wykonawca dysponuje pewną swobodą w zakresie przyjętych rozwiązań projektowych i jego rolą jest m.in. takie zaprojektowanie inwestycji, aby mieściła się ona na obszarze objętym decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach, jeżeli nie chce wszczynać procedury uzyskania nowej lub zamiennej decyzji. Tym samym to od przyjętych przez wykonawcę rozwiązań projektowych zależy, czy konieczne będzie uzyskanie nowej lub zamiennej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Odwołujący formułując zarzuty odwołania opierał się na niewiążącej koncepcji programowej, nie starając się wykazać w odwołaniu, że również inne niż zawarte w ww. koncepcji rozwiązania projektowe, nie pozwalają na zamieszczenie poszczególnych elementów inwestycji w obszarze objętym decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach. Już ta okoliczność powoduje, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący dopiero na rozprawie, odnosząc się do argumentacji zawartej w odpowiedzi na odwołanie, argumentował, że obiektywnie nie jest możliwe niewykroczenie z poszczególnymi elementami zamówienia poza obszar objęty decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach. W tym zakresie odwołujący m.in. powoływał się na postanowienia PFU, z których wynika, że uwzględniając w podanym przez odwołującego miejscu wymaganą szerokość pasa rozdziału, pasów ruchu, w tym pasa awaryjnego, chodników technicznych na obiekcie mostowym i wiaduktów, potrzebny jest obszar o szerokości 52 metrów 20 centymetrów. Natomiast obszar objęty decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach ma w tym miejscu jedynie 50 metrów 13 centymetrów szerokości. Oznacza to, że wg wyliczeń odwołującego, brakuje ok. 2 metrów, aby możliwe było zaprojektowanie ww. elementów bez wykroczenia poza granice obszaru objętego decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach.

Należy jednak zauważyć, że po pierwsze, jak wskazał zamawiający, granice obszaru objętego decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach, nie są określone geodezyjnie, mają nieco umowny charakter. Tym samym 2-metrowa szerokość nie jest w tym przypadku na tyle istotna, żeby można było uznać, że projektując ww. elementy drogi wykonawca rzeczywiście będzie zmuszony do wykroczenia poza obszar objęty decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach.

Po drugie, nie ma podstaw do przyjęcia, że ewentualna konieczność wykroczenia poza obszar objęty decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach będzie dotyczyła całego odcinka projektowanej drogi. Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy przykładowo na dwa miejsca, gdzie nie jest możliwe, wg niego, zaprojektowanie elementów drogi w obszarze objętym decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach. Niemniej jednak należy ponownie zwrócić uwagę, że to wykonawca ma sporządzić dokumentację projektową niniejszej inwestycji, a zatem przede wszystkim od przyjętych przez niego rozwiązań zależy, czy poszczególne elementy drogi znajdują się w obszarze objętym decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach. Nie jest realne, w ocenie Izby, aby konieczność zaprojektowania danych elementów poza obszarem objętym ww. decyzją, występowała na 90% długości projektowanej drogi. Powyższej tezy odwołującego nie uzasadnia treść koncepcji programowej, która – jak wskazano wyżej – jest niewiążąca, a ponadto przyjęcie takiej tezy świadczyłoby o braku jakiegokolwiek własnej inwencji projektantów zatrudnionych przez odwołującego co do zastosowania możliwych rozwiązań technicznych.

W tym miejscu należy także zwrócić uwagę na niewspółmierność stawianych przez odwołującego żądań w stosunku do podniesionych zarzutów. Odwołujący w zarzutach wskazuje na konieczność zaprojektowania elementów drogi poza obszarem objętym decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach, co będzie skutkowało wg niego, koniecznością uzyskania nowej decyzji lub decyzji zamiennej, co z kolei wydłuży okres realizacji inwestycji. W związku z powyższym odwołujący domaga się m.in. nakazania zamawiającemu dokonania takiej modyfikacji swz, w wyniku której terminy wykonania zamówienia, w tym kamieni milowych, zostaną wydłużone o 10 miesięcy. Należy jednak zauważyć, że w świetle powołanych wyżej okoliczności, tj. niewiążącej koncepcji programowej, obowiązku samodzielnego zaprojektowania drogi przez wykonawcę i mało realnej konieczności wykroczenia poza obszar objęty decyzją o

środowiskowych uwarunkowaniach na prawie całej długości drogi, przedłużenie terminów wykonania zamówienia o 10 miesięcy, stanowi żądanie zbyt daleko idące. Odwołujący nie wniósł bowiem o taką modyfikację swz, która zapewni wykonawcom wydłużenie ww. terminów na wypadek zaistnienia konieczności zaprojektowania określonych elementów drogi poza ww. obszarem, ale wniósł o wydłużenie tych terminów niejako „z góry”, tj. niezależnie od tego, co wydarzy się w rzeczywistości w okresie projektowania. Tymczasem nie jest wykluczone, że projektanci wybranego wykonawcy będą w stanie znaleźć takie rozwiązania, które pozwolą na zamieszczenie wszystkich elementów drogi w obszarze objętym decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach bądź też że ewentualne drobne wykroczenia poza ten obszar nie będą wymagały uzyskiwania nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. W takich przypadkach modyfikacja postanowień swz polegająca na przedłużeniu terminów wykonania zamówienia okazałaby się wykonawcom niepotrzebna, natomiast skutkowałaby znacznym wydłużeniem czasu trwania inwestycji, co miałoby negatywny skutek dla zamawiającego (i użytkowników drogi).

Reasumując, Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że zachodzi obiektywna konieczność zaprojektowania elementów zamówienia poza obszarem objętym decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach, zwłaszcza na przeważającym odcinku projektowanej drogi. W konsekwencji, Izba stwierdziła też, że nie ma podstaw do nakazywania zamawiającemu dokonania modyfikacji swz w taki sposób, aby z góry przedłużył on terminy wykonania zamówienia o 10 miesięcy, niezależnie od tego, czy zajdzie konieczność uzyskiwania nowej lub zamiennnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i w jakim ewentualnym zakresie.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129).

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych, w tym rysunkach (mapach) dołączonych przez odwołującego do pisma procesowego z dnia 30.08.2021 r. i złożonych na rozprawie. Jednocześnie Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez odwołującego w postaci fragmentów dokumentacji z innych postępowań prowadzonych przez zamawiającego. Wobec braku informacji o tym, czy w tychże innych postępowaniach wymogi techniczne projektowanych dróg i zakres decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, są analogiczne do niniejszej sprawy, dowody te nie mogą potwierdzać, że konieczne jest przedłużenie terminów wykonania zamówienia w niniejszym postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).
Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....
.....