Sygn. akt: KIO 437/16

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 r. przez wykonawcę **BUDIMEX Spółka Akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** przy udziale:

A. wykonawcy **Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna w Szczecinie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Max Bogl Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie , (2) Max Bogl Stiftung & Co. KG w Sengenthal (Niemcy),** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** – modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:

- nadanie pkt 1.4.1.11 PFU brzmienia: *Zmiany wynikające z uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24l ust. 4 ustawy z 21 marca 1985 o drogach publicznych, należy wprowadzić do realizacji,*
- nadanie pkt 1.4.1.3.2 PFU brzmienia: *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 w SIWZ i wskazanych jako wiążące.

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BUDIMEX Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** na rzecz **BUDIMEX Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

.....

Sygn. akt: KIO 437/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę obwodnicy Bolkowa w ciągu drogi krajowej nr 3 i 5.

Postępowanie prowadzone jest podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą

P.z.p.

W dniu 25 marca 2016 roku wykonawca BUDIMEX Spółka Akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego:
(1) czynności polegającej na nieprawidłowym określeniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), a mianowicie treści warunku w ust. 1.4.1.11 PFU, w następujący sposób:
Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24 ust. 4 ustawy z 21 marca 1985 o drogach publicznych, należy wprowadzić do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.

Zaskarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił:
a) naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. poprzez opisanie obowiązków wykonawcy przy pomocy odesłania do nieobowiązującego przepisu prawa w postaci art. 24 ust. 2 ustawy z 21 marca 1985 o drogach publicznych:
b) naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p., art. 5, 353^1 oraz 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez:
- ukształtowanie warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodujące rażącą nierównowagę stron cywilnoprawnego oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji - w związku z przerzuceniem na

wykonawcę ryzyka przedłużenia czasu oraz ryzyka finansowego, które to ryzyka wiążą się z wykonaniem zmian sporządzonych przez zamawiającego;
• a także poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z zobowiązaniem wykonawcy do podejmowania czynności, których treści ani rozmiaru nie sposób przewidzieć, a które, jak była mowa wyżej, będą uzależnione od inicjatywy zamawiającego, oraz poprzez niewskazanie stawianych wymagań niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców;

W powyższym zakresie odwołujący wniósł o:
a) nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez uwzględnienie odwołania oraz modyfikacji zakwestionowanego zapisu s.i.w.z. w ten sposób, aby objęte odwołaniem postanowienie w ust. 1.4.1.11 otrzymało brzmienie:
Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24 i ust. 4 ustawy z 21 marca 1985 o drogach publicznych, należy wprowadzić do realizacji i będą powodowały one zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenie Czasu na Ukończenie.
ewentualnie:
Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24 ł ust. 4 ustawy z 21 marca 1985 o drogach publicznych, należy wprowadzić do realizacji.
b) w przypadku nieuwzględnienia wniosku wskazanego w punkcie a. odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania, ponieważ umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia będzie nieważna z mocy prawa;
(2) czynności zamawiającego polegającej na nieprawidłowym określeniu treści s.i.w.z., a mianowicie treści warunku w ust. 1.4.1.1 PFU (str. 9 PFU) w ten sposób, że wyniki badań geologiczno- inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów zostają przez zamawiającego udostępnione, ale nie są wiążące dla wykonawcy (nie zostały wymienione wśród dokumentów wiążących dla wykonawcy, a zatem wykonawca może je pominąć), co:
(a) powoduje, że wykonawca nie może polegać na danych przedstawionych w ww. wynikach badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechnicznych warunkach posadowienia obiektów, ale zarazem nie ma możliwości przeprowadzenia samodzielnie badań w tym zakresie (nie

włada gruntem, na którym zamówienie ma być realizowane), a w rezultacie wykonawca nie ma danych niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu

zamówienia,
(b) grozi tym, że niektórzy wykonawcy wezmą pod uwagę ww. wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów, zaś inni wykonawcy nie wezmą ich pod uwagę, a w rezultacie oferty wykonawców będą nieporównywalne, oraz
(c) jest niespójne z ust. 2.2.2. PFU w zakresie tabeli nr 2.17, wiersz nr 6 (na str. 101 PFU), gdzie jest mowa o tym, że wykonawca ma sporządzić uzupełniającą dokumentację geologiczno-inżynierską oraz uzupełniające oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów (czyli wykonawca z jednej strony ma prawo pominąć wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów, ale z drugiej strony ma je uzupełniać).

Zaskarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 oraz art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z niewskazaniem stawianych wymagań niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców.

W powyższym zakresie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez uwzględnienie odwołania oraz modyfikacji zakwestionowanego zapisu s.i.w.z. poprzez wskazanie, że wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów zostają przez zamawiającego udostępnione oraz są wiążące dla wykonawcy;
(3) czynności zamawiającego polegającej na nieprawidłowym określeniu treści s.i.w.z., a mianowicie treści warunku w ust. 1.4.1.1 PFU (str. 9 PFU) w ten sposób, że raport o oddziaływaniu na środowisko zostaje przez zamawiającego udostępniony, ale nie jest wiążący dla wykonawcy (nie został wymieniony wśród dokumentów wiążących dla wykonawcy, a zatem wykonawca może go pominąć), co:
(a) grozi tym, że niektórzy wykonawcy wezmą pod uwagę treść raportu o oddziaływaniu na środowisko, zaś inni wykonawcy nie wezmą ich pod uwagę, a w rezultacie oferty wykonawców będą nieporównywalne, oraz

Zaskarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z niewskazaniem stawianych wymagań niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców.

W powyższym zakresie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez uwzględnienie odwołania oraz modyfikacji zakwestionowanego zapisu s.i.w.z. w ten sposób, aby raport oddziaływania na środowisko był udostępniony jako wiążący dla wykonawcy;
(4) czynności polegającej na nieprawidłowym niewskazaniu w PFU, czy wiążące dla
są załączone do dokumentacji postanowienie RDOŚ nr wykonawcy WOOŚ.050.12.2014.AMA.1 oraz zaświadczenie o ostateczności decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach („DŚU"). Wspomniane dokumenty są załączone do dokumentacji przekazanej wraz z zaproszeniem w tomie III, ale powinny być wymienione w PFU z jednoznacznym wskazaniem, czy są wiążące dla wykonawcy.

Zaskarżonej czynności zamawiającego zarzucam naruszenie art. 29 ust. 1 PZP, art. 29 ust. 2 PZP oraz art. 31 ust. 2 PZP poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z niewskazaniem stawianych wymagań niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców.

W powyższym zakresie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji

treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez uwzględnienie odwołania oraz modyfikacji s.i.w.z. poprzez podanie informacji, czy załączone do dokumentacji postanowienie RDOŚ nr WOOŚ.050.12.2014.AMA.1 oraz zaświadczenie o ostateczności DŚU są wiążące dla wykonawcy;
(5) czynności zamawiającego polegającej na nieprawidłowym określeniu treści s.i.w.z., a mianowicie treści warunku1 w ust. I.4.I.3.2. PFU (str. 16 PFU) w następujący sposób:

Ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi *rowerowe należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach / o parametrach, które wynikną z uzgodnień z zarządcą drogi i potrzeb BRD.*

Zaskarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z niewskazaniem stawianych wymagań niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców.

W powyższym zakresie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez uwzględnienie odwołania oraz modyfikacji zakwestionowanego zapisu s.i.w.z. w ten sposób, aby miało ono brzmienie:
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 w SIWZ i wskazanych jako wiążące.*

Odwołujący podniósł, że jego interes w złożeniu odwołania polega na tym, że ma on możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu, a możliwości tej nie ograniczają żadne przepisy prawa. Odwołujący zajmuje się profesjonalnie realizacją robót budowlanych stanowiących przedmiot nin. postępowania oraz jest zainteresowany udziałem w nin. postępowaniu. Tymczasem, w następstwie wadliwego sformułowanego s.i.w.z, w zakresie objętym odwołaniem, odwołujący nie ma możliwości przewidzieć ryzyka w zakresie kosztów oraz czasu, jakie pociągać za sobą będzie realizacja zamówienia. W rezultacie, utrzymanie zakwestionowanych postanowień może narazić go na szkodę zarówno wtedy, gdy złoży ofertę mimo zaskarżonego postanowienia, a jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jak i wtedy, gdy zaniecha złożenia oferty właśnie ze względu na kwestionowane postanowienie.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt. 1 odwołania, odwołujący podniósł, że w ust. 1.4.1.11 PFU zamawiający podjął czynność polegającą na takim zaprojektowaniu umowy między zamawiającym a wykonawcą, że wskazując na obowiązki wykonawcy, odsyła do nieobowiązującego przepisu prawa, zapewne na skutek omyłki pisarskiej. Zapewne w rzeczywistości zamawiającemu chodziło tu o art. 24 l wspomnianej ustawy o drogach publicznych, który brzmi w sposób następujący:

1. Audyt bezpieczeństwa ruchu drogowego wymaga przedstawienia jego wyniku, na który składają się sprawozdanie oraz sformułowane na jego podstawie zalecenia dla zarządcy drogi.
2. Zarządca drogi uwzględnia wynik audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na dalszych etapach przygotowania, budowy i użytkowania drogi.
3. W uzasadnionych przypadkach zarządca drogi może nie uwzględnić wyniku audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego.
4. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, zarządca drogi jest obowiązany do opracowania uzasadnienia stanowiącego załącznik do wyniku audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego.

W ramach umowy wykonawca byłby zobowiązany do realizowania zmian w zakresie bezpieczeństwa ruchu drogowego sporządzonych przez zamawiającego, których przewidzieć nie sposób, a także nie sposób przewidzieć nakładu czasu i kosztów, jakich

wymagać będzie realizacja tych zmian oraz tylko wykonawca ponosiłby ryzyko kosztów oraz czasu, które wiązałyby się z realizacją ww. zmian.

Odwołujący podniósł, że dla niniejszej sprawy kluczowe znaczenie ma fakt, że audyt bezpieczeństwa ruchu drogowego („BRD") pozostaje w pod kontrolą zamawiającego. I tak, to GDDKIA, czyli zamawiający, prowadzi audyt BRD. Wynika to wprost z art. 24 k ustawy o drogach publicznych oraz z Zarządzenia nr 29 GDDKiA, o którym to zarządzeniu mowa w kwestionowanym postanowieniu PFU. Przy tym, w uzasadnionych przypadkach, zarządca drogi (czyli lokalny oddział Zamawiającego) ma prawo nie uwzględnić wyniku audytu BRD (ust. 24 l ust. 3 ustawy o drogach publicznych). W tym to przypadku, zarządca drogi sporządza „uzasadnienie" i to uzasadnienie stanowi załącznik do wyniku audytu BRD (ust. 24 l ust. 4 ustawy o drogach publicznych).

Innymi słowy, w myśl ustawy o drogach publicznych, zarządca drogi ma prawo a nie obowiązek nieuwzględnienia wyniku audytu BRD. Skoro ustawa wyposaża zarządcę drogi w prawo (a nie w obowiązek), to zarządca drogi nie musi z tego prawa korzystać. W rezultacie, nie sposób przewidzieć, czy zarządca drogi uwzględni wynik audytu BRD, czy też skorzysta ze swojego prawa oraz nie uwzględni wyniku BRD.

Tymczasem, w myśl zakwestionowanego postanowienia PFU, wykonawca miałby obowiązek realizować zmiany wynikające ze wspomnianego uzasadnienia sporządzonego przez zamawiającego - mimo że (1) nie sposób obecnie przewidzieć, czy w ogóle takie

zmiany powstaną (bo jeśli zarządca drogi uwzględni wynik audytu BRD, to zmiany nie powstaną), (2) jeśli zmiany powstaną, to nie sposób przewidzieć treści tych zmian, (3) jeśli zmiany powstaną, to nie sposób przewidzieć też nakładu czasu i środków, których wymagać będzie realizacja powyższych zmian. W dodatku, to wykonawca miałby ponieść w całości ryzyko finansowe oraz czasowe tych zmian.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 31 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. oraz art. 5, 353 1 oraz 471 i 473 § 1 Kodeksu cywilnego, odwołujący podniósł, że zakwestionowane postanowienie PFU nie spełnia żadnego z powyższych postulatów, skoro, jak była mowa wyżej, (1) nie sposób obecnie przewidzieć, czy w ogóle takie zmiany powstaną (bo jeśli zarządca drogi uwzględni wynik audytu BRD, to zmiany nie powstaną), (2) jeśli zmiany powstaną, to nie sposób przewidzieć treści tych zmian, (3) jeśli zmiany powstaną, to nie sposób przewidzieć też nakładu czasu i środków, których wymagać będzie realizacją powyższych zmian.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości zapewnienia pełnej swobody kontraktowej stron. Postanowienia s.i.w.z. powinny być także zgodne z właściwością (naturą) stosunku cywilnoprawnego oraz z zasadami współżycia społecznego, a także nie mogą przekraczać granic swobody umów. A tymczasem pierwszorzędną cechą stosunków cywilnoprawnych, wpisaną w ich naturę, jest równowaga stron, wyrażająca się w postulacie ukształtowania treści umowy, stanowiącej źródło stosunku zobowiązaniowego, w sposób równomiernie rozkładający na strony ekwiwalentne uprawnienia i obowiązki. I postanowienia s.i.w.z. nie mogą się temu sprzeciwiać. W licznych wypowiedziach judykatury jako naruszające zasady współżycia społecznego traktuje się umowy obligacyjne, które rażąco nierównomiernie kształtują wzajemne prawa i obowiązki.4

Odwołujący powołał się na wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r. IV CSK 478/07 oraz z dnia 25 maja 2011 r. II CSK 528/10, gdzie stwierdzono, iż: „Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Umowa zawarta przez stronę działającą pod presją faktycznej przewagi kontrahenta nie może być, bowiem uznana za wyraz w pełni swobodnej i rozważnie podjętej przez nią decyzji" oraz „W ramach wyrażonej w art. 353 1 k.c. zasady swobody umów mieści się również 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. Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania. stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji."

Odwołujący wskazał, że mimo to, w zakwestionowanym postanowieniu PFU, zamawiający przerzucił na wykonawcę całe ryzyko czasu i kosztów realizacji zmian sporządzonych przez zamawiającego. Taka konstrukcja stanowi nadużycie prawa, nie ma uzasadnienia oraz nie powinna zostać zaaprobowana.

Odwołujący podniósł, że – zgodnie z objętym nin. odwołaniem ust. 1.4.1.1 PFU (str. 9 PFU) – wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów zostają przez zamawiającego udostępnione. Zarazem, powyższe dokumenty nie zostały wymienione wśród dokumentów wiążących dla wykonawcy. W konsekwencji, wykonawca nie musi kierować się ich treścią (ale może). Taka sytuacja sprawia, że wykonawca nie może polegać na danych przedstawionych w ww. wynikach badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechnicznych warunkach posadowienia obiektów. Niemniej, wykonawca nie ma możliwości przeprowadzenia samodzielnie badań w tym zakresie (nie włada gruntem, na którym zamówienie ma być realizowane). W rezultacie, wykonawca nie ma danych niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto, obecna treść ust. 1.4.1.1 PFU - chodzi tu o to, że wykonawcy mogą, choć nie muszą, sugerować się treścią w ww. dokumentach - powoduje groźbę, że niektórzy wykonawcy wezmą pod uwagę ww. wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów, zaś inni wykonawcy nie wezmą ich pod uwagę, a w rezultacie oferty wykonawców będą nieporównywalne. Wreszcie, kwestionowany ust. 1.4.1.1 PFU jest niespójny z ust. 2.2.2. PFU w zakresie tabeli nr 2.17, wiersz nr 6 (na str. 101 PFU), gdzie jest mowa o tym, że wykonawca ma sporządzić uzupełniającą dokumentację geologiczno-inżynierską oraz uzupełniające oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów (czyli wykonawca z jednej strony ma prawo pominąć wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów, nie zgodzić się nimi, itp., ale z drugiej strony ma je uzupełniać).

W ocenie odwołującego, obecna treść ww. ust. 1.4.1.1 PFU powoduje, że przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny ani wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i

okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie jest możliwe rzetelne oszacowanie ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia, a w rezultacie naruszona zostaje zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców. W konsekwencji, mamy do czynienia z naruszeniem art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 ustawy oraz art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, iż w tym samym warunku w ust. 1.4.1.1 PFU (str.9 PFU) zamawiający postanowił, że raport o oddziaływaniu na środowisko zostaje przez zamawiającego udostępniony. Niemniej, powyższy raport nie został wymieniony wśród dokumentów wiążących dla wykonawcy, a zatem wykonawca może go pominąć. W rezultacie, wykonawca nie może polegać na powyższym - zaledwie udostępnionym - raporcie o oddziaływaniu na środowisko. W konsekwencji, wykonawca nie ma danych niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia. Niezależnie od powyższego, powyższa sytuacja grozi tym, że niektórzy wykonawcy wezmą pod uwagę treść raportu o oddziaływaniu na środowisko, zaś inni wykonawcy nie wezmą ich pod uwagę, a w rezultacie oferty wykonawców będą nieporównywalne. Także z tej przyczyny, omawiane postanowienie PFU narusza art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez nieopisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny oraz wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z niewskazaniem stawianych wymagań niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji. przedmiotu zamówienia, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający nieprawidłowo sformułował warunek w ust. 1.4.1.3.2. PFU (str. 16 PFU) w brzmieniu: Ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi rowerowe należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach i o parametrach, które wynikną z uzgodnień z zarządcą drogi i potrzeb BRD. W ocenie odwołującego, powyższe, nieprawidłowe postanowienie pomija fakt, że wykonawcy nie mają możliwości na etapie oferty wystąpić o warunki techniczne ani o uzgodnienia. W rezultacie, wykonawcy nie otrzymali informacji, jakie mają przyjąć chodniki, ścieżki rowerowe etc. Taki stan rzeczy wprost narusza art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p., gdyż przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny ani wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - w związku z niewskazaniem stawianych wymagań niezbędnych dla rzetelnego oszacowania ceny oraz czasu realizacji przedmiotu zamówienia, a w rezultacie naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania przedsiębiorców.

11

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 kwietnia 2016 roku wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości.

- obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wnoszącego odwołanie (w tym zasadzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, gdyż w zakresie zarzutu nr 2 i 4, a także częściowo nr 1 dokonał zmian treści SIWZ, a w zakresie zarzutów nr 3 i 5, a także w pozostałej części zarzutu nr 1 odwołanie uważa za bezzasadne.

W zakresie zarzutu 1 zamawiający podniósł, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, zgodnie z art. 31 ustawy P.z.p., za pomocą Programu Funkcjonaino-Użytkowego. Zakres i formę Programu Funkcjonalno-Użytkowego określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowe, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072). Wykonawca będzie odpowiedzialny za zaprojektowanie, wykonanie i wykończenie wszystkich Robót i Wykonawca winien ocenić ostateczny koszt przyjętych ostatecznych rozwiązań projektowych. Zamawiający w Tomie V SIWZ (jako materiały niewiążące) udostępnił Wykonawcy między innymi Projekt Budowlany - dotyczy obwodnicy m. Bolków oraz Projekt Wykonawczy - dotyczy obwodnicy m. Bolków na podstawie, których wydana została Decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) dla zamierzenia budowlanego pod nazwą; „Budowa obwodnicy miasta Bolkowa na kierunku Wrocław - Bolków - Jelenia Góra, w ciągu dróg krajowych nr 3 i 5, od km 4374-140 drogi krajowej nr 3 do km 411+650 drogi krajowej nr 5, długości ok. 5,5 km".

Ww. dokumenty umożliwiają jednak profesjonalnemu i doświadczonemu Wykonawcy sporządzenie rzetelnej kalkulacji ceny i znacznie ograniczają ryzyko wynikające z audytu BRD.

Ponadto Zamawiającym zmienił zapisy SIWZ Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia (Program Funkcjonalno-Użytkowy) pkt 1.4.1.11. „Organizacja ruchu" w następujący sposób:

Istniejący zapis;

Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24 ust, 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych należy wprowadzić do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.

12

Zastępuje się następującym:

Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24 i ust. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz.U. 2015 poz. 460 ze zm.) należy wprowadzić do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.

W zakresie zarzutu 2 i 4 zamawiający stwierdził, iż, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p., dokonał zmiany treści s.i.w.z., którą przekazał wszystkim wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Zmiany wprowadzone zostały zgodne z żądaniem

odwołującego w części dotyczącej zmiany zapisów s.i.w.z., tj.

Żądanie nr 2 - Zmiana SIWZ Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia (Program Funkcjonalno-Użytkowy) pkt 1.4.1.1. „Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania" polegająca na zmianie zapisu:

Istniejący zapis:

Zamawiający wraz z PFU dla drogi krajowej udostępnia, jako (w TOM III SIWZ) dokumenty wiążące Wykonawcę:

• opinie Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków o występujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) ~ dotyczy obwodnicy m. Bolków.

Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ):

• Projekt Budowlany - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• Projekt Wykonawczy - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• raport o oddziaływaniu na środowisko ~ dotyczy obwodnicy m. Bolków.

• mapę do celów opiniodawczych - dotyczy przebudowy/rozbudowy odcinka drogi krajowej nr 5;

• postanowienie nr 43/09 Wojewody Dolnośląskiego udzielenie zgody na odstępstwo zastosowania mniejszej od normatywnej długości odcinka prostego między odcinkami krzywoliniowymi o zgodnym kierunku zwrotu - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych - dotyczy obwodnicy m. Bolków.

• Decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) dla zamierzenia budowlanego pod nazwą: „Budowa obwodnicy miasta Bolkowa na kierunku Wrocław - Bolków - Jelenia Góra, w ciągu dróg krajowych nr 3 i 5, od km 437+140 drogi krajowej nr 3 do km 411+650 drogi krajowej nr 5, długości ok. 5,5 km"~ w zakresie elementów związanych z postanowieniami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, będącą dokumentem wiążącym,

Powyższe materiały nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w PFU jako wiążący. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych I może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.

Zastępuje się następującym:

Zamawiający wraz z PFU dla drogi krajowej udostępnia, jako (w TOM III SIWZ) dokumenty wiążące Wykonawcę:

• opinie Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków o występujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych - dotyczy obwodnicy m, Bolków;

• wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego w 2010 roku.

Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie:

• Projekt Budowlany - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• Projekt Wykonawczy - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• raport o oddziaływaniu na środowisko - dotyczy obwodnicy m. Bolków.

• mapę do celów opiniodawczych ~ dotyczy przebudowy/rozbudowy odcinka drogi krajowej nr 5;

• postanowienie nr 43/09 Wojewody Dolnośląskiego udzielenie zgody na odstępstwo zastosowania mniejszej od normatywnej długości odcinka prostego między odcinkami krzywoliniowymi o zgodnym kierunku zwrotu - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• Decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) dla zamierzenia budowlanego pod nazwą: „Budowa obwodnicy miasta Bolkowa na kierunku Wrocław ~ Bolków - Jelenia Góra, w ciągu dróg krajowych nr 3 i 5, od km 437+140 drogi krajowej nr 3 do km 411+650 drogi krajowej nr 5, długości ok. 5,5 km"- w zakresie elementów związanych z postanowieniami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, będącą dokumentem wiążącym;

• postanowienie RDOŚ nr WOOŚ.050.12.2014.AMA.1

• zaświadczenie o ostateczności decyzji środowiskowych uwarunkowaniach

Materiały przekazane w TOM-ie V SIWZ w zakresie niewymienionym powyżej oraz wszystkie inne materiały zawarte w TOM-ie V SIWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.

Żądanie nr 4 - Zmiana SIWZ Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia (Program Funkcjonalno-Użytkowy) pkt 1.4.1.1. „Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania" polegająca na zmianie zapisu:

Istniejący zapis:

Zamawiający wraz z PFU dla drogi krajowej udostępnia, jako (w TOM III SIWZ) dokumenty wiążące Wykonawcę:

• opinie Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków o występujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) - dotyczy obwodnicy m. Bolków,

Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ):

• Projekt Budowlany ~ dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• Projekt Wykonawczy - dotyczy obwodnicy m, Bolków;

• raport o oddziaływaniu na środowisko - dotyczy obwodnicy m. Bolków.

• mapę do celów opiniodawczych - dotyczy przebudowy/rozbudowy odcinka drogi krajowej nr 5;

• postanowienie nr 43/09 Wojewody Dolnośląskiego udzielenie zgody na odstępstwo zastosowania mniejszej od normatywnej długości odcinka prostego między odcinkami krzywoliniowymi o zgodnym kierunku zwrotu - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych - dotyczy obwodnicy m. Bolków,

• Decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) dla zamierzenia budowlanego pod nazwą: „Budowa obwodnicy miasta Bolkowa na kierunku Wrocław - Bolków - Jelenia Góra, w ciągu dróg krajowych nr 3 i 5, od km 437+140 drogi krajowej nr 3 do km 411+650 drogi krajowej nr 5, długości ok. 5,5 km"- w zakresie elementów związanych z postanowieniami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, będącą dokumentem wiążącym.

Powyższe materiały nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w PFU jako wiążący. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.

Zastępuje się następującym:

Zamawiający wraz z PFU dla drogi krajowej udostępnia, jako (w TOM III SIWZ) dokumenty wiążące Wykonawcę:

• opinie Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków o występujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) - dotyczy obwodnicy m, Bolków;

• wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego w 2010 roku,

Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie:

• Projekt Budowlany - dotyczy obwodnicy m. Bolków;

• Projekt Wykonawczy - dotyczy obwodnicy m. Bolków;
• raport o oddziaływaniu na środowisko ~ dotyczy obwodnicy m. Bolków.
• mapę do celów opiniodawczych - dotyczy przebudowy/rozbudowy odcinka drogi krajowej nr 5;
• postanowienie nr 43/09 Wojewody Dolnośląskiego udzielenie zgody na odstępstwo zastosowania mniejszej od normatywnej długości odcinka prostego między odcinkami krzywoliniowymi o zgodnym kierunku zwrotu - dotyczy obwodnicy m. Bolków;
• Decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) dla zamierzenia budowlanego pod nazwą: „Budowa obwodnicy miasta Bolkowa na kierunku Wrocław - Bolków - Jelenia Góra, w ciągu dróg krajowych nr 3 i 5, od km 437+140 drogi krajowej nr 3 do km 411+650 drogi krajowej nr 5, długości ok. 5,5 km"- w zakresie elementów związanych z postanowieniami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, będącą dokumentem wiążącym;
• zaświadczenie o ostateczności decyzji środowiskowych uwarunkowaniach
Materiały przekazane w TOM-ie V SIWZ w zakresie niewymienionym powyżej oraz wszystkie inne materiały zawarte w TOM-ie V SIWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.
oraz
Zmiana SIWZ Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia (Program Funkcjonalno-Użytkowy) -dokumenty udostępnione w wersji elektronicznej - polegająca na usunięciu dokumentów o nazwie: postanowienie rdos 20.02.2014 (postanowienie RDOŚ nr WOOŚ.050.12.2014. AMA.I) i ostateczność DŚU (zaświadczenie o ostateczności decyzji środowiskowych uwarunkowaniach).

oraz
Zmiana SIWZ Tom V SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia (Program Funkcjonalno-Użytkowy) - dokumenty udostępnione w wersji elektronicznej - polegająca na uzupełnieniu o dokumenty o nazwie: postanowienie rdos 20.02.2014 (postanowienie RDOŚ nr WOOŚ.050.12.2014. AMA.I) i ostateczność DŚU (zaświadczenie o ostateczności decyzji środowiskowych uwarunkowaniach).

W zakresie zarzutu 3 zamawiający stwierdził, iż w Programie Funkcjonalno-Użytkowym w pkt. 1.4,1.1. jednoznacznie wskazał, które, załączone do SIWZ, dokumenty Wykonawca winien traktować jako wiążące a które jedynie jako materiał informacyjny;
(.,.,) Zamawiający wraz z PFU dla drogi krajowej udostępnia, jako (w TOM III SIWZ) dokumenty wiążące Wykonawcę:
• opinie Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków o występujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji - dotyczy obwodnicy m. Bolków;
• decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) - dotyczy obwodnicy m. Bolków;
Zamawiający udostępnia (w TOM V SIWZ):
• Projekt Budowlany - dotyczy obwodnicy m. Bolków;
• Projekt Wykonawczy - dotyczy obwodnicy m. Bolków;
• raport o oddziaływaniu na środowisko - dotyczy obwodnicy m. Bolków.
• mapę do celów opiniodawczych - dotyczy przebudowy/rozbudowy odcinka drogi krajowej nr 5;
• postanowienie nr 43/09 Wojewody Dolnośląskiego udzielenie zgody na odstępstwo zastosowania mniejszej od normatywnej długości odcinka prostego między odcinkami krzywoliniowymi o zgodnym kierunku zwrotu - dotyczy obwodnicy m. Bolków;
• wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych - dotyczy obwodnicy m. Bolków.
• Decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) dla zamierzenia budowlanego pod nazwą: „Budowa obwodnicy miasta Bolkowa na kierunku Wrocław - Bolków - Jelenia Góra, w ciągu dróg krajowych nr 3 i 5, od km 437+140 drogi

krajowej nr 3 do km 411+650 drogi krajowej nr 5, długości ok, 5,5 km"- w zakresie elementów związanych z postanowieniami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, będącą dokumentem wiążącym.

Powyższe materiały nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w PFU jako wiążący. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.

Zamawiający stwierdził, iż zarzut niejednoznacznego, niewyczerpującego, niedokładnego oraz niezrozumiałego określenia przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie raportu o oddziaływaniu na środowisko, jako dokumentu niewiążącego dla wykonawcy jest bezpodstawny, Zamawiający jednoznacznie określił, iż dokumentem niewiążącym jest raport o oddziaływaniu na środowisko - dotyczy obwodnicy m. Bolków - oraz, że raport ten nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w PFU jako wiążący.

Ponadto Zamawiającym zmienił zapisy SIWZ Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia (Program Funkcjonalno-Użytkowy) pkt 1.4.1.1, „Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania" w następujący sposób:

Istniejący zapis;

Powyższe materiały nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w PFU jako wiążący. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.

Zastępuje się następującym:

Materiały przekazane w TOM-ie V SIWZ w zakresie niewymienionym powyżej oraz wszystkie inne materiały zawarte w TOM-ie V SIWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.

W ocenie zamawiającego, odwołujący błędnie wskazał w przedstawionych zarzutach nakazanie zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu. Ma tym etapie postępowania nie jest możliwa zmiana ogłoszenia o zamówieniu, gdyż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2015/S184333401 w dniu 23.09.2015r. i nie zwierało zapisów o których mowa w odwołaniu. Zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczą SIWZ, która przekazana została wraz zaproszeniem do składania ofert w dniu 15.03,2016r. W związku z powyższym żądanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu należy uznać za bezpodstawne.

W zakresie zarzutu 5, zamawiający podniósł, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, zgodnie z art. 31 ustawy P.z.p., za pomocą Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Zakres i formę Programu Funkcjonalno-Użytkowego określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowe,

specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072).

Wykonawca będzie odpowiedzialny za zaprojektowanie, wykonanie i wykończenie wszystkich Robót i Wykonawca winien ocenić ostateczny koszt przyjętych ostatecznych rozwiązań projektowych.

Zamawiający w Tomie V SIWZ (jako materiały niewiążące) udostępnił Wykonawcy między innymi Projekt Budowlany - dotyczy obwodnicy m. Bolków oraz Projekt Wykonawczy - dotyczy obwodnicy m. Bolków na podstawie, których wydana została Decyzję o zezwoleniu na realizację Inwestycji drogowej (ZR.ID) dla zamierzenia budowlanego pod nazwą: „Budowa obwodnicy miasta Bolkowa na kierunku Wrocław - Bolków - Jelenia Góra, w ciągu dróg krajowych nr 3 i 5, od km 437+140 drogi krajowej nr 3 do km 411+650 drogi krajowej nr 5, długości ok. 5,5 km".

W ocenie zamawiającego ww. dokumenty umożliwiają jednak profesjonalnemu i doświadczonemu wykonawcy sporządzenie rzetelnej kalkulacji ceny i znacznie ograniczają ryzyko wynikające z uzgodnień z zarządcą drogi i potrzeb BRD.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili
- wykonawca Energopol-Szczecin Spółka Akcyjna w Szczecinie,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Max Bogl Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie , (2) Max Bogl Stiftung & Co. KG w Sengenthal (Niemcy).

Odwołujący na posiedzeniu Izby w dniu 8 kwietnia 2016 roku cofnął zarzuty nr 2, 3 i 4 oraz zarzut 1 w zakresie dotyczącym podania nieprawidłowej podstawy prawnej.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż treść zakwestionowanych i podanych w odwołaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest zgodna z ich rzeczywistym brzmieniem zawartym w s.i.w.z.

20

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby należy uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p., art. 5, 353 1 oraz 471 i 473 § Kodeksu cywilnego poprzez wprowadzenie do s.i.w.z. warunku określonego w ust. 1.4.1.11 PFU o treści: *Zmiany wynikające z Uzasadnienia Zarządcy Drogi, o którym mowa w art. 24 l ust. 4 ustawy z 21 marca 1985 o drogach publicznych, należy wprowadzić do realizacji i nie będą powodowały one zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.*

Zgodnie z art. 24h pkt 1 lit. b ustawy z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 460 ze zm.), zarządzanie bezpieczeństwem dróg w transeuropejskiej sieci drogowej polega na przeprowadzeniu audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego.

Stosownie do art. 24l ust. 1 wskazanej ustawy, audyt bezpieczeństwa ruchu drogowego wymaga przedstawienia jego wyniku, na który składają się sprawozdanie oraz sformułowane na jego podstawie zalecenia dla zarządcy drogi. Zarządca drogi, w myśl ust. 2, uwzględnia wynik audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego na dalszych etapach przygotowania, budowy i użytkowania drogi. W uzasadnionych przypadkach zarządca drogi może nie uwzględnić wyniku audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego (ust. 3). W przypadku, o którym mowa w ust. 3, zarządca drogi jest obowiązany do opracowania uzasadnienia stanowiącego załącznik do wyniku audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego ust. 4).

Ze wskazanych wyżej przepisów ustawy o drogach publicznych wynika, iż zarządca drogi może odstąpić od uwzględniania wyników audytu, przedstawiając stosowne uzasadnienie. W chwili składania ofert wykonawca nie ma wiedzy co do tego, czy taka sytuacja będzie miała miejsce oraz jaki będzie zakres ewentualnych zmian. Ewentualne ryzyko związane z wprowadzanymi zmianami obciążać będzie wówczas wykonawcę. Z uwagi na brak wiedzy co do zakresu zmian oraz ich wpływu na wartość wykonywanych prac oraz innych elementów związanych z realizacją zamówienia (np. czasu) obciążanie tym ryzykiem w całości wykonawcę należy uznać za niewłaściwe.

21

Analogicznie należy ocenić zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do s.i.w.z. w ust. 1.4.1.3.2. PFU zapisu o treści: *Ciągi pieszo rowerowe, chodniki,* ścieżki/drogi *rowerowe należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach / o parametrach, które wynikną z uzgodnień z zarządcą drogi i potrzeb BRD.*

Również w tym przypadku całe ryzyko ewentualnych zmian obciąży wykonawcę.

Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z

przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego.

Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia zostały określone w art. 29-31 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia odzwierciedla rzeczywiste potrzeby zamawiającego, umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.

Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba wskazuje, iż w czasie trwania umowy zakres wykonywanych robót może ulec zmianie. Niemniej jednak uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji, które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353^1 oraz art. 5 K.c., co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Właściwość (naturę) stosunku należy rozumieć jako nakaz respektowania podstawowych cech stosunku kontraktowego, które stanowią o jego istocie. Sąd Najwyższy w uchwale podjętej w składzie 7 sędziów z dn. 22 maja 1991 roku podkreślił, iż „Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażające ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymogiem tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian

---

pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków".

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....