

Sygn. akt: KIO 3544/21

WYROK
z dnia 20 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3544/21 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II. *petitum* odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 934 zł 32 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści cztery złote trzydzieści dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *projekt i budowę obwodnicy Bielska Podlaskiego w ciągu drogi krajowej nr 66 na odcinku od istniejącej DK 19 do istniejącej DK66* (znak postępowania: O.BI.D-3.2410.2.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2021 r. pod numerem 2021/S 213-560614.

W dniu 6 grudnia 2021 r. wykonawca Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp i art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny – zwanej dalej Kc, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez ukształtowanie treści przyszłej umowy w sposób naruszający właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego i przerzucenie na wykonawcę w całości ryzyka zaprojektowania i wybudowania elementów, których obowiązek wykonania oraz rozmiar i charakter będzie wynikał z uzgodnień z gestorami sieci lub jednostkami samorządu terytorialnego, przy jednoczesnym określeniu, że informacje posiadane przez Zamawiającego dotyczące tych uzgodnień i przekazane w SWZ (tom V SWZ, Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowe z elementami koncepcji programowej (STEŚ-R) część C.III) mają charakter niewiążący;

2. art. 137 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się przez wykonawców ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, mimo iż zmiany w treści SWZ dokonane przez Zamawiającego w dniu 25 listopada 2021 r. odpowiedziami na pytania 162 i 28, są istotne dla sporządzenia oferty i wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania zmiany treści SWZ poprzez wykreślenie wyjaśnienia na pytanie nr 71, udzielonego w dniu 25 listopada 2021 r., ewentualnie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na to pytanie;
2. przedłużenia terminu składania ofert do dnia przypadającego nie wcześniej niż 17 grudnia

2021 r.

W piśmie z dnia 16 grudnia 2021 r. Odwołujący zmodyfikował treść żądania w zakresie zarzutu 1. wnosząc, aby Izba nakazała Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ poprzez:

1. wykreślenie wyjaśnienia na pytanie nr 71 udzielonego w dniu 25 listopada 2021 r.;
2. ewentualnie (zgodnie z wyborem Zamawiającego) udzielenie odpowiedzi twierdzącej na to pytanie;
3. ewentualnie (zgodnie z wyborem Zamawiającego): dodanie postanowienia wskazującego, że informacje przekazane w tomie C.III STEŚ mają charakter wiążący w takim zakresie w jakim uzgodnienia, opinie, porozumienia z samorządami i gestorami sieci pozostają zgodne z aktualnymi założeniami projektowymi.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia m.in. poprzez Program Funkcjonalno-Użytkowy (tom III SWZ, dalej zwany PFU) oraz Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowe z elementami koncepcji programowej (tom V SWZ, dalej zwane STEŚ-R). Na stronie 32 PFU, w tabeli nr 1.6 Zamawiający przekazał informację o aktualnych uwarunkowaniach wynikających z posiadanych uzgodnień, opinii, porozumień np. z samorządami lub uzgodnień z gestorami sieci. Zamawiający wskazał, że informacje te zawarte zostały w punkcie C.III STEŚ-R. Dalej, pod tabelą 1.6, Zamawiający wskazał, iż „materiały przekazane w TOM-ie V SWZ w zakresie niewymienionym powyżej oraz wszystkie inne materiały zawarte w TOM-ie V SWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko”. Tak zredagowany opis przedmiotu zamówienia był zgodny z prawem, w szczególności z art. 99 ustawy Pzp, umożliwiając wykonawcom oszacowanie ryzyka związanego z wykonaniem umowy i sporządzenie oferty. Nie naruszał on również istoty stosunku prawnego umowy o roboty budowlane, gdyż nie przerzucał na wykonawcę niezdefiniowanego i nieograniczonego ryzyka konieczności wykonania robót w oparciu o wytyczne i uzgodnienia z podmiotami trzecimi, na których działalność wykonawca nie ma wpływu. W dniu 25 listopada 2021 r. Zamawiający udzielił wykonawcom odpowiedzi na pytanie nr 71 jednego z wykonawców, w którym wyłączył wiążący dla wykonawców charakter informacji dotyczących uzgodnień z gestorami sieci: „Zamawiający informuje, że materiały wiążące zostały zamieszczone w TOMIE III SIWZ. Zamawiający przypomina, że STEŚ-R został przekazany jedynie w celach poglądowych i Wykonawca może go wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko”. Odpowiedź na to pytanie jest nieprawdziwa w zakresie w jakim „przypomina, że STEŚ-R został przekazany jedynie

w celach poglądowych”. Zgodnie bowiem z informacją zawartą w PFU na stronie 32 pod tabelą 1.6 niewiążący dla wykonawców charakter mają informacje zawarte w tomie V SWZ – czyli zasadniczo także zawarte w STEŚ-R – ale za wyjątkiem informacji wskazanych w tabeli 1.6 PFU, zatem informacji zawartych w punkcie C.III STEŚ. Udzielając rzeczowej odpowiedzi, Zamawiający nie tylko nie potwierdził uprzednio obowiązującej treści opisu przedmiotu zamówienia, ale ją diametralnie zmienił. Dodatkowo, odpowiedź na pytanie 71, zmieniła treść SWZ w taki sposób, iż opis przedmiotu zamówienia zaczął naruszać art. 16 i art. 99 ust. 1 Pzp i art. 353¹ Kc. Przy poprzednim brzmieniu tego opisu, wykonawcy sporządzając ofertę, mogli przyjąć założenia wynikające (bezpośrednio albo chociaż pośrednio) z treści uzgodnień, opinii, porozumień z samorządami i gestorami sieci. W sytuacji natomiast, gdyby w rezultacie dokonywania nowych uzgodnień dokonywanych już przez wykonawcę zamówienia, a które to uzgodnienia różniłyby się znacząco od tych które Zamawiający umieścił w punkcie C.III STEŚ-R, a czego starannie działający wykonawca nie mógłby przewidzieć, tenże uprawniony byłby do stosownych roszczeń kontraktowych względem Zamawiającego. Publikacja odpowiedzi nr 71 zmieniła tę sytuację w sposób diametralny. Brak wiążącego charakteru informacji nt. uzgodnień z gestorami sieci *de facto* oznacza, iż Zamawiający nie przekazuje wykonawcom żadnych danych w tym zakresie. Narusza to w sposób oczywisty nakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący z uwzględnieniem podstawowych wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie ofert (art. 99 ust. 1 ustawy Pzp). To co wynika bowiem z przedmiotowych uzgodnień będzie miało istotny wpływ na kształt, rozmiar, charakter projektowanych, a następnie budowanych przez wykonawcę obiektów budowlanych. Treść tych uzgodnień ma zatem niebagatelne znaczenie na poziom kosztów związanych z wykonaniem zamówienia; poziom, który będzie prawdopodobnie stanowił istotną część budżetu przyszłego kontraktu.

Powyższe zaniechanie Zamawiającego należytego opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający wycenę oferty, narusza także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nakazujący prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W oparciu bowiem o opis przedmiotu zamówienia w aktualnym brzmieniu, z dużą dozą prawdopodobieństwa przewidzieć można, że poszczególni wykonawcy poczynią różne założenia co do tego jakie koszty wygenerują przyszłe uzgodnienia z gestorami sieci czy samorządami. Zatem zakres robót jaki mogą w wyniku obecnego stanowiska Zamawiającego zakładać oferenci może być znacząco różny. Złożone zostaną zatem oferty nieporównywalne. Brak zawarcia przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wytycznych co do założeń kosztowych wynikających z porozumień z osobami trzecimi, przy jednoczesnym przerzuceniu ryzyka ich ponoszenia w całości na wykonawców, narusza też właściwość (naturę) umowy cywilnoprawnej

(art. 353¹ Kc). Wykonawca nie może bowiem, sporządzając ofertę, określić jaki będzie przyszły zakres jego praw i obowiązków. Będą bowiem one zależne od stanowiska podmiotów trzecich na których działania i zaniechania wykonawca nie będzie miał żadnego wpływu. Jednocześnie Zamawiający stara się wyłączyć swą odpowiedzialność za skutki uzgodnień: skoro bowiem informacje z punktu C.III STES-R są niewiążące, zatem de facto nie istnieją, zatem utrudnionym będzie wysuwanie do Zamawiającego roszczenia wynikającego z istotnych rozbieżności między ww. informacjami, a tym co zostanie uzgodnione z gestorami czy jednostkami samorządu terytorialnego w trakcie wykonywania zamówienia. Z tego względu, w celu doprowadzenia treści SWZ do stanu zgodnego z prawem odpowiedź na pytanie 71 powinna zostać wykreślona w całości, bądź Zamawiający powinien w niej potwierdzić stanowisko wykonawcy zawarte w tym pytaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 grudnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosnie zarzutu 1. odwołania Zamawiający wskazał, iż zadanie „Projekt i budowa obwodnicy Bielska Podlaskiego w ciągu drogi krajowej nr 66 na odcinku od istn. DK19 do istn. DK66” jest realizowane w formule „Projektuj i Buduj”. W związku z powyższym zaprojektowanie i dobór odpowiedniego rozwiązania należy do Wykonawcy, przy czym ma on realizować zadanie zgodnie z zapisami SWZ, w tym PFU, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, zasadami wiedzy technicznej i Warunkami Kontraktu.

Zamawiający wskazał, że podtrzymuje, iż przekazane w tomie C.III uzgodnienia i warunki techniczne, dokonane w latach 2016 - 2017 nie są wiążące i służą tylko celom wyceny oferty. GDDKiA Oddział w Białymstoku (Zamawiający) zwraca uwagę, iż rozwiązania prezentowane w załączonej, niewiążącej koncepcji różnią się od wymagań zawartych w np. PFU. Obecnie Zamawiający nie wymaga np. wykonania dwupoziomowych przejazdów (wiaduktów) i zastąpił je skrzyżowaniami z ul. Dubiażyńską (DG 107270B), z ul. Zimowa Droga. Rozwiązania projektowe, muszą więc ulec znacznym zmianom, co będzie miało decydujące znaczenie na zakres koniecznych, nowych uzgodnień co jednocześnie czyni dotychczasowe uzgodnienia nieaktualnymi. Jak już zostało podniesione, uzgodnienia i warunki zostały wydane w latach 2016-2017. Z samego faktu upływu czasu wynika, iż warunki te nie mogą służyć do projektowania i konieczne jest uzyskanie przez Wykonawcę warunków aktualnych.

Zgodnie z PFU to do obowiązków Wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa w ramach niniejszego postępowania przetargowego, należy uzyskanie niezbędnych wymaganych prawem uzgodnień i pozwoleń.

Zamawiający, zgodnie z wymogiem §19 pkt 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (PFU) załączył do przetargu posiadane uzgodnienia i warunki, które z wymienionych powyżej powodów, nie są już uzgodnieniami wiążącymi. Zamawiający nie posiada innych danych i informacji, oprócz przekazanych. Niemniej jednak zaznaczyć należy, iż Zamawiający na etapie postępowania przetargowego przekazał koncepcję, gdzie jedynym elementem wiążącym są linie DŚU.

Zamawiający nie podziela zastrzeżeń Skarżącego, że nie ma możliwości przygotowania oferty. Zamawiający zwraca uwagę, iż zamówienie zostało ogłoszone jako zamówienie o zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego w postaci ok. 3 km. drogi krajowej nr 66. Wszystkie konieczne do uwzględnienia parametry planowanej inwestycji zostały opisane w PFU i załącznikach, zgodnie z wymaganiami powołanego rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2004 r. Zamawiający zwracał uwagę, iż §19 rozporządzenia mówi o części informacyjnej PFU. Posiadane uzgodnienia i warunki zostały przekazane jako posiadane informacje, gdyż z uwagi na zmiany wymagań oraz upływ czasu, oraz mając na uwadze możliwość zmiany rozwiązań przez Wykonawcę, nie mogą być one wiążące.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 7 grudnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 9 grudnia 2021 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności

ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 grudnia 2021 r. Izba wzięła pod uwagę złożone przez Odwołującego zestawienie własne przykładowych zmian wymagań inwestorów na kontraktach.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą Programu Funkcjonalno – Użytkowego stanowiącego tom III SWZ.

Z kolei Studium Techniczno - Ekonomiczno – Środowiskowe z elementami koncepcji programowej stanowiło tom V SWZ. Jak wynika z SWZ str. 3 – tom V stanowiły materiały informacyjne.

Zgodnie z punktem 1.1. PFU: *„Należy wykonać wszystkie niezbędne opracowania projektowe, uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego konieczne opinie i warunki techniczne, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla wykonania Kontraktu zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i Warunkami Kontraktu, wykonać roboty budowlane i uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzje o pozwoleniu na użytkowanie dla całego zakresu inwestycji.”*

Na stronie 31 PFU w tabeli nr 1.6. Zamawiający wskazał, że informacje o aktualnych uwarunkowaniach wynikających z posiadanych uzgodnień, opinii, porozumień np. z samorządami lub uzgodnień z gestorami sieci zawarte zostały w punkcie C.III STEŚ. Pod ww. tabelą Zamawiający podał, że: *„Z uwagi na różne terminy i szczegółowość opracowania powyższych dokumentów wszelkie rozbieżności pomiędzy nimi powinny być odczytywane i interpretowane w powyższej kolejności, z zastrzeżeniem, że wymagania opisane w niniejszym PFU są wymaganiami nadrzędnymi w stosunku do tych, które są określone w powyższych dokumentach. Materiały przekazane w TOM-ie V SWZ w zakresie niewymienionym powyżej oraz wszystkie inne materiały zawarte w TOM-ie V SWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.”*

W wyjaśnieniach z dnia 25 listopada 2021 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 71 o treści: *„MOSTY. Prosimy o potwierdzenie, że wszystkie uzgodnienia, opinie, porozumienia, uzgodnienia z gestorami sieci, itp., zawarte w STEŚ należy traktować jako wiążące.”* Zamawiający wskazał, że *„materiały wiążące zostały zamieszczone w TOMIE III*

SIWZ. Zamawiający przypomina, że STEŚ-R został przekazany jedynie w celach poglądowych i Wykonawca może go wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.”

Izba zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II. *petitum* odwołania podlegało umorzeniu wobec złożonego przez Odwołującego w piśmie z dnia 16 grudnia 2021 r. oświadczenia o wycofaniu zarzutu w ww. zakresie.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 16 i 99 ustawy Pzp i art. 353¹ Kc, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak również poprzez ukształtowanie treści przyszłej umowy w sposób naruszający właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego i przerzucenie na wykonawcę w całości ryzyka zaprojektowania i wybudowania elementów, których obowiązek wykonania oraz rozmiar i charakter będzie wynikał z uzgodnień z gestorami sieci lub jednostkami samorządu terytorialnego, przy jednoczesnym określeniu, że informacje posiadane przez Zamawiającego dotyczące tych uzgodnień i przekazane w SWZ (tom V SWZ, Studium Techniczno-Ekologiczno-Środowiskowe z elementami koncepcji programowej (STEŚ-R) część C.III) mają charakter niewiążący.

Stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W myśl art. 353¹ Kc, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu zauważyć należy, iż Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Tym samym zaprojektowanie i dobór odpowiedniego rozwiązania należy do wykonawcy, przy czym ma on realizować zadanie zgodnie z zapisami SWZ, w tym PFU, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, zasadami wiedzy technicznej i Warunkami Kontraktu. Dalej zauważyć należy, iż

we wstępnych postanowieniach PFU (pkt 1.1.) stanowiącego opis przedmiotu zamówienia Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wykonania wszystkich niezbędnych opracowań projektowych, uzyskania w imieniu i na rzecz Zamawiającego koniecznych opinii i warunków technicznych, wszelkich uzgodnień, pozwoleń, zezwoleń, decyzji i zgód niezbędnych dla wykonania Kontraktu zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i Warunkami Kontraktu, wykonania robót budowlanych i uzyskania w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla całego zakresu inwestycji. Powyższe postanowienie nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego za pomocą środków ochrony prawnej.

Następnie Izba wskazuje, iż w wyjaśnieniach treści specyfikacji z dnia 25 listopada 2021 r. (pyt. Nr 71) Zamawiający jednoznacznie przesądził jaki charakter ma STEŚ-R w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia stwierdzając, że „*STEŚ-R został przekazany jedynie w celach poglądowych i Wykonawca może go wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko*”. Powyższe wynikało z tego, że rozwiązania prezentowane w niewiążącej koncepcji różnią się obecnie od wymagań zawartych w PFU, a zatem rozwiązania projektowe będą musiały ulec zmianom, co przekłada się z kolei na konieczność uzyskania nowych uzgodnień, opinii itp. i nieaktualność dotychczasowych uzgodnień i warunków wydanych w latach 2016 – 2017. Wskazać należy, że brak jest na gruncie ustawy Pzp przeszkód, aby Zamawiający załączył do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dokumenty dotyczącego całego zadania inwestycyjnego, jak w niniejszym przypadku, gdzie przedmiotem zamówienia jest jedynie 3-kilometrowy fragment drogi krajowej nr 66 będący częścią projektu i budowy obwodnicy Bielska Podlaskiego. Zamawiający może nadać takim dokumentom charakter poglądowy, niewiązący, a przekazane dokumenty mogą ułatwić wykonawcom kalkulację ceny oferty, 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. Wskazać należy, iż to wykonawca z uwagi na przyjętą formułę kontraktu „zaprojektuj i wybuduj” zobowiązany będzie do określenia zakresu prac projektowych i budowlanych przy wybranym wariantcie i uzyskania wszystkich niezbędnych dokumentów i pozwoleń na realizację zadania.

Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby udostępniona przez Zamawiającego dokumentacja zamówienia uniemożliwiła Wykonawcy złożenie oferty, w tym kalkulację ryzyk związanych z realizacją kontraktu. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą PFU zawierającego parametry planowanej inwestycji. Z kolei załączone poglądowo dotychczasowe uzgodnienia i warunki z uwagi na zmiany wymagań oraz upływ czasu, jak również możliwość zmiany rozwiązań przez wykonawcę na etapie

projektowania, nie mogą być wiążące. Wobec czego zarzut naruszenia art. 16 i 99 ustawy Pzp i art. 353¹ Kc nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Wobec powyższego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 934 zł 32 gr stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (334,32 zł).

Przewodniczący: