

WYROK
z dnia 27 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zelenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 października 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **12 października 2015 r.** wniesionego przez **wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie:

- 1) zmiany specyfikacji polegającej na wprowadzenia jako wiążących dla opisu przedmiotu zamówienia danych na temat kategorii ruchu i pomiaru ruchu z 2010 r.;**
- 2) wprowadzenie w ust. 18.2 specyfikacji możliwości zmiany umowy i podwyższenia wynagrodzenia w sytuacji, gdy w trakcie realizacji umowy zmianie ulegną charakterystyczne parametry konieczne do zaprojektowania drogi (dane na temat pomiaru ruchu drogowego i związanej z tym kategorii ruchu drogi).**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów na rzecz wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

KIO 2215/15

Zamawiający Województwo Podkarpackie – Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiorem natychmiastowej

wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa obwodnicy m. Oleszyce i m. Cieszanów w ciągu drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław-Oleszyce-Cieszanów-Belżec».

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **03.10.2015 r.** pod nrem **2015/S 192-346741**.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **12.10.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) dokonanie w sposób niezgody z prawem opisu przedmiotu zamówienia;
- 2) sformułowanie wzoru umowy w sposób niejasny i sprzeczny w zasadami współzycia społecznego.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

art. 14 Pzp w zw. z **art. 647 Kc**, **art. 7 ust. 1**, **art. 29 ust. 1** w zw. z **art. 31 ust. 2 i 3 Pzp**, **§ 15**, **§ 18 ust. 3 pkt 3** i **ust. 4** oraz **§ 19 pkt 4 lit f rozporządzenia Ministra Infrastruktury** z dnia **2 września 2004 r.** w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 i z 2010 r. Nr 72, poz. 464) (dalej Rozporządzenie), przez nie zamieszczenie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej PFU) informacji wymaganych i koniecznych do sporządzenia oferty:

3

– wymagań **zamawiającego** dotyczących konstrukcji projektowanej i budowlanej drogi
– informacji na temat pomiaru ruchu drogowego i hałasu
– a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i porównywalnych ofert, zaniechanie przygotowania prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem robót.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i o:

- 1) nakazanie **zamawiającemu** dokonanie **zmiany specyfikacji** polegającej na wprowadzenia jako wiążących dla opisu przedmiotu zamówienia danych na temat kategorii ruchu i pomiaru ruchu z **2010 r.**;
- 2) wprowadzenie w **pkt 18.2 specyfikacji** możliwości zmiany umowy i podwyższenia wynagrodzenia w sytuacji, gdy w trakcie realizacji umowy zmianie ulegną charakterystyczne parametry konieczne do zaprojektowania drogi (dane na temat pomiaru ruchu drogowego i związana z tym kategoria ruchu drogi).

Argumentacja **odwołującego**

Przedmiot zamówienia został określony w **pkt 3 Instrukcji dla Wykonawców (dalej IDW)**, **stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ** oraz **pkt 1.5 Ogłoszenia – Krótki opis zamówienia** na podstawie opracowanego Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej PFU) pn.: „Rozbudowa i budowa drogi wojewódzkiej nr 865 na odcinku Jarosław-Oleszyce-Cieszanów-Belżec:

- a) **Etap IV** – Budowa odcinka drogi obwodowej m. Oleszyce w ciągu drogi wojewódzkiej nr 865,
- b) **Etap VI** – Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 865 na odcinku od skrzyżowania z drogą powiatową nr 1656 R do skrzyżowania z drogą powiatową nr 1655 R w m. Cieszanów wraz z budową drogi obwodowej m. Cieszanów

– z uwzględnieniem wytycznych zamawiającego dotyczących optymalizacji rozwiązań przyjętych w ww. dokumencie”.

W przygotowanym przez **zamawiającego** Programie Funkcjonalno-Użytkowym m.in. w **pkt II.1.1** Charakterystyczne parametry oraz w **pkt II.2.1** Cechy obiektu dotyczące rozwiązań konstrukcyjnych – **kategoria ruchu** dla odcinków drogi objętych przedmiotem zamówienia tj. **etapu IV i etapu VI** określona została jako **KR4**.

4

Kategoria ruchu oznacza obciążenie ruchem drogowym i jest jedną z podstawowych wartości mających wpływ na projektowaną konstrukcję drogi. **Kategoria ruchu** określona w **PFU** przyjęta została na podstawie aktualnie obowiązującej prognozy ruchu dla **2030 r.**

Jednocześnie w zakresie rozwiązań optymalizacyjnych, jakie uwzględnić ma **wykonawca** przygotowując ofertę, **zamawiający** w **pkt 3.2.2 IDW** wskazał, że przyjęte w **PFU** rozwiązania konstrukcji nawierzchni **należy traktować jako wstępne**. „Konstrukcję nawierzchni jezdni należy zaprojektować po przeprowadzeniu nowej prognozy ruchu i wyznaczeniu kategorii ruchu. Przyjęta kategoria nie powinna być niższa niż **KR3**. Prognozy ruchu należy wykonać w oparciu o: wyniki aktualnego Generalnego Pomiaru Ruchu lub przy jego braku pomiary własne (niezależne od danych zamieszczonych w **PFU**); dostępne, aktualne wskaźniki wzrostu ruchu. Na podstawie przeprowadzonej prognozy ruchu wykonawca wyznaczy kategorię ruchu, która z kolei będzie podstawą do zaprojektowania nawierzchni jezdni”.

Przyjęta optymalizacja wymaga więc od **wykonawcy** samodzielnego zaprojektowania konstrukcji jezdni dostosowanej do (i) nowej prognozy ruchu i wyznaczonej w oparciu o tę prognozę (ii) nowej kategorii ruchu (nie niższej niż **KR3**). Podstawą wyznaczenia tak nowej prognozy ruchu jak i nowej kategorii ruchu mają być wyniki aktualnego **Generalnego Pomiaru Ruchu**, a w przypadku jego braku **pomiary własne**. **Kategoria ruchu** drogi oraz prognoza ruchu są bowiem pochodnymi wyników pomiaru ruchu.

Za opracowanie **Generalnego Pomiaru Ruchu** zgodnie z **art. 20 pkt 15 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych** odpowiada zarządca drogi. Aktualnie sposób przeprowadzenia i częstotliwość dokonywania określonych w ww. ustawie pomiarów ruchu (generalny pomiar ruchu) określają wytyczne Ministerstwa Infrastruktury. Zgodnie z tymi wytycznymi aktualnie obowiązujący pomiar ruchu przeprowadzony był w **2010 r.** Kolejny zaś pomiar prowadzony jest w **2015 r.** Ponieważ Generalny Pomiar Ruchu za **2015 r.** jest w trakcie wykonywania nie są znane na chwilę obecną jego wyniki.

Analogicznie, zgodnie z **pkt 3.2.7 IDW zabezpieczenia akustyczne (ekrany, wymiana stolarki okiennej czy cicha nawierzchnia)** powinny być przyjęte w oparciu o nową prognozę ruchu.

Oznacza to, że **zamawiający** przenosi na wykonawcę obowiązek i związane z tym ryzyko określenia istotnych i charakterystycznych parametrów projektowej drogi tj. pomiaru ruchu drogowego, jaki będzie obowiązywać w przyszłości tj. czasie projektowania i realizacji oraz wymaga, aby w oparciu o takie przyszłe parametry zaprojektował i wykonał roboty budowlane objęte zamówieniem, a na obecnym etapie, aby wycenił wartość wykonania takich robót.

Analogicznie, w przypadku koniecznych dla projektowanej drogi zabezpieczeń akustycznych **zamawiający** wymaga, aby **wykonawca** uwzględnił na dzień złożenia oferty

5

rodzaj i koszt zabezpieczeń przyjmując za podstawę takich ustaleń „nową prognozę ruchu” tj. dokument nieistniejący w chwili obecnej, którego treści nie zna tak **wykonawca** jak i **zamawiający**. **Odwolujący** podkreślił, że z treści **pkt 3.2.2 IDW** wynika, że dopuszczenie określenia prognozy ruchu w oparciu o pomiary własne jest o tyle nierealne, że może mieć ona zastosowanie jedynie w przypadku, gdy brak jest Generalnego Pomiaru Ruchu. Ponieważ pomiar za **2015 r.** jest właśnie wykonywany, oznacza to, że **wykonawca** nie będzie mógł w trakcie wykonywania umowy oprzeć się na własnym pomiarze wskazującym np. na kategorii ruchu **KR3**. Zgodnie bowiem z **pkt 3.2.2 IDW** pomiar własny ma zastosowanie jedynie w przypadku braku Generalnych Pomiarów Ruchu, a te zostaną przygotowane przez zarządcę drogi i będą wiążące dla wykonawcy na etapie realizacji przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Ostatecznie oznacza to, że zostało określone czy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie drogi o kategorii ruchu **KR3, KR4** a może **KR5**.

Opis przedmiotu zamówienia, który nie zawiera podstawowych danych koniecznych do zaprojektowania przedmiotu zamówienia jest w ocenie odwołującego niezgodny z wymaganiami przepisów **ustawy** z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z **art. 29 ust. 1 Pzp**, zawierającym generalne wytyczne dotyczące sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, 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.

Szczegółowe wytyczne dotyczące dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych, zamieszczone zostały w **art. 31 Pzp**. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą **programu funkcjonalno-użytkowego**. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne – **art. 31 ust. 3 Pzp**. Szczegółowy zakres i formę programu funkcjonalno-użytkowego określa wydane na podstawie delegacji zawartej w **art. 31 ust. 4 Pzp**, **rozporządzenie Ministra Infrastruktury** z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. W ocenie **odwołującego Program Funkcjonalno-Użytkowy** przygotowany w celu opisu przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu nie spełnia wymagań **Rozporządzenia**, gdyż nie zawiera on wszystkich wymaganych informacji i dokumentów. Zgodnie z **§ 18 ust. 3 pkt 3 i ust. 4 Rozporządzenia**

6

PFU powinno określać wymagania w zakresie konstrukcji projektowanego obiektu w tym opis cech dotyczących rozwiązań konstrukcyjno-budowlanych. Dodatkowo § 19 pkt 4 lit f Rozporządzenia, wśród innych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych wymienia pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości.

Zamawiający wymagając zaprojektowania drogi w kategorii ruchu innej niż określona w **PFU** nie podał jednocześnie danych koniecznych do takiego projektowania odsyłając **wykonawcę** w zakresie etapu projektowania do informacji nieistniejących w dniu przygotowania ofert. W konsekwencji oznacza to, że w zależności od tego czy **wykonawca** przy kalkulowaniu ceny oferty przyjmie zupełnie hipotetycznie kategorię ruchu **KR3, KR4** czy **KR5** różnie zaprojektuje konstrukcję jezdni i zabezpieczenia akustyczne, co w konsekwencji doprowadzi do nieporównywalności złożonych ofert.

Jednocześnie formułując postanowienia wzoru umowy, **zamawiający** wprowadził **wynagrodzenie ryczałtowe** i nie przewidział możliwości podwyższenia wynagrodzenia na wypadek konieczności wykonania robót dla kategorii ruchu wyższej niż możliwa do ustalenia w chwili obecnej. Zgodnie z **pkt 18.2 SIWZ** zmiana umowy w zakresie zmiany przedmiotu umowy polegać może jedynie na jego ograniczeniu przy jednoczesnym zmniejszeniu wynagrodzenia. W połączeniu z przyjętym **kryterium oceny ofert w którym cena stanowi 96%** oznacza to, że całość ryzyka związanego z koniecznością zaprojektowania drogi w kategorii wyższej niż **KR3** będzie ponosić **wykonawca**, podczas gdy tak jak dla **zamawiającego** tak i **wykonawcy** nie jest możliwe antycypowanie zmian w obowiązującej aktualnie prognozie ruchu.

Stanowisko **odwołującego** potwierdziła **Krajowa Izba Odwoławcza** w wyroku z 18 maja 2015 r., sygn. **akt KIO 897/15** w którym m.in. **Izba** stwierdza, że:

a) »**Art. 29 ust. 1 Pzp** zobowiązuje **zamawiającego** do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. **Istota tego przepisu sprowadza się do określenia przez zamawiającego swoich wymagań tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.** Obowiązkiem **zamawiającego** jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców do przedmiotu zamówienia przez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać

braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że **wykonawca** powinien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na

7

niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego **wykonawca** nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji».

b) »Nie jest obowiązkiem **zamawiającego** przekazanie wszystkiego co ma w swojej dokumentacji, ale przygotowanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. **Oczywistym jest, że jeżeli dany dokument nie jest w posiadaniu zamawiającego, a jest konieczny do pełnego i jednoznacznego opisu (...) to powinien on, przed wszczęciem postępowania, samodzielnie przygotować niezbędną dokumentację lub zlecić jej przygotowanie podmiotowi trzeciemu.** Uzupełnieniem informacji o stanie technicznym modernizowanych pięter nie mogą być oględziny ani możliwość kontaktu **wykonawców** ze wskazanymi przez **zamawiającego** przedstawicielami szpitala (...)».

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 12.10.2015 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej **13.10.2015 r.** (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

Żaden wykonawca nie złożył Prezesowi KIO pisma o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego

(dowód nr 1) „Wytyczne generalnego pomiaru ruchu” ze wskazaniem na stronę ostatnią, że dokument ten będzie dostępny dopiero po 31.05.2016 r.

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

8

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut naruszenia **art. 14 Pzp** w zw. z **art. 647 Kc, art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15, § 18 ust. 3 pkt 3 i ust. 4 oraz § 19 pkt 4 lit f rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.** w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, przez niezamieszczenie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym informacji wymaganych i koniecznych do sporządzenia oferty (1) wymagań **zamawiającego** dotyczących konstrukcji projektowanej i budowlanej drogi (2) informacji na temat pomiaru ruchu drogowego i hałasu, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający **wykonawcom** ubiegającym się o udzielenie zamówienie porównywalnych ofert, zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą

starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem robót – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że **zamawiający** opierając się na dostępnych badaniach z **2010 r.** określił w **PFU** kategorię ruchu drogi jako **KR4** cyt. »Wstępnie **założono następujące parametry drogi wojewódzkiej nr 865** [...] Kategoria ruchu: **KR4** (przyjęta na podstawie prognozy ruchu dla 2030 r. najbardziej obciążonego odcinka drogi wojewódzkiej nr 865 Dachnów-Cieszanów, mając na uwadze wskazania w Planie Zagospodarowania Województwa Podkarpackiego gdzie proponuje się podniesienie istniejącej drogi do klasy drogi krajowej« (str. 7), »**Założono następujące podstawowe parametry projektowanych obwodnic** [...] kategoria ruchu: **KR4** (przyjęta na podstawie prognozy ruchu dla 2030 r. najbardziej obciążonego odcinka drogi wojewódzkiej nr 865 Dachnów-Cieszanów, mając na uwadze wskazania w Planie Zagospodarowania Województwa Podkarpackiego gdzie proponuje się podniesienie istniejącej drogi do klasy drogi krajowej)« (str. 8). Jednak **zamawiający**, ze względu na zmiany natężenia ruchu na nowej drodze w porównaniu z prognozami wskazuje **wykonawcom** żeby przeprowadzili samodzielnie cyt. »nowe prognozy, aby po zastosowaniu algorytmu matematycznego dokonać prognozy na **lata 2020** czy nawet **2030**. Do tego wystarczy aktualny pomiar z **2010 r.** **Zamawiający** uznaje, że formułując ofertę należy oprzeć się na **pomiarze ruchu z 2010 r.** Jednak **zamawiający** wykonuje nowy pomiar, który jeszcze **nie został ukończony w 2015 r.**« (str. 3 protokołu). Ponadto **zamawiający** cyt. »**Zamawiający** zwraca uwagę, że są to budowy nowych dróg

9

dlatego tym trudniej jest określić prognozę na następne lata. Dla **zamawiającego** jest istotne, że przyjęta kategoria ruchu przenosi się na opracowanie konstrukcji, zabezpieczeń antyhałasowych i położenie nawierzchni przy realizacji zamówienia. Za jakość projektu odpowiada **wykonawca**« (str. 3 protokołu).

Izba stwierdza, że odnośnie przygotowania postępowania i sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia obowiązują **zamawiającego** m.in. ogólny przepis **art. 29 ust. 1 Pzp**, który brzmi »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**«. Jedną z tych okoliczności jest fakt, że **zamawiający** dysponuje aktualnym pomiarem natężenia ruchu z **2010 r.** i udostępnia ten pomiar. Jest powszechnie wiadome, że w związku ze zmianami jakie nastąpiły w motoryzacji i budowie dróg w Rzeczypospolitej w okresie od 2010 r. do **2015 r.** możliwe jest niezbyt trafne prognozowanie zmian natężenia ruchu, a co za tym idzie nietrafne wykonanie przedmiotu zamówienia.

W sprawie nie jest istotne, że w sprawach zamówień na roboty budowlane **zamawiający** ma obowiązek stosować się do **art. 31 Pzp**, jednak nie wyklucza to obowiązku stosowania się **zamawiających** do przepisu **art. 29 Pzp**.

Zamawiający orientuje się, że w wykonaniu przedmiotu zamówienia zaistnieje nowy fakt – najnowsze wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu na drogach wojewódzkich będą dostępne po **31 maja 2016 r.**, o czym zakomunikowało Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju **16.10.2014 r.** – dowód nr 1 strona ostatnia.

Zamawiający pragnąłby aby wykonawcy od razu składali ostateczne oferty i nie przewiduje w umowie żadnych zmian nawet gdyby wyniki badań z **2015 r.** dalece odbiegały od podstawy do prognozowania czyli od dostępnych wyników z **2010 r.** Zmuszałoby to **wykonawców** do ponoszenia zbędnego ryzyka i projektowania oraz budowania nowej drogi w oparciu nie o najnowsze prognozy i badania, ale już 5-cio letnie, co wiązać się może z większym ryzykiem niewłaściwego zaprojektowania budowanej drogi. W takich przypadkach wykonawcy będą ponosić zbędne ryzyko, a i sam **zamawiający** może narazić się nawet na niewykonanie przedmiotu zamówienia, jeżeli wybrany wykonawca nie sprostą wykonaniu przedmiotu zamówienia skalkulowanemu zbyt optymistycznie bądź jeżeli **zamawiający** otrzyma tylko oferty sporządzone bardzo asekurancko przez wykonawców.

Jednocześnie **Izba** stwierdza, że **zamawiający** jest obowiązany do stosowania się do **art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy** z dnia 27 sierpnia 2009 r. **o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.)**, który to przepis brzmi »Wydatki publiczne powinny być dokonywane [...] w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad [...] uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów«. Z tego względu **zamawiający** nie powinien

przerzucać zbyt wielkiej liczby ryzyk na wykonawców, ale powinien w miarę możliwości te ryzyka definiować i starać się je usuwać.

W rozpoznawanej sprawie takie zniwelowanie pewnej liczby ryzyk może nastąpić przez zawarcie we wzorze umowy postanowień o możliwej zmianie umowy w przypadku, gdy okaże się, że prognozy aktualne przed ukazaniem się wyników badań z 2015 r. (badania z 2010 r.) mimo zastosowania przez **wykonawców** właściwych algorytmów okażą się odbiegające od prognoz sporządzonych na podstawie badań z 2015 r.

Zamawiający naruszył **art. 29 ust. 1 Pzp**.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: