Sygn. akt: KIO 1607/16

WYROK
z dnia 14 września 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2016 roku przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **(1) MOTA-ENGIL Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie** oraz **(2) MOTA-ENGIL, Engenharia e Construcao SOCEIDADE ANONIMA z siedzibą w Amarante w Portugalii,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Województwo Dolnośląskie - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale:

1. wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego; 2. wykonawcy **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie następujących zmian w SIWZ i pozostałej dokumentacji postępowania:

1.1. uzupełnienie wzoru umowy poprzez dodanie postanowienia o treści: „Jeżeli na skutek sporządzenia ponownego raportu o oddziaływaniu inwestycji na środowisko lub przyszłej decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych zmieni się zakres robót projektowych, a następnie budowlanych, w stosunku do zakresu wynikającego z obu

programów funkcjonalno-użytkowych, 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.”

1.2. wykreślenie z jednostek redakcyjnych SIWZ postanowień wyłączających możliwość zwiększenia ceny (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej) i Czasu na Ukończenie w przypadku gdy na skutek sporządzenia ponownego raportu o oddziaływaniu inwestycji na środowisko i decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych zmieni się zakres robót projektowych, a następnie budowlanych, w stosunku do zakresu wynikającego z obu programów funkcjonalno-użytkowych we wszystkich miejscach występowania takiego zastrzeżenia;

1.3. zmianę subklauzuli 8.13 projektu umowy (danych kontraktowych) poprzez nadanie jej następującej treści:
„Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy) stanowi:
Kamień Milowy nr 1 - 14 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach
Kamień Milowy nr 2 - 20 miesięcy od daty Rozpoczęcia - uzyskanie ostatecznej decyzji ZRiD, złożenie Inżynierowi projektów wykonawczych, szczegółowych specyfikacji technicznych i przedmiarów robót na cały projektowany odcinek
Kamień Milowy nr 3 - wykonane w terminie 32 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty o wartości nie mniejszej niż 30 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”.

1.4. uzupełnienie wzoru umowy poprzez dodanie postanowienia o treści: „Zamawiający oświadcza, iż dokonał

wyboru wariantu przebiegu drogi tj. opisanego w
Programie Funkcjonalno-Użytkowym (wariant nr 1, czerwony). Jeżeli na skutek rozstrzygnięć organów administracji publicznej, w szczególności wydania przyszłej decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, wykonanie drogi w tym wariancie naruszałoby obowiązujące przepisy prawa lub postanowienia tych decyzji, to Wykonawca da powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 do:
a) przedłużenia czasu do wykonania 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."

1.5. wprowadzenie do SIWZ postanowienia o treści: „Obowiązkiem wykonawcy jest zaprojektowanie mostu nad rzeką Widawą zgodnie z programem funkcjonalno - użytkowym przygotowanym przez Promost- Wisła sp. z o. o."

1.6. wprowadzenie do SIWZ postanowienia o treści: „W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi włączenie nowej drogi wojewódzkiej do drogi krajowej nr 98 wraz z przebudową skrzyżowania zgodnie z „Koncepcją skrzyżowania - wariant 3"

1.7. w pozostałym zakresie zarzutów odwołania nie uwzględnia.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego Województwo Dolnośląskie - Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei z siedzibą we Wrocławiu** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **(1) MOTA-ENGIL Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie** oraz **(2) MOTA-ENGIL, Engenharia e Construcao SOCEIDADE ANONIMA z siedzibą w Amarante w Portugalii** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Zamawiającego Województwa Dolnośląskiego - Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **(1) MOTA-ENGIL Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie** oraz **(2) MOTA-ENGIL, Engenharia e Construcao SOCEIDADE ANONIMA z siedzibą w Amarante w Portugalii** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1607/16

UZASADNIENIE

W dniu 29 sierpnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Krakowie oraz (2) MOTA-ENGIL, ENGENHARIA E CONSTRUCAO, SOCEIDADE ANONIMA z siedzibą w Amarante w Portugalii, zwani dalej „Odwołującym".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego prowadzi Zamawiający: Województwo Dolnośląskie - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei z siedzibą we Wrocławiu. Określenie przedmiotu zamówienia: <

wojewódzkiej od drogi wojewódzkiej nr 455 do drogi krajowej nr 98 w formule „zaprojektuj i wybuduj". Projekt współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego na lata 2014 – 2020>>. Numer Dziennika Urzędowego WE, w którym zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu: 2016/S 001- 000088 z dnia 2 stycznia 2016 r.

Odwołanie złożono wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ") i ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
I. art. 7 i art. 29 ust 1 ustawy Pzp oraz art. 353 1 ustawy Kodeks cywilny (dalej jako Kc) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz ukształtowanie treści przyszłej umowy w sposób naruszający właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego i przerzucenie na Wykonawcę w całości ryzyka poniesienia kosztów zaprojektowania i wybudowania elementów, których obowiązek wykonania będzie wynikał z ponownego raportu oddziaływania inwestycji na środowisko (którego wykonanie jest obowiązkiem wykonawcy) i wydanej w przyszłości decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w ustawie z października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (dalej zwanej decyzją środowiskową).
II. art. 7 Pzp i art. 353 1 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) wyłączających możliwość ich terminowego wykonania, a co powoduje, iż umowa w tym zakresie będzie dotknięta tzw. niemożliwością świadczenia pierwotną.

III. art. 7 Pzp i 29 ust 1 Pzp i art. 353 1 oraz § 19 ust. 4 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, poprzez stwierdzenie, iż dokumentacja geotechniczna i geologiczna dołączona do SIWZ ma charakter niewiążący, a co powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób niejednoznaczny, przy jednoczesnym przerzuceniu ryzyka na wykonawcę, iż dokumentacja ta zawiera nieprawdziwe informacje.
IV. art. 7 Pzp i 29 ust 1 Pzp oraz art. 353 1 Kc, poprzez dokonanie nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia oraz niezgodne z właściwością (naturą) stosunku prawnego przerzucenie na wykonawcę ryzyka, iż wykonanie przedmiotu zamówienia wybranym przez Zamawiającego wariantem trasy (nr 1 czerwonym) stanie się niemożliwe (niezgodne z prawem) z przyczyn niezależnych od wykonawcy (tj. będących skutkiem rozstrzygnięć organów administracji publicznej, w szczególności decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach).
V. art. 7 Pzp i 29 ust. 1 Pzp poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie punktu końcowego przyszłej drogi wojewódzkiej w rejonie skrzyżowania z drogą krajową nr 98.
VI. art. 7 Pzp i 29 ust. 1 Pzp poprzez nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w zakresie rozpiętości obiektu mostowego ET1 nad ciekiem Młynówka Kiełczowska i rzeką Widawą.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez wprowadzenie następujących modyfikacji:

Ad I)

Uzupełnienia wzoru umowy poprzez dodanie postanowienia o treści: „Jeżeli na skutek sporządzenia ponownego raportu o oddziaływaniu inwestycji na środowisko lub przyszłej decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych zmieni się zakres robót projektowych, a następnie budowlanych, w stosunku do zakresu wynikającego z obu programów funkcjonalno-użytkowych, 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."

Wnoszono jednocześnie o nakazanie Zamawiającemu zmiany subklauzul 1.3.2 in fine PFU, 1.3.3 in fine PFU, 1.4.1 in fine PFU, 1.4.1.3 in fine PFU, 1.4.1.3 (w dwóch miejscach) PFU, i 1.4.2.1 PFU oraz 1.1, 1.2.1.3, 1.1.1.5 PFU2 poprzez wykreślenie z tych jednostek

redakcyjnych postanowień wyłączających możliwość zwiększenia ceny (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej) i Czasu na Ukończenie w przypadku gdy na skutek sporządzenia ponownego raportu o oddziaływaniu inwestycji na środowisko i decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych zmieni się zakres robót projektowych, a następnie budowlanych, w stosunku do zakresu wynikającego z obu programów funkcjonalno-użytkowych.

Wnoszono również o nakazanie Zamawiającemu, wykreślenia pozostałych postanowień o tożsamej z treścią wskazaną w akapicie poprzednim, a które ze względu na obszerność dokumentacji przetargowej nie zostały przez Odwołującego dostrzeżone.

Ad II)

Wnoszono o zmianę subklauzuli 8.13 projektu umowy (danych kontraktowych) poprzez nadanie jej następującej nowej treści:
„Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy) stanowi:
Kamień Milowy nr 1 - 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia - uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach
Kamień Milowy nr 2 - 25 miesięcy od daty Rozpoczęcia - uzyskanie ostatecznej decyzji ZRiD, złożenie Inżynierowi projektów wykonawczych, szczegółowych specyfikacji technicznych i przedmiarów robót na cały projektowany odcinek
Kamień Milowy nr 3 - wykonane w terminie 36 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty o wartości nie mniejszej niż 30 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej”.

Ad III)

Wnoszono o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z subklauzuli 1.9 umowy następującego sformułowania: „Materiały dołączone jako załączniki do PFU nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym jako wiążący. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko. Jeżeli zaistnieje jakakolwiek rozbieżność pomiędzy danymi zawartymi w załącznikach do PFU (z wyjątkiem danych w zakresie wskazanym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym jako wiążący) a stanem faktycznym, Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu.

Wnoszono ponadto o nakazanie Zamawiającemu wskazania w SIWZ, iż dokumentacja geotechniczna i geologiczno-inżynierska załączona do SIWZ ma charakter wiążący dla Wykonawcy.

Wnoszono o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia wzoru umowy poprzez dodanie postanowienia o treści:
„Zamawiający oświadcza, iż dokonał wyboru wariantu przebiegu drogi tj. opisanego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (wariant nr 1, czerwony). Jeżeli na skutek rozstrzygnięć organów administracji publicznej, w szczególności wydania przyszłej decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, wykonanie drogi w tym wariancie naruszałoby obowiązujące przepisy prawa lub postanowienia tych decyzji, to Wykonawca da powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 do:
a) przedłużenia czasu do wykonania 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."

Ad V)

Wnoszono o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie do SIWZ postanowienia o treści: „Obowiązkiem wykonawcy jest zaprojektowanie mostu nad rzeką Widawą zgodnie z programem funkcjonalno - użytkowym przygotowanym przez Promost- Wisła sp. z o. o.”

Ad VI)

Wnoszono o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do SIWZ postanowienia o treści: „W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi włączenie nowej drogi wojewódzkiej do drogi krajowej nr 98 wraz z przebudową skrzyżowania zgodnie z „Koncepcją skrzyżowania - wariant 3".

W uzasadnieniu posiadania interesu w rozumieniu art.179 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że zamierza ubiegać się o udzielnie zamówienia. Z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa, skutkujące nieprawidłową konstrukcją SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, Wykonawca nie może oszacować ceny swojej oferty, a przez to faktycznie traci możliwość ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ponadto, udzielenie zamówienia na podstawie obecnej treści SIWZ i innych dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia doprowadzi do sytuacji, w której taka umowa będzie częściowo nieważna, jako naruszająca przepisy prawa i naturę (istotę) stosunku zobowiązaniowego. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa prowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci utrudnienia mu dostępu do uzyskania zamówienia, zatem interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie udziału w postępowaniu. W dniu 19 sierpnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu oraz

zaprosił go do złożenia oferty, jednocześnie przekazując Odwołującemu SIWZ oraz dokumentację przetargową. Zawarty w przedmiotowej dokumentacji opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy prawa z następujących powodów:

AD zarzut I.

Z uwagi na okoliczność, iż przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą programów funkcjonalno-użytkowych:
a) Obejmującego odcinki drogi w kilometrażach od 8+070 do 10+050 i od 13+496,5 do 17+919,44 (zwany dalej PFU)
b) Obejmującego odcinek drogi w kilometrażu od 10+050 do 13+4956,5 - sporządzony przez Promost-Wisła sp. z o.o. (zwany dalej PFU2).

Zgodnie z klauzulą 1.13 umowy „Wykonawca (...) uzyska wszelkie pozwolenia, opinie, uzgodnienia, jakie są wymagane przez Prawo w odniesieniu do projektowania, realizacji i ukończenia Robót".

Na podstawie klauzuli 4.1.i „Wykonawca jest zobowiązany uzyskać, w imieniu i na rzecz Zamawiającego, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla wykonania Kontraktu zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego".

W postanowieniu 1.4.2.1 powyższy obowiązek konkretyzuje się, wskazując, iż: „Należy uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego: (...) - decyzję środowiskową, warunki techniczne, pozwolenia, uzgodnienia i zatwierdzenia na przebudowę lub likwidację infrastruktury technicznej".

Zgodnie zaś z obowiązkiem przyszłego wykonawcy wskazanym na stronie 12 PFU, ten zobligowany będzie do zaprojektowania i wykonania „urządzeń ochrony środowiska: ekranów nieprzeźroczystych zmniejszających ryzyko zderzeń nietoperzy z samochodami, przejść dla małych zwierząt, przepustów ekologicznych wraz z ogrodzeniami ochronno - naprowadzającymi, zielenią maskującą, zielenią kompensacyjną, odtworzeniem około 2 ha lasu łęgowego (w gestii Wykonawcy jest pozyskanie terenu na wykonanie tej kompensaty), innymi elementami rozwiązań szczegółowych wymaganymi w uzyskanej przez Wykonawcę decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych".
W szczególności, zgodnie z postanowieniem 1.3.2.6 PFU: „W przypadku przepustów ekologicznych, w celu uzyskania drożności szlaku migracji zwierząt w pasie objętym realizacją inwestycji, należy uwzględnić konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej (...) Ostateczne ustalenia danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków oraz przyjętych przez

Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej, Raportu oddziaływania na środowisko wykonanego przez Wykonawcę."
Dalej, zgodnie z postanowieniem 1.3.3 PFU: Urządzenia w zakresie ochrony przyrody i działania kompensacyjne podane w niniejszym PFU w oparciu o Raport OOŚ są orientacyjne, a ostateczne wartości zostaną określone po opracowaniu Raportu oddziaływania na środowisko wykonanego przez Wykonawcę, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego oraz uzyskaniu Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

1.4.1.3 PFU: „ Wyżej podana ilość ekranów jest wartością orientacyjną, a ostateczne ilości zostaną określone po opracowaniu Raportu o ochronie środowiska wykonanego w ramach tego zadania przez Wykonawcę i uzyskania jego staraniem Decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego. (...) „Projekt zieleni będący w dyspozycji Zamawiającego należy uaktualnić, dostosowując do wymagań które zostaną ostateczne określone po opracowaniu Raportu o ochronie środowiska wykonanego w ramach tego zadania przez Wykonawcę i uzyskania jego staraniem Decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych ".
W postanowieniu 1.4.2.1 PFU wskazuje się, iż „ Wykonawca musi liczyć się z sytuacją, że rodzaje robót określone w programie funkcjonalno - użytkowym i przedmiocie zamówienia są orientacyjne i mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej w wyniku pozyskanych decyzji, opinii i uzgodnień oraz zastosowanych rozwiązań projektowych."
Analogiczne wymogi zostały zawarte w postanowieniach 2.1.7.2 (dotyczącym rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych), 2.1.7.3 (dotyczącym urządzeń bezpieczeństwa ruchu), 2.1.7.4 (dotyczącym obiektów inżynierskich pełniących funkcje ekologiczną - obiektów na Szlakach migracji zwierząt).

Tożsame postanowienie zawarte są PFU2, w szczególności: zgodnie z postanowieniem 1.1.1.1: „Należy zaprojektować i wykonać: raport w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko (...) w celu uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (...) Wykonawca przy opracowaniu dokumentacji projektowej uwzględni wynikające z: Raportu o oddziaływaniu na środowisko przedsięwzięcia (...) pozyskanych przez Wykonawcę decyzji i uzgodnień".

Powyższe sformułowania wskazują, iż zakres przyszłych prac projektowych i budowlanych co do urządzeń ochrony środowiska oraz innych elementów objętych treścią decyzji środowiskowej, zostanie zdeterminowany treścią nowej, uzyskanej już przez przyszłego wykonawcę, decyzji środowiskowej. Jej treść będzie w chwili sporządzania i wyceny oferty nieznana i niemożliwa do przewidzenia nawet dla profesjonalnego podmiotu działającego z należytą starannością. Istnieje przy tym spore prawdopodobieństwo, iż w wyniku sporządzenia raportu ponownego oddziaływania inwestycji na środowisko oraz uzyskania decyzji środowiskowej, by sprostać wymogom tam zawartym (i w rezultacie

uzyskać decyzję ZRID) niezbędne będzie zaprojektowanie i wykonanie elementów ochrony środowiska oraz innych obiektów infrastrukturalnych w zakresie innym, niż starannie działający wykonawca założy bazując na udostępnionych przez Zamawiającego programach funkcjonalno- użytkowych. Różnica ta może spowodować, iż szacowany pierwotnie (na podstawie PFU) poziom kosztów z tym związanych może ulec zwiększeniu.
Jednocześnie Zamawiający w kilkunastu miejscach w kilku dokumentach stanowiących opis przedmiotu zamówienia, wskazuje (m. in. postanowienie 1.3.2,1.3.3,1.4.1, 1.4.1.3,1.4.2.1 PFU, 1.1, 1.2.1.3,1.1.15 PFU2), iż zmiany w projekcie spowodowane treścią raportu ponownego oddziaływania na środowisko i treścią decyzji środowiskowej nie będą powodowały zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy (Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej) ani przedłużenia Czasu na Ukończenie.

W rezultacie Zamawiający przerzucił na Wykonawcę całość ryzyka wynikającego z nieprzewidywalnego zakresu oraz kosztu robót. Te bowiem będą dopiero znane po uzyskaniu decyzji środowiskowej, na której treść wykonawca nie ma wpływu. Przy tym, pozostawiony w gestii organów ochrony środowiska spory zakres władzy dyskrecjonalnej, przy jednoczesnym operowaniu przez przepisy prawa dotyczące ochrony środowiska szeregiem klauzul generalnych, powodują, iż niemożliwym jest, nawet dla podmiotu profesjonalnie zajmującego się prowadzeniem inwestycji infrastrukturalnych, przewidzenie treści takiej decyzji. Nie bez znaczenia pozostaje też kwestia, iż decyzja ta będzie wydawana na podstawie raportu odnoszącego się do stanu faktycznego istniejącego w przyszłości, a co przy dynamicznie zmieniających się okolicznościach „przyrody” jedynie zwiększa zakres

niepewności wykonawców co do przyszłego zakresu prac.

W rezultacie, w 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. 353 1 Kc, wielokrotnie komentowany w doktrynie prawa i orzecznictwie sądów. W wyroku z 25 maja 2011 r. (IICSK 528/10) Sąd Najwyższy stwierdził, iż „Zasada swobody umów obejmuje swobodę decydowania o zawarciu lub nie zawarciu umowy, swobodę wyboru kontrahenta, swobodę ukształtowania treści umowy. W tym ostatnim zakresie dyspozycja stron podlega ograniczeniu polegającemu na tym, że treść umowy nie może być sprzeczna z właściwością

---

stosunku prawnego, ustawą i zasadami współżycia. W ramach wyrażonej wart 353 1 kc. 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”.

Podkreślenia przy tym wymaga, iż nie jest celem Odwołującego próbowanie przerzucenia na Zamawiającego wykonywania ponownego raportu oddziaływania inwestycji na środowisko i uzyskiwania decyzji środowiskowej. Odwołujący, przy tym doskonale rozumie specyfikę zamówienia w formule „zaprojektuj i buduj”, gdzie opis przedmiotu zamówienia, już z samej swej istoty, nie może być bardzo precyzyjny. 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.

AD zarzut II)

Odwołujący zarzuca, iż zakres czynności stanowiących obowiązki przyszłego wykonawcy przypadających do wykonania w okresie projektowania jest bardzo szeroki. Podkreślenia wymaga, iż proces inwestycyjny w przedmiotowym zamówienia znajduje się na etapie bardzo wstępnym, zaś wykonawcę obciążono szeregiem obowiązków o charakterze przygotowawczym i formalnym: sporządzeniem ponownego raportu oddziaływania inwestycji na środowisko, uzyskaniem przyszłości decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, uzyskaniem decyzji o zezwoleniu realizacji inwestycji drogowej, wykonaniem projektów. Nie bez znaczenia pozostaje kwestia, iż teren na którym zostanie wybudowana droga wchodzi w skład obszaru Natura 2000, a co zgodnie ze stanowiskiem Generalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska, będzie wymagało pełnego i wzmożonego audytu środowiskowego i dalej idących (niż w przypadku „zwykłych" inwestycji) rozwiązań chroniących środowisko - a których wykonanie będzie czasochłonne. Zdaniem Odwołującego, wykonanie czynności i sporządzenie kompletnego projektu w ciągu terminów przejściowych określonych w klauzuli 8.13 umowy jest niemożliwe, nawet przyjmując najwyższy miernik staranności profesjonalnego i dużego przedsiębiorcy zajmującego się stale i zawodowe projektowaniem i budową dróg (art. 387 Kc). Stąd, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminów pośrednich, tak ażeby stały się one realne; przy czym zarzut odwołania i wniosek o zmianę nie dotyczy Czasu na Ukończenie.

Ad zarzut III)

W subklauzuli 1.9 umowy, Zamawiający wskazuje, iż „Materiały dołączone jako

załączniki do PFU nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia poza zakresem wskazanym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym jako wiążący. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko. Jeżeli zaistnieje jakakolwiek rozbieżność pomiędzy danymi za wartymi w załącznikach do PFU (z wyjątkiem danych w zakresie wskazanym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym jako wiążący) a stanem faktycznym, Wykonawca nie będzie uprawniony do żadnych roszczeń o przedłużenie Czasu na Ukończenie lub dodatkowego Kosztu".

Ta ogólna klauzula ma na celu zdjąć z Zamawiającego wszelką odpowiedzialność za nieprawdziwe lub nieprecyzyjne dane zawarte w przedłożonej do niego dokumentacji przetargowej, a następnie obciążyć tę odpowiedzialnością Wykonawcę. Postanowienie to, bardzo wygodne dla Zamawiającego, z jednej strony utrzymuje obowiązek przez Wykonawcę dogłębnej analizy i interpretacji tych „niewiążących" dokumentów, gdyż w inny sposób niemożliwym będzie rzetelna wycena oferty, z drugiej zdejmuje z Zamawiającego wszelką odpowiedzialność za wadliwy opis przedmiotu zamówienia (a co rażąco narusza art. 29 ust. 1 Pzp).

Takie działanie Zamawiającego powoduje dla Wykonawcy szczególnie niekorzystne skutki w kontekście analizy załączonej dokumentacji geologicznej, obowiązku jej weryfikacji przez Wykonawcę po to, ażeby przyjąć właściwe rozwiązania gwarantujące właściwe posadowienie i stabilność budowanych obiektów. Kwestia ta ma istotne znaczenie, gdyż planowana droga przebiega przez tereny nadrzeczne, a koszty rozwiązań co do wzmocnienia wgłębnego gruntów są bardzo wysokie.

Zamawiający na stronie 10 tiret drugie PFU wprost wskazuje, iż dokumentacja geotechniczna została udostępniona jako „dokumenty pomocnicze", stwierdzając dalej, iż udostępniona w tomie V dokumentacja geologiczno-inżynierska „nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia (...). Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko".

Oprócz naczelnych zasad Kodeksu cywilnego (art. 353 1 Kc) oraz Pzp (art. 7, 29 ust. 1 Pzp), działanie takie narusza również § 19 ust. 4 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Przepis ten nakazuje, dołączenie przez Zamawiającego do programu funkcjonalno-użytkowego wyników badań gruntowo-wodnych, przy czym rozporządzeniu temu obce jest pojęcie „dokumentów niewiążących".

Odwołujący oczekuje zatem, ażeby Zamawiający ustalił, iż załączona dokumentacja geologiczna ma charakter wiążący. Nie zmieni to faktycznie, tego, iż Wykonawca wyceni swą

---

ofertę w sposób identyczny, w porównaniu do sytuacji gdyby dokumentacja miała charakter niewiążący, niemniej, w sytuacji, gdy informacje w niej zawarte okazały się sprzeczne ze stanem zastanym na placu budowy, Zamawiający winien ponieść z tego tytułu odpowiedzialność.

Ad zarzut IV)

Zamawiający przedkładając PFU, odnoszący się do wariantu trasy nr 1 (czerwonego), niejako dokonał w sposób wiążący dla wykonawcy wyboru trasy. PFU ma bowiem charakter wiążący dla wykonawcy, determinuje ono zatem dalszy sposób procedowania wykonawcy w zakresie projektowania i pozyskiwania niezbędnych uzgodnień i decyzji, w tym raportu o oddziaływaniu inwestycji na środowisko i decyzji środowiskowej. Niemniej, na uwadze należy mieć okoliczność, iż teren przez który przebiegać ma droga w tzw. wariancie czerwonym leży na obszarze chronionym Natura 2000 „Lasy Grędzińskie", zaś w Raporcie o Oddziaływaniu na Środowisko (sporządzonym przez proGeo sp. z o.o. w grudniu 2011 r.) stanowiącym załącznik do SIWZ stwierdza się, iż „Za wariant optymalny uznano wariant inwestycyjny nr 4 zielony. Podobną ilość punktów uzyskał wariant 1 czerwony, jednak ze względu na przebieg przez obszar Natura 2000, wariant ten jest niemożliwy do realizacji. Wariant nr 4 zielony jest wariantem najdłuższym, ale jednocześnie jest to wariant korzystny pod względem funkcjonalności układu komunikacyjnego. Ponadto, jego realizacja wymaga wyburzenia jedynie 3 obiektów na terenie ogródków działkowych. Droga planowana w tym wariancie nie prowadzi po terenach przeznaczonych pod zabudowę mieszkaniową według miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego".

W tej sytuacji opis przedmiotu zamówienia, w zasadzie nie rozstrzygający, którym

śladem należy zaprojektować trasę, uznać należy za dalece nieprecyzyjny. Sytuację komplikuje dodatkowo niejasne stanowisko Generalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska z 13 kwietnia 2012 r. (które to stanowisko przytacza załączone do SIWZ pismo Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska we Wrocławiu z 26 kwietnia 2012 r. WOOŚ.4110.73.2011.KC.23), jedynie deklarującej (z pewnymi zastrzeżeniami) modyfikację Standardowego Formularza Danych obszaru Natura 2000 wpisując do niej siedliska ziołorośli górskich i ziołorośli nadrzecznych oraz siedliska łęgów wierzbowych, topolowych, olszowych i jesionowych w kategorii D, a co w rezultacie umożliwiłoby przyjęcie, iż inwestycja w wariancie 1 nie będzie znacząco i negatywnie wpływać na obszar Natura 2000. Odwołujący zdaje sobie sprawę, iż powyższy dokument, tak samo zresztą jak poprzedni raport środowiskowy, nie mają - wg Zamawiającego - charakteru wiążącego. Winny one zatem, zostać teoretycznie pominięte przez wykonawcę dokonującego wyceny swojej oferty. Niemniej, w niniejszym stanie, gdzie Zamawiający każe wywodzić skutki (i to tylko dla wykonawców i tylko te dla nich niekorzystne) z treści tych „niewiążących" dokumentów (a co

rażąco narusza art. 7 Pzp i art. 353 1 Kc, potrzebny jest instrument prawny pozwalający rozłożyć ryzyko niemożliwości poprowadzenia inwestycji wybranym przez Zamawiającego śladem. Nie można bowiem wykluczyć, iż organy ochrony środowiska, bądź inne organy administracji publicznej, wykluczą - treścią swoich rozstrzygnięć - wykonanie drogi w wariancie „czerwonym".

Podkreślenia przy tym wymaga, iż GDOŚ wskazuje, na konieczność wykonania (a zatem zobowiązany do tego będzie wykonawca) pełnej analizy oddziaływania na środowisko z uwzględnieniem skali oddziaływania przedsięwzięcia na poszczególne elementy środowiska przyrodniczego i wskazuje konieczność działań mających na celu ograniczanie, minimalizowanie lub skompensowanie negatywnego oddziaływania. Powyższe, potwierdza słuszność zarzutów i wniosków zawartych w punkcie I. odwołania: przerzucanie odpowiedzialności na wykonawcę za wykonanie tak obszernych, lecz przy tym aktualnie niedookreślonych, robót zmierzających do ochrony środowiska, narusza naturę stosunku cywilnoprawnego.

Ad zarzut V)

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując w PFU i PFU2 kilometraż przyszłej drogi wojewódzkiej (od km 8+070 do km 17+919,44). Na stronie 6 PFU stwierdza się, iż: „Początek należy przyjąć w km 8+070,00 (miejsce włączenia do wybudowanej już drogi) natomiast koniec projektowanej drogi wojewódzkiej będzie w km 17+919,44 tj. miejscu włączenia do drogi krajowej nr 98 pomiędzy miejscowościami Mirków i Długołęka. Droga, która będzie budowana na obecnym etapie będzie miała długość ok 9,85km". Jednocześnie, z załączonej do SIWZ koncepcji skrzyżowania planowanej drogi wojewódzkiej do drogi krajowej nr 98 wynika, iż planowane skrzyżowanie będzie znajdowało się około 350 metrów dalej niż km 17+919,44 planowanej drogi wojewódzkiej. Taki niejednoznaczny i niejasny opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust 1 Pzp.

Ad zarzut VI)

W załączonym do SWIZ Raporcie oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko z 2011 r. wskazuje się konieczność zaprojektowania i wybudowania estakady nad ciekiem Młynówka Kiełczowska i rzeką Widawą (ET1) o rozpiętości 450 m. Z kolei, w również załączonym do SIWZ dokumencie „Prace studialne - projekt drogowy", w punkcie 1.10 przewidziano w ramach wariantu „czerwonego" dwa podwarianty: „z estakadą nad ciekiem Młynówka Kiełczowska i rzeką Widawą (ET1) o rozpiętości 450 m" oraz „z mostem nad ciekiem Młynówka Kiełczowska i rzeką Widawą (ET1) o rozpiętości 225,2m". Natomiast, w PFU (strona 13 tiret piąte od końca) wskazuje się, że obowiązkiem wykonawcy będzie „zmiana rozpiętości mostu nad rzeką Widawą" w stosunku do wcześniej opracowanej

dokumentacji projektowej, a załączonej do tomu V SIWZ". Niestety, Zamawiający nie wskazuje, do którego z podwariantów należy się odnosić. Dalej, w PFU (punkt 1.3.2.3) i PFU2 (strona 40) wskazuje się konieczność zaprojektowania mostu nad doliną Widawy o długości około 197 m. Taki niejednoznaczny i niejasny opis przedmiotu zamówienia narusza

art. 29 ust 1 Pzp.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ oraz załączników do SIWZ, treści ogłoszenia o zamówieniu, programu funkcjonalno-użytkowego, a także stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10). Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, Zamawiający pozytywnie zweryfikował wniosek Odwołującego i zaprosił go do złożenia oferty. Wykonawca ma więc realne szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili następujący wykonawcy:

1) BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie;
2) Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Przystąpienia uznano za skuteczne.

Odwołujący na rozprawie potrzymał stanowisko wynikające z odwołania. Zamawiający wnosił o jego oddalenie w całości, twierdząc, że zapisy SIWZ i programu funkcjonalno-użytkowego są jednoznaczne.

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wzięła pod uwagę wynikające z odwołania oraz rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył kwestionowane zapisy ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, w tym także zapisy warunków umownych i programu funkcjonalno-użytkowego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w zakresie części zarzutów zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości zapewnienia pełnej swobody kontraktowej stron. Postanowienia SIWZ powinny być także zgodne z właściwością (naturą) stosunku cywilnoprawnego oraz z zasadami współżycia społecznego, a także nie mogą przekraczać granic swobody umów. Nadrzędną 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. Postanowienia SIWZ 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. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2008 r. IV CSK

478/07 oraz z dnia 25 maja 2011 r. II CSK 528/10, 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."*

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał zarzut nr I. Odwołujący słusznie skonstatował, że zakres przyszłych prac projektowych i budowlanych co do urządzeń ochrony środowiska oraz innych elementów objętych treścią decyzji środowiskowej, zależy jest w dużej mierze od nowej decyzji środowiskowej, do uzyskania której zobowiązany będzie wykonawca realizujący kontrakt. Duże znaczenie ma także fakt, że do uzyskania nowej decyzji środowiskowej konieczne jest sporządzenie nowego raportu oddziaływania na środowisko, natomiast wyniki tych prac są nieprzewidywalne i niezależne od wykonawcy.

W chwili składania ofert wykonawca nie ma wiedzy w jaki sposób ukształtuje się ostatecznie sytuacja odnośnie zasad realizowania inwestycji oraz jaki będzie zakres ewentualnych przyszłych zmian w dokumentacji projektowej po uzyskaniu wszystkich uzgodnień. 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. Dlatego też Izba nakazała wprowadzenie dodatkowych klauzul o treści wnioskowanej przez Odwołującego umożliwiających wydłużenie terminu realizacji kontraktu oraz przewidzenie możliwości zwiększenia wynagrodzenia.

W przypadku zarzutu II związanego z wyznaczeniem terminów pośrednich realizacji inwestycji (tzw. kamieni milowych), na rozprawie sam Zamawiający przyznał, iż terminy wyznaczone pierwotnie są bardzo restrykcyjne i pełnić miały funkcję dyscyplinującą w zakresie działania wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający przyznał także, że terminy te mogłyby ulec odpowiedniemu wydłużeniu bez uszczerbku dla realizacji zadania w terminie przewidzianym w umowie o dofinansowanie. Zważyć należy, iż Izba nie jest związana zakresem żądania określonego w odwołaniu. Zważywszy, że Zamawiający na rozprawie zaproponował nowe, przedłużone terminy kamieni milowych, w niewielkim stopniu odbiegające okresowo od propozycji Odwołującego, a z drugiej strony spełniające postulat wydłużenia terminów realizacji, Izba przychyliła się do propozycji Zamawiającego i nakazała wydłużenie terminów kamieniu milowych odpowiednio do 14, 20 i 32 miesięcy.

Odnośnie zarzutów III, IV, V i VI u uwag natury ogólnej zauważyć należy, że 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. 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). 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.

Dlatego też uznano, że Zamawiający powinien doprecyzować opis przedmiotu zamówienia, o informacje wnioskowane przez Odwołującego. Skoro jak twierdził na rozprawie Zamawiający, dokonał on ostatecznego wyboru przebiegu wariantu drogi, to informacje te jednoznacznie winny wynikać z opisu programu funkcjonalno-użytkowego. W ocenie Izby nie ma przeciwwskazań, aby Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia dodał klauzulę, iż bierze na siebie odpowiedzialność na wybór wariantu, zwłaszcza, że wybór ten na podstawie posiadanej dokumentacji związanej z realizacją całości zadania inwestycyjnego nie był wariantem optymalnym. Podobnie sytuacja przedstawia się , zdaniem Izby, w przypadku opisu odnoszącego się do wymagań obiektu mostowego na rzece Widawa i określenie, czy zadanie obejmuje przebudowę skrzyżowania nowej drogi wojewódzkiej z drogą krajową nr 98. Zamawiający zobowiązany został do ostatecznego sprecyzowania w SIWZ i programie funkcjonalno-użytkowym (zwłaszcza, iż Odwołujący i Przystępujący po jego stronie Wykonawcy wykazali niespójność dokumentacji), że zakresem zamówienia objęte są wymienione elementy.

Izba nie uwzględniła jedynie w zarzucie III żądania wykreślenia klauzuli o niewiążącym charakterze dokumentacji zgromadzonej i przekazanej wykonawcom

w Tomie V, w tym także dokumentacji geotechnicznej. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że dokumenty zgromadzone przez Zamawiającego w toku prowadzonego całego zadania inwestycyjnego mogą mieć jedynie charakter poglądowy, mogą wykonawcom ułatwić kalkulację ceny ofertowej, mogą pomóc ustalić zakres prac projektowych i robót do wykonania, mogą też pomóc ustalić i ograniczyć ryzyko kontraktowe zmian przy projektowaniu i realizacji. Dokumenty te jednak nie mogą być w swej treści wiążące, a wykonawca nie może zakładać, że na przestrzeni kilku lat warunki ustalone w zgromadzonej dokumentacji nie uległy zmianie. To wykonawca zobowiązany w przedmiotowym postępowaniu, przy realizacji kontraktu w formule „zaprojektuj i wybuduj" będzie do określenia zakresu prac projektowych i budowlanych przy wybranym wariancie i uzyskania wszystkich niezbędnych dokumentów i pozwoleń na realizację zadania. Sam więc wykonawca musi wziąć odpowiedzialność za ten zakres. Zamawiający załączył do programu funkcjonalno-użytkowego te elementy, które przewidują przepisy prawa, w tym 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). Pozostałe materiały załączone do SIWZ mogą być jedynie pomocne dla profesjonalnego wykonawcy. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku dokumentacji geotechnicznej. Jak słusznie zauważył Zamawiający, to wykonawca jako projektant odpowiedzialny będzie za przeprowadzenie badań geologicznych zgodnie ze sztuką budowlaną i przepisami prawa. Dokumentacja geologiczna, którą posiada Zamawiający może być dla wykonawcy pomocna na wstępny etapie przystąpienia do prac projektowych, nie można jednak zakładać, że warunki geotechniczne nie uległy zmianie po upływie znacznego okresu od przeprowadzenia badań przez Zamawiającego. To Wykonawca będzie odpowiedzialny za zaprojektowanie, wykonanie i wykończenie wszystkich Robót i to Wykonawca winien ocenić ostateczny koszt przyjętych ostatecznych rozwiązań projektowych biorąc pod uwagę własną dokumentację.

Reasumując, w ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się częściowo. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił tezy zaprezentowane w odwołaniu. W postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W prowadzonym postępowaniu nie uczyniono zadość przestrzeganiu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

19

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący:

20