

Sygn. akt: KIO 1750/14  
Sygn. akt: KIO 1755/14  
Sygn. akt: KIO 1756/14

**WYROK**  
z dnia 15 września 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 25 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **ASTALDI S.p.A., Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym**
- B. w dniu 25 sierpnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Porr (Polska) S.A., Porr Bau GmbH, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa**
- C. w dniu 25 sierpnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1750/14 i KIO 1755/14** po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A., Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1750/14** po stronie odwołującego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation EVRASCON, ul. św.**

- Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1750/14 i KIO 1755/14** po stronie odwołującego
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Heilit + Woerner Sp. z o.o., Mostostal Kraków S.A., ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1750/14 i KIO 1756/14** po stronie odwołującego
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Porr (Polska) S.A., Porr Bau GmbH, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1750/14** po stronie odwołującego
- F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SALINI POLSKA Sp. z o.o. Salini Impregilo S.p.A., Todini Construzioni Generali S.p.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., ul. Marszałkowska 72, 00-545 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1750/14, KIO 1755/14 i KIO 1756/14** po stronie odwołującego
- G. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **STRABAG Sp. z o.o., Budimex Budownictwo Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1750/14 i KIO 1755/14** po stronie odwołującego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołania.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ASTALDI S.p.A., Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym**, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Porr (Polska) S.A., Porr Bau GmbH, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ASTALDI S.p.A., Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym**, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Porr (Polska) S.A., Porr Bau GmbH, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

sygn. akt: **KIO 1750/14**  
**KIO 1755/14**  
**KIO 1756/14**

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, 03-808 Warszawa, ul. Mińska 25, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Projekt i budowa drogi ekspresowej S2 - Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska” do węzła „Lubelska” z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A” od węzła Puławska (bez węzła) do węzła Przyczółkowa (bez węzła) o długości ok. 4,6 km; Zadanie „B” od węzła Przyczółkowa (z węzłem) do węzła Wał Miedzeszyński (z węzłem) o długości ok. 6,5 km; Zadanie „C” od węzła Wał Miedzeszyński (bez węzła) do węzła Lubelska (bez węzła) o długości ok. 7,5 km”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający, dnia 14 sierpnia 2014 roku, przekazał wykonawcom zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

### KIO 1750/14

Dnia 25 sierpnia 2014 roku wykonawca Astaldi S.p.A. Via G.V. Bona 65; 00156 Rzym (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 Pzp i innych wskazanych w treści odwołania oraz wniósł o nakazanie zmiany treści s.i.w.z. w sposób, który nie będzie naruszał wskazanych przepisów.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że będąc uczestnikiem przedmiotowego postępowania posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, zgłosili przystąpienie:

- Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A., Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul Stawki 40, 01-040 Warszawa,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation EVRASCON, ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin,

- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Heilit + Woerner Sp. z o.o., Mostostal Kraków S.A., ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Porr (Polska) S.A., Porr Bau GmbH, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SALINI POLSKA Sp. z o.o. Salini Impregilo S.p.A., Todini Construzioni Generali S.p.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., ul. Marszałkowska 72, 00-545 Warszawa,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STRABAG Sp. z o.o., Budimex Budownictwo Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków.

Zamawiający, pismem z dnia 9 września 2014 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Ponadto zamawiający podniósł, iż dniu poprzedzającym termin rozprawy, tj. dnia 8 września 2014 roku, zmodyfikował, w części, treść dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

*Zamawiający w treści przekazanego SIWZ, w tym Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) zawarł wiele postanowień świadczących o niejednoznaczności dokonanego przez Niego opisu przedmiotu zamówienia utrudniającego wykonawcom złożenie oferty.*

*Oto przykładowe postanowienia, które ze względu na swoją niejednoznaczność w określeniu przyjętych do wykonania prac i robót budowlanych, utrudniają lub wręcz uniemożliwiają wykonawcom dokonanie rzetelnej wyceny, a tym samym złożenie oferty.*

*W SIWZ Tom I pkt 5 PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA ppkt 5.1 Zakres Robót Zadanie „A” pozycja 29 „Wykonanie wszelkich innych robót i opracowań, jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia” oraz analogicznie dla Zadania „B” pozycja 28. „Wykonanie wszelkich innych robót i opracowań, jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia” i dla Zadania „C” poz. 27. „Wykonanie wszelkich innych robót i opracowań, jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia”. Powyższe postanowienia zawierają określenia niekonkretne, niepozwalające na ustalenie rzeczywistego zakresu przedmiotu zamówienia, co uniemożliwia również rzetelne oszacowanie wszelkich możliwych kosztów jego wykonania, a zatem uniemożliwia wyliczenie ceny składanej oferty. Brak precyzyjnego wskazania zakresu zamówienia ma również wpływ na możliwość wykonania „wszelkich innych robót i opracowań” w terminie określonym przez Zamawiającego na wykonanie zamówienia, co z kolei naraża Odwołującego na poniesienie konsekwencji w postaci kar umownych.*

W PFU Tom III SIWZ pkt. 1.5.2.1. Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne tiret 7 do 9 (str. 93 i 94) „Trwają rozmowy mające na celu wypracowanie Porozumienia określającego zasady współpracy Stron tj. GDDKiA i Polnord S.A. przy realizacji Inwestycji polegającej na budowie drogi ekspresowej S2 Południowej Obwodnicy Warszawy na odcinku od węzła Puławska do węzła Lubelska w zakresie kolizji z rozwiązaniami wynikającymi z wydanych przez Prezydenta m.st. Warszawy decyzji:

a) Nr 236/W1L/09 z dnia 18.05.2009 r. zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę ulicy Zdrowej na odcinku od skrzyżowania z ul. Płaskowickiej do południowej granicy opracowania, oznaczonej na projekcie zagospodarowania terenu literami A-B-C-D-E-F-G-H-I-J-K-L-A, na działkach ew. nr 10, 2/57, 2/58, 2/59 z obrębu 1- 10-37 w Dzielnicy Wilanów w Warszawie,

b) Nr 169/WILK/10 z dnia 09.07.2010 r. zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę kanalizacji deszczowej w ulicy Zdrowej na południe od Południowej Obwodnicy Warszawy (trasy S2) na działkach o numerach ew. 2/58, 2/59, 5/1 z obrębu 1-10-37 w Dzielnicy Wilanów w Warszawie

GDDKiA niezwłocznie przekaże Wykonawcy jako dokument wiążący niniejsze Porozumienie - w przypadku gdy zostanie ono zawarte. W przypadku braku porozumienia się GDDKiA z firmą POLNORD do czasu zawarcia Umowy z Wykonawcą, Wykonawca przedstawi rozwiązanie sprawy, a po jego akceptacji przez Zamawiającego zaprojektuje i zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z ustaleniami.

- Trwają rozmowy mające na celu wypracowanie Porozumienia w sprawie uregulowania warunków realizacji przedmiotowej inwestycji w zakresie rozwiązań w rejonie węzła Ursynów Zachód z inwestycją prywatną. GDDKiA niezwłocznie przekaże Wykonawcy jako dokument wiążący niniejsze Porozumienie - w przypadku gdy zostanie ono zawarte oraz przekazuje dotychczasowe materiały projektowe jako załącznik do niniejszego PFU o charakterze informacyjnym.

- Trwają rozmowy mające na celu wypracowanie Porozumienia w sprawie uregulowania stanu prawnego działek usytuowanych w istniejącym pasie drogowym ul. Płaskowickiej, które w znacznej części nie są wykorzystywane przez m. st. Warszawa na cele związane z potrzebami ruchu drogowego a znajdują się w pasie terenu przeznaczonym pod budowę planowanego tunelu drogowego w ciągu S2 pod dzielnicą Ursynów m. st. Warszawy.

GDDKiA niezwłocznie przekaże Wykonawcy jako dokument wiążący niniejsze Porozumienie - w przypadku gdy zostanie ono zawarte.”.

Powyższe postanowienia stanowią o braku jasnych wytycznych, co do zakresu przedmiotu zamówienia na etapie przygotowywania i kalkulowania oferty a odnoszą się do stanu, który będzie miał miejsce w przyszłości. Uniemożliwia to dokonanie rzetelnej wyceny przygotowywanej oferty oraz powoduje olbrzymie ryzyko braku możliwości dochowania

wymaganego terminu realizacji, co jest zagrożone karami umownymi. Tymczasem, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wyraźnie precyzuje, jaki jest należyty sposób opisywania przedmiotu zamówienia. Mianowicie, 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.

Na stronie 340 PFU Tom III SIWZ część A pkt 1.1. Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu i zakres robót budowlanych część Zakres niezbędnej dokumentacji formalno-prawnej i projektowej a także na str. 256 PFU dla zadania B, Zamawiający wymaga od Wykonawcy uzyskania następujących decyzji:

„- Decyzja marszałka województwa w sprawie zwolnienia z zakazu Art 88n. (Prawo wodne ustawa z dnia 18 lipca 2001 r. Dz. U. z 2012 r. poz.145) wykonywania obiektów budowlanych w odległości mniejszej niż 50 m od stopy wału po stronie odpowietrznej.

- Decyzja regionalnego zarządu gospodarki wodnej zwalniająca z zakazów określonych w Art. 88 I. (Prawo wodne ustawa z dnia 18 lipca 2001 r. Dz. U. z 2012 r. poz.145) wykonywania urządzeń wodnych oraz budowy innych obiektów budowlanych na obszarach szczególnego zagrożenia powodzi.”

Stawiając powyższe wymagania Zamawiający przenosi na Wykonawcę odpowiedzialność za uzyskanie decyzji nadzwyczajnych wykraczających poza obowiązujące prawo wodne i wydawanych tylko w szczególnych okolicznościach. Są to ponadto kluczowe decyzje, bowiem od ich wydania uzależniona jest w ogóle możliwość wykonania zamówienia. Z powyższego powodu uzyskanie przedmiotowych decyzji powinno znajdować się po stronie Zamawiającego, który jest odpowiedzialny za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania. Powyższe decyzje, a przynajmniej warunki do ich wydania powinny zostać uzyskane przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, a najpóźniej na etapie postępowania i zostać przekazane wykonawcom w ramach SIWZ (PFU).

Przepisy jednoznacznie wskazują, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy też podkreślić, że Wymagania co do zawartości PFU są ściśle określone rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, natomiast Zamawiający w PFU nie zawarł wymaganych rozporządzeniem opisów, informacji i wytycznych, które składają się na opis przedmiotu zamówienia niezbędny dla zakresu „zaprojektuj i wybuduj”, a które są podstawą do obliczenia planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych, stanowiących zarówno podstawę określenia wartości zamówienia przez Zamawiającego, jak i ceny oferty, czyli wartości umowy. Zamawiający żąda uzyskania przez wykonawcę informacji, które zgodnie z rozporządzeniem powinny znajdować się już w PFU,

takich jak: porozumienia, zgody, warunki techniczne i lokalizacyjne związane z uzyskaniem zgód, wytyczne inwestorskie, itp. Są to czynności należące do fazy przedprojektowej, którą powinien wykonać Zamawiający, dla uzyskania danych do PFU- a w przedmiotowym postępowaniu spoczywają na wykonawcy.

Ponadto w SIWZ, w zakresie dotyczącym każdego z Zadań, znajdują się postanowienia niespójne. Oto przykładowe postanowienia:

Z jednej strony zgodnie z postanowieniami Aktu Umowy § 3 ust. 1 „Prace projektowe i Roboty wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie zostaną ukończone w ustalonym Czasie na Ukończenie, tj. (w przypadku ode. A) w ciągu 41 miesięcy od Daty Rozpoczęcia” natomiast ust. 2 stanowi, że „Do czasu realizacji Robót objętych niniejszą Umowa nie wlicza się okresów zimowych (tj. od 15 grudnia do 15 marca) Do czasu objętego projektowaniem wlicza się okresy zimowe (tj. od 15 grudnia do 15 marca)” w ust. 3 znajduje się definicja, zgodnie z którą „Datą Rozpoczęcia jest dzień zawarcia Umowy z Wykonawcą.” z drugiej zaś:

- a) w PFU pkt 1.5.2.1. Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne str. 100 tiret 2 zobowiązuje Wykonawcę do uwzględnienia w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej „kosztów wykorzystania technologii zezwalającej na prowadzenie Robót w sposób ciągły, również w okresie zimowym (np. dla obiektów mostowych Wykonawca powinien uwzględnić zastosowanie nagrzewanie namiotów oraz innych dostępnych środków umożliwiających betonowanie w obniżonych temperaturach). Każdorazowo przed przystąpieniem do Robót wykorzystujących powyższe technologie Wykonawca przedstawi Inżynierowi do zatwierdzenia Program Zapewnienia Jakości zawierający wymagania dla prowadzenia przedmiotowych Robót.”

Z postanowień Aktu Umowy wynika, że nie przewiduje się prowadzenia prac w okresach zimowych natomiast treść PFU świadczy o tym, że wykonawca powinien prowadzić prace w okresach zimowych. Wobec braku obowiązku prowadzenia prac w okresach zimowych przywołane postanowienia PFU powodują nieuzasadniony wzrost ceny ofertowej, gdyż Zamawiający nakazuje doliczenie „kosztów wykorzystania technologii” pozwalającej na prowadzenie prac w okresach zimowych.

- b) w SIWZ Tom I rozdział 2 Formularz Oferty dla Zadania A (odpowiednio dla Zadania B i C) pkt 4. „ZOBOWIĄZUJEMY SIĘ do wykonania zamówienia w terminie 41 miesięcy od daty zawarcia Umowy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Do terminu realizacji nie wlicza się okresów zimowych (od 15 grudnia do 15 marca).”

Z postanowień Aktu Umowy wynika, że okresów zimowych nie wlicza się do czasu wykonania zamówienia (Czasu na Ukończenie) tylko w odniesieniu do realizacji Robót natomiast czas objęty projektowaniem takiemu wyłączeniu nie podlega, natomiast z treści zobowiązania zawartego w Formularzu Oferty wynika, że okresów zimowych nie wlicza się w odniesieniu do wykonania całego zamówienia tj. zarówno Robót jak i prac projektowych.



*Ponadto, zgodnie z treścią Aktu Umowy, do obliczenia terminu wykonania zamówienia, określonego w niej, jako Czas na Ukończenie, Zamawiający używa pojęcia Data Rozpoczęcia. Zgodnie z definicją Daty Rozpoczęcia do czasu realizacji zamówienia wlicza się również dzień zawarcia umowy, podczas gdy sformułowanie zawarte w Formularzu Oferty tj. „od daty zawarcia umowy” wskazuje na inny sposób obliczenia czasu realizacji Umowy (zgodny z art. III § 2 k.c.), tj. polegający na tym, że dnia zawarcia umowy nie wlicza się do okresu realizacji Umowy. Stąd termin realizacji umowy liczony zgodnie z postanowieniami Aktu Umowy będzie o 1 dzień krótszy niż według postanowień zawartych w treści Formularza Oferty.*

*W Warunkach Szczególnych, w Subklauzuli 1.7 Cesja znajdują się poniższe postanowienia: „Obowiązek przedstawienia dowodu zaspokojenia wymagalnych płatności na rzecz wszystkich Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców nie dotyczy sytuacji, gdy wierzytelność przelewana będzie bezpośrednio na rzecz Podwykonawcy, Dostawcy lub Usługodawcy, którego wynagrodzenie byłoby regulowane ze środków objętych wierzytelnością będącą przedmiotem przelewu.”. Równocześnie, w postanowieniach Subklauzuli 14.3 Występowanie o Przejściowe Świadczenia Płatności, zawarto postanowienia: „Do Rozliczenia Wykonawca dołączy pisemne oświadczenia wszystkich Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców potwierdzające, że wymagalne, do końca okresu objętego Rozliczeniem płatności na ich rzecz zostały dokonane wraz z zestawieniem wystawionych przez nich wymagalnych faktur VAT oraz oświadczeniem Wykonawcy o dokonaniu wszystkich wymagalnych płatności na rzecz Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców. Wykonawca może zwolnić się z obowiązku przedłożenia oświadczenia Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców poprzez przedłożenie kopii wymagalnych faktur VAT Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców wraz z potwierdzeniem dokonania płatności oraz oświadczeniem Wykonawcy o dokonaniu wszystkich tych wymagalnych płatności na rzecz Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców.”*

*W przypadku skorzystania z uregulowań, o których mowa w Subklauzuli Cesja, tj. z możliwości zastosowania wariantu polegającego na zapewnieniu płatności bezpośrednio na rzecz Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców, z obecnych uregulowań zawartych w Subklauzuli 14.3 dotyczących Płatności częściowych wynika, że Wykonawca nadal ma obowiązek, choć powinien być z niego zwolniony, przedstawienia dowodu zaspokojenia wymagalnych płatności na rzecz wszystkich Podwykonawców, Dostawców lub Usługodawców, ponieważ w przeciwnym przypadku nie spełni warunków niezbędnych do wystawienia prawidłowego Świadczenia Płatności, a w konsekwencji nie otrzyma zapłaty od Zamawiającego.*

*Sporządzając opis przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć*

wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przygotowanie PFU niespełniającego wymagań Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp, oraz przepisy przedmiotowego rozporządzenia.

W PFU Tom III SIWZ pkt. 1.5.2.1. Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne tirety na str.98 i kolejnych.

W całym okresie lub w części okresu trwania kontraktu będzie on realizowany równocześnie z odcinkiem B. Wykonawca będzie zobowiązany do skoordynowania swoich działań z działaniami Wykonawców działającymi na tych odcinkach. Koordynacja powinna być uwzględniona na etapie sporządzania harmonogramów Robót, projektów budowlanych i wykonawczych, projektów organizacji Robót i organizacji ruchu na czas budowy. Wykonawca uzgodni z Wykonawcami sąsiednich odcinków i Inżynierem Kontraktu oraz Zamawiającym:

- sposób prowadzenia Robót na granicy odcinków pod względem organizacyjnym, czasowym i technicznym,
  - kolejność i miejsce prac w zakresie likwidacji i przebudowy urządzeń (ewentualne wspólne rozwiązania).
- Koordynacji wymagają Roboty ziemne. Należy zapewnić możliwość wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów na pozostałych odcinkach projektowanej trasy tj. na Zadaniu B i Zadaniu C - w porozumieniu z Wykonawcami tych Zadań. Należy zapewnić należyte pobieranie i magazynowanie gruntów z wykopów celem umożliwienia ich późniejszego wykorzystania, w szczególności na „zasypkę” tunelu drogowego. (...)
- Z uwagi na niewystarczającą przepustowość istniejącego systemu rowów i kanałów zakłada się, że wody budowlane odprowadzane będą do Wisły. Docelowe odprowadzenie wód opadowych z kolektorów deszczowych również odbywać się będzie do Wisły. Z tego też względu budowę odwodnienia należy rozpocząć od Wisły w kierunku zachodnim. Należy skoordynować z Wykonawcą Zadania B terminy wykonywania Robót związanych z budową kanalizacji deszczowej, zwłaszcza tłocznej.

Jeżeli nie będzie możliwe skoordynowanie budowy kolektorów deszczowych z Wykonawcą Zadania B. i Wykonawca zakończy budowę odwodnienia wcześniej to jest on zobowiązany do wybudowania, na swój koszt, tymczasowego kolektora odprowadzającego wody opadowe do Wisły lub zapewnienie innego sprawnego systemu odwodnienia.

Co do zasady obowiązek koordynacji prac spoczywa na Zamawiającym, który zatwierdza m.in. harmonogramy realizacji zamówienia. W przypadku powyższych postanowień obowiązek koordynacji prac został przerzucony jednak bezpośrednio na wykonawców

sąsiadujących odcinków, tymczasem zgodnie z postanowieniami Warunków Szczególnych Subklauzula 4.6 „Wykonawca zobowiązuje się, przy udziale Zamawiającego, do współpracy z wykonawcami sąsiednich odcinków lub innymi wykonawcami (np. systemów poboru opłat, Krajowego Systemu Zarządzania Ruchem itp.), celem minimalizowania utrudnień w zakresie realizacji Robót objętych opisem przedmiotu zamówienia w przypadku budowy kolektorów deszczowych. Istniejące postanowienia powodują przeniesie ryzyka związanego z niepowodzeniem uzgodnień dotyczących koordynacji prac pomiędzy wykonawcami sąsiednich odcinków z Zamawiającego na Wykonawców. Materializacja tego ryzyka w tym przypadku pociąga również dodatkowe konsekwencje dla Wykonawcy „Zadania A” w postaci zwiększenia zakresu koniecznych do wykonania prac oraz kosztów. Zamawiający nie opisuje również sposobu postępowania i zakresu obowiązków wykonawców w przypadku gdyby wprowadzonym postępowaniu nie doszło do wyboru wykonawcy Zadania „B” lub innych zadań. Generalnie zamawiający ma prawo zagwarantować sobie prawidłowy przebieg realizacji zamówienia, ale żaden z przepisów ustawy Pzp nie przewiduje prymatu interesów zamawiającego nad prawami wykonawców. Umowa o zamówienie publiczne powinna być oparta na zasadzie ekwiwalentności (UZP/ZO/0-645/04). Zamawiający może zaproponować wykonawcom treść przyszłej umowy, załączając jej wzór do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie może kształtować jej treści w sposób sprzeczny z ustawą, zasadami współżycia społecznego oraz naturą stosunku prawnego. Treść przyszłej umowy, jako element specyfikacji, podlega kontroli odwoławczej jak każde inne zachowanie zamawiającego, a zatem jej kształtowanie nie należy do sfery uprawnień wyłącznie przynależnych zamawiającemu.

Zamawiający w PFU Tom III SIWZ w pkt. 1.4.1.12. Organizacja ruchu postawił następujący wymóg: „Wykonawca zobowiązany jest zapewnić dwóch Audytorów BRD w celu współpracy z Zamawiającym, którzy posiadać mają aktualny Certyfikat Audytora Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego wydany przez właściwego Ministra.”

Co do zasady obowiązek wykonania audytu bezpieczeństwa ruchu spoczywa na Zamawiającym i Zamawiający powinien dysponować audytorami posiadającymi aktualne certyfikaty. Pozyskanie audytora BRD (a nawet dwóch) przez Wykonawcę nie było też wymagane na etapie składania wniosku, a zważywszy na uwarunkowania rynkowe jest to wymóg, który ogranicza swobodę konkurencji.

Zamawiający w Subklauzuli 4.2 Zabezpieczenie Wykonania, w odniesieniu do wszystkich Zadań, określił w następujący sposób termin zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy: „Zabezpieczenie Wykonania będzie zwrócone Wykonawcy w terminie 30 dni od daty wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia zgodnie zSubklauzulą 10.1 [Przejęcie Robót i Odcinków] i usunięcia wskazanych w Świadectwie Przejęcia Wad oraz drobnych zaległych prac, z zastrzeżeniem, iż Zamawiający pozostawi kwotę w wysokości 30% Zabezpieczenia

Wykonania na zabezpieczenie roszczeń z tytułu Rękojmi za Wady." Z kolei zgodnie z przywołaną klauzulą 10.1 Inżynier, w ciągu 28 dni od otrzymania wniosku od wykonawcy, zgodnie z literą (a) „zobowiązany jest wystawić Świadczenie Przejęcia, podając datę, z którą Wykonawca wykonał zobowiązania określone w Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończeniu]”.

Mając na względzie, że Czas na Ukończenie jest terminem określającym zakończenie wykonywania całego zakresu zamówienia Inżynier w imieniu Zamawiającego potwierdza należyte wykonanie zamówienia z datą podaną w Świadczeniu Przejęcia. Określając więc termin zwrotu zabezpieczenia jak datę wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia Zamawiający naruszył art. 151 ust. 1 Pzp. Ustawodawca ustanowił bowiem termin zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z treścią tego przepisu w następujący sposób: „Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane.”

W konsekwencji Wykonawca jest obciążony bardzo dużymi kosztami utrzymania gwarancji należytego wykonania ustanawianych na poziomie maksymalnym tj. 10% ceny oferty w ciągu kolejnych 28 dni ponad termin przewidziany w ustawie Pzp. Powyższe ma również bezpośredni wpływ na nieuzasadniony wzrost ceny ofertowej. Odwołujący wnosi więc o zmianę postanowienia, o którym mowa w Subklauzuli 4.2 na „Zabezpieczenie Wykonania będzie zwrócone Wykonawcy w terminie 30 dni od daty wskazanej w ostatnim Świadczeniu Przejęcia.”.

Wykonawca w terminie złożenia oferty na podstawie przekazanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia nie jest w stanie dokonać rzetelnej kalkulacji wszystkich niezbędnych do wykonania prac i ocenić ryzyka związanego chociażby z wydaniem zezwolenia na odstępstwo od przepisów wodnoprawnych, a tym samym przygotować rzetelnej oferty, która byłaby porównywalna z pozostałymi złożonymi w przedmiotowym postępowaniu.

Przystępujący poparli stanowisko odwołującego.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Zamawiający przedstawia swoje stanowisko.

Ad 1) uzasadnienia odwołania - SIWZ Tom I pkt 5 IDW ppkt 5.1 Zakres Robót Zadania „A” poz. 29, Zadanie B poz. 28 oraz Zadanie „C” poz. 27.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zapisu SIWZ Tom I pkt 5 IDW ppkt 5.1 Zakres Robót Zadania „A” poz. 29, Zadanie B poz. 28 oraz Zadanie „C” poz. 27 Zamawiający wskazuje, iż sformułowany zarzut jest spóźniony i jako taki podlega odrzuceniu. Skarżony zapis tj. „wykonanie wszelkich innych robót i opracowań, jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia” znajdował się w ogłoszeniu o zamówieniu 2013/S 247-

429953 sekcja II. 1.5) zadanie A poz. 29 zadanie B poz. 28 zadania C poz. 27. Przedmiotowy zapis nie został wówczas zaskarżony. Ponadto należy wskazać, że w zaskarżonym postanowieniu chodzi o roboty które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek ostatecznych rozwiązań technicznych opracowanych przez Wykonawcę na podstawie założeń projektowych w granicach dozwolonych w PFU.

Ad 2) uzasadnienia odwołania - Tom III SIWZ - PFU pkt 1.5.2.1. tiret 7-9

W tirecie 7 Zamawiający opisał istniejący stan faktyczny związany z dwiema ostatecznymi decyzjami Prezydenta m.st. Warszawy w zakresie budowy ul. Zdrowej oraz kanalizacji deszczowej w ul. Zdrowej wydanymi dla podmiotu trzeciego. Zamawiający w PFU chciał jednoznacznie wskazać wykonawcy na potencjalne problemy, które mogą być związane z realizacją zamówienia. Tym samym wykonawca powinien na etapie składania oferty wziąć pod uwagę przedmiotowe ryzyko, oszacować je i wycenić. Wobec czego należy uznać, iż zawarcie przedmiotowego stanu faktycznego w OPZ stanowi wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. Zamawiający dążąc do podpisania porozumienia ze spółką Polnord chce ułatwić wykonawcy realizację zamówienia. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, iż przedmiotowe decyzje nie będą mieć wpływu na wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (dalej ZRID) dla robót objętych przedmiotowym zamówieniem. Wobec powyższego zarzut wykonawcy należy uznać za bezzasadny i powinien on zostać oddalony.

W tirecie 8 Zamawiający opisał istniejący stan faktyczny związany z planowaną do realizacji w ramach zamówienia inwestycją dla podmiotu trzeciego oraz załączył do SIWZ załącznik graficzny ilustrujący dokładny zakres inwestycji dla podmiotu trzeciego. Przedmiotowe porozumienie ma jedynie dotyczyć zasad partycypacji podmiotu trzeciego w kosztach realizacji zamówienia w tym zakresie. Tym samym należy uznać, iż zawarcie przedmiotowego stanu faktycznego w OPZ stanowi wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. Wobec czego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony.

W tirecie 9 Zamawiający opisał istniejący stan faktyczny związany nierozdzielnie z postępowaniem w sprawie uzyskania przez Wykonawcę dla Zamawiającego decyzji ZRID. Przedmiotowe Porozumienie w żaden sposób nie wpływa na realizację zamówienia, a ma jedynie na celu zasygnalizowanie wykonawcy, iż w trakcie postępowania o udzielenie decyzji ZRID część czynności faktycznych będzie wykonywanych nie na gruntach będących własnością podmiotów trzecich, a Skarbu Państwa będących w trwałym zarządzie GDDKiA. Tym samym należy uznać, iż zawarcie przedmiotowego stanu faktycznego w OPZ stanowi wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. Wobec czego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony.

*Ad 3) uzasadnienia odwołania - Tom III SIWZ - PFU część A pkt 1.1.*

*W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 08.09.2014 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1).*

*Ponadto Wykonawca zarzucił Zamawiającemu zawarcie w SIWZ niespójnych postanowień: Ad pkt 1 lit. a (strona 5 odwołania).*

*W odniesieniu do zarzutu sprzeczności postanowień Aktu Umowy (§3 ust. 1) oraz pkt 1.5.2.1 PFU w zakresie prowadzenia prac w okresie zimowym Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca nie ma obowiązku prowadzenia robót w okresie 15 grudnia - 15 marca. Niemniej jednak z uwagi na technologię prowadzenia robót lub uprawnienie Wykonawcy do prowadzenia robót również w okresach zimowych Zamawiający oczekuje od wykonawcy uwzględnienia w ofercie kosztów z tym związanych.*

*Wobec powyższego przedmiotowy zarzut należy uznać za bezzasadny. Postanowienia SIWZ w przedmiotowym zakresie są spójne.*

*Ad pkt 1 lit. b (strona 6 odwołania).*

*Zamawiający wskazuje, iż postanowienia umowy oraz ich ew. niespójności należy interpretować zgodnie z hierarchią dokumentów, o której stanowi § 2 ust. 2 Aktu Umowy. Ponadto zgodnie z definicją zawartą w SIWZ TOM II Rozdział 5 Warunki Szczególne Kontraktu dla zadań A, B i C „Data Rozpoczęcia” oznacza datę zawarcia Umowy przez obie Strony. Termin rozpoczęcia realizacji zamówienia zatem jest spójnie określony w SIWZ.*

*Ad pkt 2 (strona 6 odwołania).*

*W ocenie Zamawiającego zarzut dot. naruszenia przez subklauzulę 1.7 Szczególnych Warunków Kontraktu (dalej SWK) art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 2 i 3 Pzp jest niezrozumiały.*

*Przede wszystkim należy zauważyć, iż subklauzula 1.7 nie jest częścią PFU i nie składa się na opis przedmiotu zamówienia, a tym samym nie ma do niej zastosowania rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Subklauzula 1.7 SWK jest ściśle powiązana z art. 509 § 1 k.c. Bez przedmiotowego postanowienia umownego wykonawca mógłby przenieść wierzytelności objęte Umową na inny podmiot bez zgody Zamawiającego, co w konsekwencji, z uwagi m.in. na treść art. 647(1) k.c. oraz art. 143a-143c Pzp, mogłoby się odbyć ze szkodą dla Zamawiającego oraz podwykonawców, dostawców i usługodawców wykonawcy. Ponadto Zamawiający wskazuje, iż nie ma sprzeczności pomiędzy subklauzulą 1.7, a subklauzulą 14.3 SWK. Umowę należy stosować i interpretować w całości, a nie w częściach. W sytuacji, w której wykonawca, dokonał zgodnie z subklauzulą 1.7 cesji wierzytelności z Umowy na rzecz podwykonawcy, usługodawcy i dostawcy i nie dołącza do wniosku o PŚP oświadczeń podwykonawców,*

usługodawców i dostawców, to wówczas występując o PŚP zgodnie z subklauzulą 14.3 może powołać się na dokonaną cesję obejmującą wiarygodności tych podmiotów związane z robotami objętymi wnioskiem o PŚP.

*Ad pkt 3 (strona 8 odwołania) - Tom III SIWZ - PFU, pkt 1.5.2.1.*

*W ocenie Zamawiającego postanowienia SIWZ dot. obowiązku skoordynowania przez wykonawców sąsiednich odcinków prac wskazanych w PFU jest określony w sposób jasny, precyzyjny i wyczerpujący oraz z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców (uczciwej konkurencji). Zamawiający tworząc SIWZ jest uprawniony do nałożenia przedmiotowego obowiązku na wykonawców, a wykonawcy są zobowiązani ten obowiązek oszacować i uwzględnić w ofercie. Przedmiotowe postanowienie PFU nie jest również sprzeczne z subklauzulą 4.6 SWK, a stanowi dodatkowy obowiązek wynikający ze specyfiki Kontraktu i jego wyjątkowo skomplikowanego charakteru.*

*Dodatkowo Zamawiający informuje, że dokonał zmiany SIWZ, tj. TOM III, Rozdział I - Część opisowa, podrozdział 1.5.2.1.*

*Ad II (strona 9 odwołania) - Tom III SIWZ - PFU, pkt 1.4.1.12.*

*Zarzut odwołującego dot. obowiązku zapewnienia przez wykonawcę dwóch audytorów BRD jest bezpodstawny. Zamawiający jest w pełni uprawniony do nałożenia na wykonawców przedmiotowego obowiązku. Zamawiający nałożył na wykonawców jedynie obowiązek zapewnienia dwóch audytorów BRD w celu współpracy z Zamawiającym. Taki obowiązek nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jest on także jasny i precyzyjny.*

*Ad III (strona 9 odwołania) - subklauzula 4.2 SWK.*

*Zarzut odwołującego dot. terminu zwrotu 70% zabezpieczenia jest bezpodstawny. Zgodnie z art. 151 ust. 1 Pzp Zamawiający zwraca 70% wartości zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia łącznego spełnienia dwóch warunków: (i) wykonania zamówienia przez wykonawcę oraz (ii) uznania przez Zamawiającego, że zamówienie zostało wykonane należyście. Dopiero w momencie usunięcia przez Wykonawcę wszystkich wad oraz drobnych prac zaległych wskazanych w Świadectwie Przejęcia Zamawiający uznaje należyte wykonanie zamówienia. Od tej daty należy liczyć 30-dniowy termin, o którym mowa w art. 151 ust. 1 Pzp oraz subklauzuli 4.2 SWK. Subklauzula 4.2 SWK w sposób jasny, precyzyjny oraz wyczerpujący określa, co Zamawiający rozumie przez pojęcie należytego wykonania zamówienia warunkujące zwrot 70% wartości zabezpieczenia. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż to jedynie od Wykonawcy zależy sam fakt powstania wad oraz drobnych prac zaległych ujętych w Świadectwie Przejęcia oraz ew. termin usunięcia tych wad i drobnych prac zaległych.*

## **KIO 1755/14**

Dnia 25 sierpnia 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PORR S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa oraz PORR BAU GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego obejmującej sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu w Zadaniu A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 52 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi - poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty i w konsekwencji także naruszenie przez Zamawiającego obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami. Powyższe uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym odwołującemu, złożenie ofert, względnie skutkować będzie złożeniem przez nich ofert nierzetelnych i nieprawidłowo skalkulowanych,
- 2) art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, art. 140 PZP, art. 144 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r., poz. 121, ze zm.) („KC”) w związku z przyjęciem w Tomie IV SIWZ - Wykazie płatności dla Zadania A (str. 2), że Wykonawca zobowiązany jest wycenić także „koszty sugerowane”, które to stwierdzenie poprzez użycie określenia „sugerowane” czyni je niejednoznacznym, nieuwzględniającym wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, niepozwalającym wykonawcy na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia. Powyższe stwierdzenie umożliwia ponadto zamawiającemu jednostronne modyfikowanie zakresu świadczenia wykonawcy a przez to również wysokości wynagrodzenia, jakie może otrzymać wykonawca, w związku z przyjęciem, że wykonawca zobowiązany jest ponieść sugerowane koszty realizacji zamówienia bez jakiegokolwiek dookreślenia (doprecyzowania) tego pojęcia,
- 3) art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, art. 7 PZP, a także art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 KC - poprzez zawarcie w treści SIWZ postanowień niejednoznacznych oraz nieprecyzyjnych, niepozwalających wykonawcy na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz do złożenia w przedmiotowym postępowaniu nieporównywalnych ofert, w związku z przyjęciem, że:



- 3.1. w ramach Kamienia Milowego nr 1 (subklauzula 8.13 Wymagana Minimalna Ilość Wykonania oraz 8.14 Niedotrzymanie Minimalnej Wymaganej Ilości Wykonania Warunków Szczególnych Kontraktu) w ciągu 2 miesięcy od Daty Rozpoczęcia tj. od dnia zawarcia umowy o zamówienie publiczne wykonawca zobowiązany jest wykonać i uzyskać akceptację Zamawiającego dla Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem, przy czym w świetle zapisów pkt. 5 Specyfikacji na Projektowanie - SP. 00.00.00 Wymagania Ogólne dla Dokumentów Wykonawcy dotrzymanie powyższego terminu nie jest możliwe,
- 3.2. w ramach realizacji Kamienia Milowego nr 3 (subklauzula 8.13 Wymagana Minimalna Ilość Wykonania oraz 8.14 Niedotrzymanie Minimalnej Wymaganej Ilości Wykonania Warunków Szczególnych Kontraktu), wykonawca zobowiązany jest złożyć wniosek o wydanie zezwolenia na realizację inwestycji drogowej lub pozwolenia na budowę („ZRID”) w terminie oznaczonym jako 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, przy czym termin ten został oznaczony również datą kalendarzową tj. do 1 grudnia 2015 r., czego skutkiem jest narażenie wykonawców, w świetle braku możliwości ustalenia w czasie sporządzania oferty Daty Rozpoczęcia, na niezależne od nich opóźnienia powodujące ryzyko zapłaty kar umownych wskutek wyznaczenia zbyt krótkiego czasu na realizację tego zobowiązania,
- 3.3. na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU”) (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 94), wykonawca zobowiązany jest przedstawić do akceptacji Zamawiającego rozwiązanie określające zasady współpracy Zamawiającego oraz spółki Polnord S.A. z siedzibą w Gdyni („Polnord”) przy realizacji inwestycji będącej przedmiotem niniejszego zamówienia w zakresie kolizji z rozwiązaniami wynikającymi z wydanych przez Prezydenta m.st. Warszawy decyzji administracyjnych wskazanych w PFU w przypadku braku porozumienia pomiędzy Zamawiającym a Polnord. Dodatkowo, zgodnie z zapisami PFU Zamawiający prowadzi rozmowy mające na celu wypracowania Porozumień dotyczących uregulowania warunków realizacji inwestycji w rejonie węzła Ursynów Zachód oraz uregulowania stanu prawnego działek w pasie drogowym ul. Płaskowickiej. Powyższe zapisy prowadzą do bezprawnego przerwania na wykonawcę odpowiedzialności przypisanej z mocy prawa Zamawiającemu i do ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodując rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, przenosząc także na wykonawcę na etapie sporządzania oferty obowiązek dysponowania wiedzą wykraczającą poza kompetencje wymagane od wykonawcy w przypadku

- realizacji przedmiotowego zamówienia, jak również powodują brak możliwości rzetelnej wyceny oferty oraz skutkują naruszeniem art. 647 KC,
- 3.4. na podstawie PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98), wykonawca zobowiązany jest zapewnić możliwość wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów na pozostałych odcinkach projektowanej trasy tj. na Zadaniu B i Zadaniu C - w porozumieniu z wykonawcami tych zadań, które to zobowiązanie jest nieprecyzyjne i nie dookreśla, na czym w rzeczywistości miałyby polegać świadczenie wykonawcy, co nie pozwala wykonawcy na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia oraz może być sprzeczne z przepisami dotyczącymi ochrony środowiska,
  - 3.5. na podstawie PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 99), wykonawca może być zobowiązany do poniesienia dodatkowych kosztów związanych z wybudowaniem tymczasowego kolektora odprowadzającego wody opadowe do Wisły lub zapewnieniem innego sprawnego systemu odwodnienia na wypadek gdyby wykonawca zakończył budowę odwodnienia wcześniej niż wykonawca Zadania B, a nieprecyzyjny sposób sformułowania powyższych zapisów PFU uniemożliwia prawidłową wycenę oferty wykonawcy,
  - 3.6. na podstawie PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 101), wykonawca zobowiązany jest w sposób nieprecyzyjny i sprzeczny z art. 758 i 759 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego („KPC”) oraz ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji do udziału w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości, na której mają być realizowane roboty objęte umową z Zamawiającym, a także zapewnić niezbędne zasoby do takiego przejęcia,
  - 3.7. na podstawie PFU (punkt 2.1.13.2. Wyposażenie tunelu, str. 182 oraz pkt. 2.1.14.4 System Zarządzania Ruchem str. 249), wykonawca zobowiązany jest na etapie sporządzania projektu wykonawczego wykonać symulację funkcjonowania zastosowanych systemów i instalacji w środowisku testowym, a systemy powinny być opracowane, wdrożone oraz przejść testy skuteczności, co najmniej na 3 miesiące przed oddaniem tunelu do ruchu lecz nie później niż 31 października 2018 r., przy czym wyznaczony przez Zamawiającego termin realizacji testów, przy założeniu, że wykonawca Zadania A odpowiada również za realizację systemu w Zadaniu B i C należy uznać za niemożliwy do osiągnięcia,
  - 3.8. na podstawie PFU (punkt 2.1.14.1. Stała organizacja ruchu, str. 238), wykonawca może być zobowiązany do zastosowania opisanego w przygotowanym przez Zamawiającego projekcie zmian do Rozporządzenia (zgodnie z zamieszczonymi

w PFU wzorami) oznakowania pionowego jako doświadczalnego/eksperymentalnego, przy czym tak sformułowane zapisy PFU uniemożliwiają jednoznaczne ustalenie, która formę oznakowania wykonawca powinien wycenić w ofercie,

- 3.9. na podstawie PFU (punkt 2.2.1 Zakres dokumentacji projektowej, str. 351 PFU), wykonawca zobowiązany jest do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz przygotować stosowny wniosek oraz wszelkie niezbędne opracowania zgodnie z ustawą z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz.1227 z późn. zm.).

Odwołujący wniosk o:

1. Merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości.
2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem.
3. Nakazanie zamawiającemu stosownej modyfikacji s.i.w.z. poprzez:
  - 3.1. określenie terminu składania ofert w postępowaniu na dzień 10 grudnia 2014 r.,
  - 3.2. wykreślenie z Tomu IV SIWZ - Wykazu płatności dla Zadania A (str. 2) sformułowania „*czy też sugerowanych*”,
  - 3.3. zmianę zapisów PFU poprzez wyznaczenie dla Kamienia Milowego nr 1 terminu realizacji wynoszącego 3 miesiące od Daty Rozpoczęcia dla wykonania i przedłożenia Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem oraz 5 miesięcy dla zaakceptowania Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem oraz odpowiedniego wydłużenia terminów realizacji kolejnych Kamieni Milowych, jeżeli okaże się to konieczne w związku ze zmianą terminów realizacji Kamienia Milowego nr 1;
  - 3.4. wykreślenie z harmonogramu realizacji Kamienia Milowego nr 3 sformułowania dotyczącego daty kalendarzowej: „*lecz nie później niż do 1.12.2015 r.*” dla wydania decyzji o ZRID/pozwolenia na budowę;
  - 3.5. wykreślenie z PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 94) zobowiązania wykonawcy do określenia zasad współpracy Zamawiającego oraz Polnord oraz zobowiązania Zamawiającego do zmiany zapisów PFU poprzez szczegółowe sformułowanie zapisów dotyczących ustaleń (obowiązków) pomiędzy Zamawiającym oraz Polnord jak również Zamawiającym oraz dysponentami nieruchomości w rejonie węzła Ursynów Zachód oraz nieruchomości w pasie drogowym ul. Płaskowickiej, w szczególności poprzez szczegółowe wskazanie działek/nieruchomości, w sposób pozwalający na jednoznaczną wycenę ryzyk i zobowiązań wykonawcy w jego ofercie oraz zobowiązania Zamawiającego do wydania terenu budowy,

3.6. doprecyzowanie PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98), w ten sposób, że wszelkie koszty wynikające z wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów na pozostałych odcinkach projektowanej trasy tj. na Zadaniu B i Zadaniu C, oraz odpowiedzialność za uzyskanie stosownych pozwoleń i decyzji administracyjnych ponosić będą wykonawcy tych odcinków,

3.7. zmianę PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 99), w ten sposób, że koszty wykonawcy związane z wybudowaniem tymczasowego kolektora odprowadzającego wody opadowe do Wisły lub zapewnieniem innego sprawnego systemu odwodnienia będą w całości pokryte przez Zamawiającego w ramach dodatkowego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji tych prac nieobjętych pierwotnym zakresem zamówienia,

3.8. wykreślenie z PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 100), sformułowania, że „wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie w nim uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby tj. zasoby umożliwiające wstęp na ogrodzoną nieruchomość i otwarcie budynków (zasoby ludzkie oraz narzędzia, np. szlifierka kątowa, łom), zasoby umożliwiające odłączenie mediów (zasoby ludzkie - personel posiadający stosowane uprawnienia branżowe oraz narzędzia). Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia Robót (pierwszych czynności w ramach Robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia Robót, Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela / użytkownika wieczystego / władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić Roboty na danej działce, jednak właściciel / użytkownik wieczysty / władający uniemożliwił wykonanie tych Robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu.”,

3.9. doprecyzowanie PFU (punkt 2.1.13.2. Wyposażenie tunelu, str. 182), w ten sposób, że wykonawca zobowiązany będzie na etapie projektu wykonawczego wykonać symulację funkcjonowania zastosowanych systemów i instalacji w środowisku testowym jedynie dla Zadania A lub poprzez wykreślenie odniesienia do realizacji testów w terminie do 31 października 2018 roku;

3.10. doprecyzowanie PFU (punkt 2.1.14.1. Stała organizacja ruchu, str. 238) poprzez jednoznaczne określenie jakiego typu oznakowanie winien wykonać wykonawca;

3.11. wykreślenie z PFU (punkt 2.2.1 Zakres dokumentacji projektowej, str. 351 PFU), sformułowania: „Wykonawca uzyska następującą dokumentację formalno-prawną

obejmującą m.in.: (...) Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem wniosku i wszelkich niezbędnych opracowań (ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko Dz. U Nr 199, poz.1227 z późn. zm.).”.

4. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wnosząc odwołanie, gdyż ewentualne naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, w wyniku ustalenia niewłaściwej treści s.i.w.z., istotnie mogłoby ograniczyć możliwości odwołującego w złożeniu właściwej oferty. Na obecnym etapie postępowania, kiedy jeszcze nie nastąpiło złożenie ofert, wykonawca zaproszony do ich składania, a tym samym deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wskazany interes odwołującego wywodzi się z potencjalnej szkody, którą wykonawca może ponieść wskutek sformułowania postanowień s.i.w.z. w sposób sprzeczny z przepisami prawa. Działania zamawiającego mają negatywny wpływ na możliwość złożenia przez odwołującego konkurencyjnej oferty, wobec czego jego interes w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający prawidłowo i w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz w sposób jednoznaczny, pełny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty określił opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu, to wówczas odwołujący mógłby wziąć w nim udział, dotrzymując także ustalonych terminów składania ofert. W takiej sytuacji, oferta odwołującego mogłaby otrzymać największą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert i mogłaby uzyskać w konsekwencji status oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe niezbicie dowodzi wykazania przesłanek z art. 179 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, zgłosili przystąpienie:

- Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation EVRASCON, ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin,

- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SALINI POLSKA Sp. z o.o. Salini Impregilo S.p.A., Todini Construzioni Generali S.p.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., ul. Marszałkowska 72, 00-545 Warszawa,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia STRABAG Sp. z o.o., Budimex Budownictwo Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków.

Zamawiający, pismem z dnia 9 września 2014 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Ponadto zamawiający podniósł, iż dniu poprzedzającym termin rozprawy, tj. dnia 8 września 2014 roku, zmodyfikował, w części, treść dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

*Zarzut dotyczący terminu składania ofert w Postępowaniu.*

*Zamawiający wyznaczył termin składania ofert w Postępowaniu na dzień 10 października 2014 r. Zdaniem Odwołującego, zważywszy na złożoność przedsięwzięcia inwestycyjnego będącego przedmiotem Postępowania, wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert jest zbyt krótki. Nie uwzględnia on bowiem wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty (wymóg wynikający wprost z art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE). Wskazana okoliczność uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, co najmniej złożenie rzetelnie i prawidłowo sporządzonej oferty. Nie ulega wątpliwości, że w Postępowaniu mamy do czynienia z wyjątkowo skomplikowanym zamówieniem, którego rzetelna wycena w wyznaczonym w SIWZ czasie nie jest możliwa. Mamy bowiem również do czynienia z zamówieniem na zaprojektowanie i budowę, co oznacza to, że wykonawca zmuszony jest oszacować ilości robót samodzielnie. Konieczne jest przeprowadzenie prac przedprojektowych, a te czynności wymagają czasu, zwłaszcza, że mamy do czynienia z bardzo dużym złożonym wielobranżowym zamówieniem. Co więcej, zgodnie z formularzem ofertowym wykonawca ma obowiązek jednoznacznego potwierdzenia, iż zapoznał się z SIWZ oraz wyjaśnieniami i zmianami do SIWZ, a zgodnie z Tomem IV - Wykaz Płatności Zamawiający sam wskazał, iż wykonawca winien dokładnie przestudiować wszystko, co zostało zawarte w SIWZ, aby przygotować swoją propozycję Ceny Oferty, co w przypadku przedmiotowego Postępowania wymaga czasu znacząco przekraczającego termin określony przez Zamawiającego. W konsekwencji termin wyznaczony przez Zamawiającego jest terminem nieadekwatnym do zakresu czynności i prac, jakie wykonawca musi wykonać jeszcze przed składaniem ofert, a które są niezbędne dla oszacowaniu ceny oferty. Termin minimalny w tym Postępowaniu w żadnym razie nie pozwala na należyte skalkulowanie ceny oferty. Na dowód trafności*

swoich zarzutów Odwołujący powołuje wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r. sygn. akt. KIO 1535/12.

Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego określenia zobowiązania do ponoszenia sugerowanych kosztów przez wykonawcę.

**Zamawiający w Tomie IV SIWZ - Wykazie płatności dla Zadania A (str. 2) zawarł sformułowanie zgodnie, z którym** „Wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych (...), objętych każdą częścią niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I-IV i że stosownie do nich wycenił wszystkie pozycje.”. Według Odwołującego, wskazany powyżej zapis narusza art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, art. 140 PZP, art. 144 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> KC. Zważywszy, że Zamawiający w żaden sposób nie dookreślił, na czym miałyby polegać „sugerowane koszty”, które wykonawca zobowiązany jest wycenić w swojej cenie ofertowej, należy uznać, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w tym zakresie w sposób nieprecyzyjny i może on na etapie realizacji zamówienia budzić uzasadnione rozbieżności interpretacyjne. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że opis przedmiotu zamówienia powinien być zrozumiały dla wszystkich wykonawców w taki sam sposób, tak aby nie rodził on jakichkolwiek rozbieżności interpretacyjnych. Musi być on sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i nie budzący w żadnym zakresie wątpliwości. Celem powyższego jest umożliwienie bowiem wykonawcom prawidłowego sporządzenia i skalkulowania oferty. W świetle powyższego, trudno byłoby przyjąć, że wskazany zapis SIWZ spełnia wymagania PZP w przedmiocie opisu przedmiotu zamówienia.

Zarzut dotyczący braku możliwości osiągnięcia Kamienia Milowego nr 1.

Zgodnie z zapisami subklauzuli 8.13 Wymagana Minimalna Ilość Wykonania oraz 8.14 Nietrzymanie Minimalnej Wymaganej Ilości Wykonania Warunków Szczególnych Kontraktu) wykonawca jest zobowiązany w ciągu 2 miesięcy od Daty Rozpoczęcia tj. od daty zawarcia umowy o zamówienie publiczne, wykonać i uzyskać akceptację Zamawiającego dla Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem, a nieosiągnięcie powyższego terminu skutkuje naliczeniem kar umownych. Zgodnie natomiast z zapisami pkt. 5.1 (d) Specyfikacji na Projektowanie - SP. 00.00.00 Wymagania Ogólne dla Dokumentów Wykonawcy - nadzór nad procesem projektowym - wykonawca jest zobowiązany uzgadniać dokumentację z Zamawiającym na posiedzeniach ZOPI/KOPI, oraz ma obowiązek przekazać projekt dokumentacji Zamawiającemu co najmniej 30 dni przed planowanym spotkaniem. W dalszej kolejności, zgodnie z pkt. 6.4 (e) Procedury odbioru częściowego i końcowego przedstawiciel Zamawiającego winien dokonać odbioru dokumentacji w ciągu 21 dni, a w przypadku zlecenia przez Zamawiającego opinii do opracowań projektowych w ciągu 56 dni od daty przekazania dokumentów do odbioru przez wykonawcę. Dodatkowo, zgodnie z pkt. 2.1.14.4. System Zarządzania Ruchem - litera c str. 254 PFU, prace projektowe dodatkowo wymagają

koordynacji z wykonawcami pozostałych odcinków inwestycji tj. Zadania B i C oraz współpracy z Zamawiającym i Inżynierem. Biorąc pod uwagę 2 miesięczny termin na wykonanie Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem, co warunkuje osiągnięcie Kamienia Milowego nr 1 oraz terminy dotyczące uzgadniania i odbiorów dokumentacji oraz obowiązek współpracy z wykonawcami Zadania B i Zadania C oraz Inżynierem nie jest możliwe sporządzenie Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów PFU poprzez wyznaczenie dla Kamienia Milowego nr 1 terminu realizacji wynoszącego 3 miesiące od Daty Rozpoczęcia dla wykonania i przedłożenia Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem oraz 5 miesięcy dla zaakceptowania Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem.

Zarzut dotyczący nieprawidłowego oznaczenia terminu do złożenia wniosku o wydanie ZRID - Kamień Milowy nr 3.

Zgodnie z przepisami PZP przedmiot zamówienia, a więc również kwestie związane z terminem realizacji 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. Niewątpliwie okres, w którym dane zamówienie ma być realizowane i określenie szczególnych regulacji w tym zakresie ma znaczenie dla sporządzenia oferty w postępowaniu przez wykonawców, a w szczególności ma znaczenie dla wyceny tej oferty pod kątem czasu, na jaki wykonawca musi zaabsorbować określone środki techniczne, osobowe i finansowe dla należytego wykonania zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia z określeniem wymagań co do terminu realizacji zamówienia powinien pozwolić wykonawcy na realną wycenę przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem obiektywnej możliwości wyceny przez niego wszystkich ryzyk związanych z charakterem danego zamówienia publicznego. Zgodnie z subklauzulą 8.13 oraz 8.14 Warunków Szczególnych Kontraktu termin na osiągnięcie Kamienia Milowego nr 3 tj. złożenie wniosku o wydanie ZRID/pozwoleń na budowę Zamawiający opisał zarówno jako termin wyrażony liczbą miesięcy tj. 10 miesięcy od Dnia Rozpoczęcia tj. zgodnie z subklauzulą 1.1.3.2 Warunków Szczególnych Kontraktu datą zawarcia umowy o zamówienie publiczne oraz datą kalendarzową „nie później niż do 1.12.2015r.". Zważywszy na stopień skomplikowania zamówienia, długotrwały proces oceny ofert oraz fakt, że w dniu składania ofert nie jest możliwe ustalenie, kiedy nastąpi podpisanie umowy, a więc kiedy będzie przypadać Data Rozpoczęcia i rozpocznie bieg termin 10 miesięcy na złożenie wniosku o ZRID/pozwoleń na budowę, istnieje istotne ryzyko, iż termin 10 miesięcy upłynie po dniu 1 grudnia 2015 roku, co wiązać się z obciążeniem wykonawcy karami umownymi. Co więcej, określenie terminu na złożenie wniosku o ZRID/pozwoleń na budowę konkretną datą kalendarzową oraz w związku z tym, że wykonawca nie posiada na etapie składania



oferty w Postępowaniu wiedzy w przedmiocie tego, kiedy umowa zostanie w rzeczywistości zawarta powoduje, że nie sposób ustalić ile faktycznie czasu wykonawca będzie miał na realizację zobowiązania do złożenia wniosku o wydanie ZRID, co również uniemożliwia rzetelną wycenę oferty. Warto też podkreślić, że w odniesieniu do innych Kamieni Milowych, Zamawiający nie posłużył się określeniem terminu spełnienia świadczenia przez wykonawcy poprzez datę kalendarzową, stąd pewne wątpliwości może budzić przyjęcie, jedynie w odniesieniu dla Kamienia Milowego nr 3 terminu oznaczonego, jako data kalendarzowa. W świetle powyższego uzasadnione jest wykreślenie w przypadku Kamienia Milowego nr 3 sformułowania „lecz nie później niż 1.12.2015r.”.

Zarzut dotyczący przerwienia na wykonawcę obowiązku przedstawienia porozumienia pomiędzy Zamawiającym a Polnord oraz braku precyzyjnego określenia ustaleń dotyczących nieruchomości położonych w rejonie węzła Ursynów Zachód oraz ul. Płaskowickiej.

Obowiązek zapewnienia placu budowy obciąża Inwestora, a nie wykonawcę robót budowlanych, co wynika wprost z art. 647 KC. Przy umowach o roboty budowlane, uprawnienie zamawiającego nie może też być nadużywane do nadmiernego wyznaczania obowiązków objęcia ceną ofertową wszystkiego, co zamawiający zechce zastrzec w umowie jako obowiązki wykonawcy, a co nie jest jednoznacznie związane z tymi robotami. W świetle powyższego za nieuprawnioną należy uznać próbę przerwienia na wykonawcę obowiązku dokonywania uzgodnień z dysponentami nieruchomości, na których realizowana ma być inwestycja. Co więcej brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia poprzez bardzo ogólne wskazanie rejonu położenia nieruchomości co do których Zamawiający prowadzi rozmowy, nie pozwala na ustalenie i wycenę obowiązków i ryzyk jakie ponosił będzie wykonawca.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 94) zobowiązania wykonawcy do określenia zasad współpracy Zamawiającego oraz Polnord oraz zobowiązanie Zamawiającego do zmiany zapisów PFU poprzez szczegółowe sformułowanie zapisów dotyczących ustaleń (obowiązków) pomiędzy Zamawiającym oraz Polnord jak również Zamawiającym oraz dysponentami nieruchomości w rejonie węzła Ursynów Zachód oraz w pasie drogowym ul. Płaskowickiej, w szczególności poprzez szczegółowe wskazanie objętych nimi działek/nieruchomości, w sposób pozwalający na jednoznaczną wycenę ryzyk i zobowiązań wykonawcy w jego ofercie oraz obowiązku Zamawiającego do wydania terenu budowy.

Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego określenia zobowiązania do zapewnienia możliwości wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów.

Zgodnie z punktem 1.5.2.1 PFU Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98 PFU, wykonawca zobowiązany jest zapewnić możliwość wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów na pozostałych odcinkach projektowanej trasy tj. na Zadaniu B i Zadaniu C -

w porozumieniu z wykonawcami tych zadań. Powyższe zobowiązanie zostało opisane w sposób nieprecyzyjny i nie dookreśla, na czym w rzeczywistości miałyby polegać świadczenie wykonawcy, co nie pozwala wykonawcy na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia. Zakres robót - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych, co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny. Co więcej, możliwość wykorzystania gruntu, jako odpadu ograniczona jest wyłącznie do inwestycji realizowanej w ramach konkretnego pozwolenia na budowę. Zważywszy, że dla Zadania A, B i C zostaną wydane oddzielne pozwolenia na budowę wykonawcy danego Zadania muszą dysponować stosowną decyzją administracyjną, która będzie pozwalała im na wykorzystanie gruntu pochodzącego z innego Zadania.

W związku z powyższym konieczne jest doprecyzowanie zapisów PFU w ten sposób, że wszelkie koszty wynikające z wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów na pozostałych odcinkach projektowanej trasy tj. na Zadaniu B i Zadaniu C, ponosić będą wykonawcy tych odcinków oraz będą oni zobowiązani do uzyskania stosownych pozwoleń i decyzji administracyjnych.

Zarzut dotyczący nieuzasadnionego przerzucenia na wykonawcę obowiązku poniesienia dodatkowych kosztów związanych z zagospodarowaniem wód opadowych.

Pkt. 1.5.2.1 PFU Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 99 PFU, stanowi, iż: „Z uwagi na niewystarczającą przepustowość istniejącego systemu rowów i kanałów zakłada się, że wody budowlane odprowadzane będą do Wisły. Docelowe odprowadzenie wód opadowych z kolektorów deszczowych również odbywać się będzie do Wisły. Z tego też względu budowę odwodnienia należy rozpocząć od Wisły w kierunku zachodnim. Należy skoordynować z Wykonawcą Zadania B terminy wykonywania Robót związanych z budową kanalizacji deszczowej, zwłaszcza tłocznej. Jeżeli nie będzie możliwe skoordynowanie budowy kolektorów deszczowych z Wykonawcą Zadania B, i Wykonawca zakończy budowę odwodnienia wcześniej to jest on zobowiązany do wybudowania, na swój koszt, tymczasowego kolektora odprowadzającego wody opadowe do Wisły lub zapewnienie innego sprawnego systemu odwodnienia.” W świetle powyższego wykonawca odcinka A może być zobowiązany do poniesienia dodatkowych kosztów związanych z wybudowaniem tymczasowego kolektora odprowadzającego wody opadowe do Wisły lub zapewnieniem innego sprawnego systemu odwodnienia na wypadek gdyby wykonawca zakończył budowę odwodnienia wcześniej niż wykonawca Zadania B. Obowiązki wykonawcy zostały sformułowane w sposób warunkowy, a co więcej ostatecznie konieczność poniesienia kosztów odprowadzenia wód do Wisły będzie uzależniona nie od samego wykonawcy odcinka A, ale od ewentualnych opóźnień wykonawcy odcinka B, jako odcinka sąsiedniego. Tym samym wykonawca odcinka A może ponosić ryzyko oraz dodatkowe koszty opóźnień

w realizacji odcinka B, na które nie ma żadnego wpływu. Dodatkowo, w świetle obecnego brzemienia zapisów PFU wykonawca nie może jednoznacznie ustalić czy koszt związany z budową kolektora należy wliczyć do oferty czy też nie, co może powodować nieporównywalność ofert w Postępowaniu. Dodatkowo, nie jest jasne, na jakich zasadach wykonawca miałby uzyskać tytuł prawny do nieruchomości, na których realizowana byłaby budowa takiego kolektora. Co więcej, Zamawiający w nieuprawniony sposób przerzuca na wykonawcę odcinka A ryzyko wystąpienia opóźnień na odcinku B realizowanym przez innego wykonawcę, nie zapewniając wykonawcy odcinka A wynagrodzenia za prace, które ewentualnie będą konieczne do wykonania w związku z koniecznością budowy odwodnienia.

W świetle powyższego konieczne i uzasadnione jest dokonanie zmiany zapisów PFU w ten sposób, że koszty wykonawcy związane z wybudowaniem tymczasowego odwodnienia odprowadzającego wody opadowe do Wisły lub zapewnieniem innego sprawnego systemu odwodnienia będą w całości pokryte przez Zamawiającego w ramach dodatkowego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z tytułu realizacji tych prac nieobjętych pierwotnym zakresem zamówienia.

Zarzut dotyczący zapewnienia przez wykonawcę zasobów niezbędnych do egzekucyjnego przejęcia nieruchomości.

Zamawiający zawarł w PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 101) zapis, że „wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie w nim uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby tj. zasoby umożliwiające wstęp na ogrodzoną nieruchomość i otwarcie budynków (zasoby ludzkie oraz narzędzia, np. szlifierka kątowa, łom), zasoby umożliwiające odłączenie mediów (zasoby ludzkie - personel posiadający stosowane uprawnienia branżowe oraz narzędzia). Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia Robót (pierwszych czynności w ramach Robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia Robót, Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela / użytkownika wieczystego / władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić Roboty na danej działce, jednak właściciel / użytkownik wieczysty / władający uniemożliwił wykonanie tych Robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu.”. Według Odwołującego, wskazany powyżej zapis narusza art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, art. 7 PZP, art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 758 i 759 KPC. Z zaskarżonego postanowienia PFU nie wynika, jaki jest zakres obowiązków wykonawcy w sytuacji braku możliwości prowadzenia robót na określonej nieruchomości w przypadku konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości. Należy zauważyć, że Zamawiający

*nałożył na wykonawcę w sposób niedookreślony obowiązek uczestniczenia w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości a także zapewnienia niezbędnych zasobów w przejęciu egzekucyjnym. Zamawiający nie wskazał jednak w jakim zakresie wykonawca ma brać udział w tym postępowaniu oraz co należy rozumieć przez zapewnienie niezbędnych zasobów w egzekucji. Należy też wskazać, że zgodnie z art. 647 KC obowiązkiem Inwestora (Zamawiającego) jest przekazanie placu budowy wykonawcy. Wykonawca nie jest uprawniony do prowadzenia czynności związanych z postępowaniem egzekucyjnym. Nieruchomości, na których mają być prowadzone prace (plac budowy) powinien zostać przekazany w stanie umożliwiającym wykonanie umowy o roboty budowlane. W przypadku niemożności wykonywania robót na nieruchomościach, wykonawca nie ma uprawnień i kompetencji władzy publicznej, aby uczestniczyć w czynnościach egzekucyjnych.*

*Warto też zaznaczyć, że przedmiotowe postanowienie było już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Wysoką Izbę w wyroku z 23 sierpnia 2010 r., sygn. KIO 1698/10.*

*Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego opisanie zobowiązania wykonawcy w zakresie wykonania symulacji funkcjonowania systemów zarządzania ruchem.*

*Zgodnie z punktem 2.1.13.2. PFU Wyposażenie tunelu, str. 182 PFU oraz pkt. 2.1.14.4 System Zarządzania Ruchem str. 249 PFU, wykonawca zobowiązany jest wykonać Koncepcję Systemu Zarządzania Ruchem dla Zadania A, B i C. Jednocześnie, zgodnie z zapisami PFU str. 250 „wykonawca wykona System Zarządzania Ruchem w zakresie niezbędnym do prawidłowego funkcjonowania projektowanego odcinka drogi ekspresowej S2 z uwagi na tunel drogowy uwzględniający scenariusze zamknięcia tunelu bądź jego poszczególnych naw oraz utrudnienia ruchu w tunelu. Wykonawca wykona System Zarządzania Ruchem w obszarze niezbędnym do realizacji Zadania A, a także Zadania B i Zadania C oraz w pozostałym obszarze oddziaływania Systemu, według wytycznych określonych w niniejszym PFU.”. W dalszej kolejności zgodnie z pkt. 2.1.13.2. PFU Wyposażenie tunelu, str. 182 PFU na etapie projektu wykonawczego wykonawca winien wykonać symulację funkcjonowania zastosowanych systemów i instalacji w środowisku testowym, a systemy powinny być opracowane, wdrożone oraz przejść testy skuteczności, co najmniej na 3 miesiące przed oddaniem tunelu do ruchu lecz nie później niż 31 października 2018 roku. Przy założeniu, że wykonawca Zadania A odpowiada za stworzenie i przetestowanie systemu również dla Zadania B i C, zważywszy na brak możliwości wpływu wykonawcy Zadania A na harmonogram prac Zadania B i C określenie terminu przeprowadzenia testów należy uznać za nieuzasadnione. Z uwagi na powyższe konieczne jest doprecyzowanie PFU (punkt 2.1.13.2. Wyposażenie tunelu, str. 182), w ten sposób, że wykonawca zobowiązany jest na etapie projektu wykonawczego wykonać symulację funkcjonowania zastosowanych systemów i instalacji w środowisku testowym, jedynie dla Zadania A, a jeżeli wykonawca Zadania A odpowiada również za wykonanie i przetestowanie*

*całego systemu na wszystkich Zadaniach, to konieczne jest wykreślenie zapisów PFU odnoszących się do terminu końcowego przeprowadzenia testów jako 31 października 2018 roku, ponieważ wykonawca Zadania A nie może ponosić ryzyka opóźnień w realizacji prac wykonywanych przez lub na Zadaniach B i C realizowanych przez innych wykonawców.*

*Zarzut dotyczący oznakowania pionowego.*

*Zgodnie z pkt. 2.1.14.1. PFU Stała organizacja ruchu, str. 238 PFU, wykonawca może lecz nie musi być zobowiązany do zastosowania opisanego w przygotowanym przez Zamawiającego projekcie zmian do Rozporządzenia (zgodnie z zamieszczonymi w PFU wzorami) oznakowania pionowego jako doświadczalnego/eksperymentalnego, przy czym tak sformułowane zapisy PFU uniemożliwiają jednoznaczne ustalenie, która formę oznakowania wykonawca powinien wycenić w ofercie. Brak precyzji w sposobie sformułowania zapisów PFU uniemożliwia tym samym jednoznaczne ustalenie świadczenia wykonawcy tj. jakiego typu oznakowanie wykonawca ostatecznie będzie zobowiązany wykonać i w jaki sposób oznakowanie pionowe winno być wycenione w ofercie.*

*Zarzut dotyczący obowiązku uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem stosownego wniosku w tym celu i dokonania wszelkich niezbędnych opracowań.*

*Zgodnie z punktem punkt 2.2.1 PFU (Zakres dokumentacji projektowej, str. 351 PFU), wykonawca uzyska dokumentację formalno-prawną obejmującą „decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem wniosku i wszelkich niezbędnych opracowań (ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko Dz. U Nr 199, poz. 1227 z późn. zm.)”. W tym miejscu należy wskazać, iż Zamawiający dysponuje decyzją środowiskową dla całego przedsięwzięcia, niemniej jednak decyzja ta nie obejmuje wykonania jednego z elementów robót tj. kanalizacji ciśnieniowej (2x1600), która jest inwestycją realizowaną na potrzeby Miasta Stołecznego Warszawy, jako inwestycja towarzysząca, stąd na etapie realizacji zamówienia powstanie niewątpliwie konieczność uzyskania odrębnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla tej części robót. Należy zwrócić uwagę, iż wykonawca ma obowiązek uzyskać ZRID lub pozwolenia na budowę w terminie 10 miesięcy od podpisania umowy (Kamień Milowy nr 3). Co istotne Zamawiający nie różnicował terminu uzyskania ZRID dla inwestycji drogowej, dla której wydano decyzję środowiskową od sytuacji uzyskania pozwolenia na budowę dla budowy kanalizacji ciśnieniowej, dla której decyzję środowiskową należy dopiero uzyskać. W świetle zapisów subklauzuli 1.13 Warunków Szczególnych Kontraktu to Zamawiający musi posiadać decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia i to on będzie ponosił odpowiedzialność za jej ważność i wady. Powyższe w sposób niebudzący wątpliwości potwierdza, że w niniejszym przypadku zachodzi sprzeczność*

wewnętrzna postanowień SIWZ, a tym samym naruszony zostaje art. 29 PZP. Co więcej, biorąc pod uwagę krótki umowny termin na uzyskanie ZRID lub pozwolenia na budowę (10 miesięcy) oraz praktykę uzyskiwania decyzji środowiskowych, w tym konieczność angażowania czynnika społecznego oraz znaczące ryzyko przewlekłości postępowania administracyjnego w tym przedmiocie, trudno byłoby przyjąć, że obowiązek ten powinien obciążać wykonawców. Konsekwentnie zatem, obowiązek ten powinien obciążać Zamawiającego, co pozostaje w zgodności z Subklauzulą 1.13 Warunków Szczególnych Kontraktu. W świetle powyższego konieczne i uzasadnione jest wykreślenie z PFU (punkt 2.2.1 Zakres dokumentacji projektowej, str. 351 PFU), sformułowania: „Wykonawca uzyska następującą dokumentację formalno-prawną obejmującą m.in. (...). Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem wniosku i wszelkich niezbędnych opracowań (ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko Dz. U Nr 199, poz. 1227 z późn. zm.).”.

Przystępujący poparli stanowisko odwołującego.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający podnosi, że zarzuty Odwołującego są niezasadne i powinny zostać oddalone w całości.

Ad 2.1. uzasadnienia odwołania - zarzut dot. terminu składania ofert w postępowaniu.

Zamawiający mając na uwadze skomplikowany charakter zamówienia przewidział termin 57 dni na złożenie oferty. Zgodnie z art. 38 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE jak również zgodnie z art. 52 ust. 2 Pzp, termin minimalny na złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego wynosi 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Termin ten został przez Zamawiającego wydłużony prawie o połowę. W związku z czym zarzut naruszenia przepisów Pzp oraz przedmiotowej Dyrektywy jest całkowicie bezpodstawny, a termin dodatkowego przedłużenia czasu na składanie ofert wnioskowany przez Odwołującego jest w ocenie Zamawiającego irracjonalny i nie znajdujący uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa. Ponadto, mając na uwadze powyższe, jako również wielkość i szacowaną wartość przedmiotowej inwestycji Zamawiający podzielił kontrakt na trzy Zadania dostosowując w ten przedmiot zamówienia do realnych możliwości Wykonawców. Zaznaczyć należy również fakt, że Zamawiający wyprzedzająco (27.03.2014r.) przed zaproszeniem do składania ofert, przekazał Wykonawcom, jako materiał informacyjny opracowywaną Koncepcję Programową. Dzięki temu dokumentowi Wykonawcy mogli już wcześniej zapoznać się z przedmiotem zamówienia oraz rozpocząć pracę nad przygotowaniem oferty. Profesjonalny

*i doświadczony wykonawca, a tylko tacy zostali zaproszeni do składania ofert, nie powinien mieć problemu ze złożeniem należycie przygotowanej oferty w niniejszym postępowaniu.*

*Ad. 2.2. uzasadnienia odwołania - zarzut dot. nieprecyzyjnego określenia zobowiązania do ponoszenia sugerowanych kosztów przez wykonawcę.*

*W ocenie Zamawiającego przedmiotowe sformułowanie „Wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych, objętych każdą częścią niniejszej SIWZ - Tom I-IV” należy czytać i interpretować łącznie z wszystkimi pozostałymi postanowieniami SIWZ. Zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ nie używa sformułowania „sugerowane koszty”. Nie można zapominać, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy inwestycji realizowanej w systemie projektuj i buduj, co oznacza, iż pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie sugerowane na tym etapie przez Zamawiającego. Natomiast wykonawca jest uprawniony do ich zaproponowania i zrealizowania (przy spełnieniu wszystkich wymogów SIWZ) w ostatecznym, zmodyfikowanym kształcie. Wobec powyższego należy uznać, iż postanowienia SIWZ są określone w sposób najpełniej precyzyjny i równy dla wszystkich wykonawców, jak to jest możliwe dla inwestycji realizowanej w systemie projektuj i buduj.*

*Ad. 2.3. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący braku możliwości osiągnięcia Kamienia Milowego nr 1.*

*Przede wszystkim należy zauważyć, iż Kamień Milowy nr 1 dot. jedynie wykonania Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem w formie opisowej wraz ze schematami graficznymi, a nie jak sugeruje odwołujący pełnego opracowania zgodnie ze Specyfikacją na Projektowanie - SP. 00.00.00. Tak sformułowane postanowienie w zakresie Kamienia Milowego ma na celu skonfrontowanie zamysłu wykonania pełnej Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem z wymaganiami Zamawiającego, tak aby z jednej strony przyspieszyć realizację tej Koncepcji, a z drugiej uniknąć nieporozumień i wątpliwości w procesie jej akceptacji i odbioru przez Zamawiającego po pełnym wykonaniu. W związku z powyższym wniosek odwołującego o zmianę terminu wykonania Kamienia Milowego i dodanie kolejnego terminu (mini Kamienia Milowego) na akceptację Kamienia Milowego nr 1 jest niezasadny. Przedmiotowe postanowienie SIWZ jest określone w sposób precyzyjny i wyczerpujący, z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.*

*Ad. 2.4. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący nieprawidłowego oznaczenia terminu do złożenia wniosku o wydanie ZRID - Kamień Milowy nr 3.*

*W ocenie Zamawiającego w przedmiotowym zakresie nie ma sprzeczności w postanowieniach SIWZ. Należy zaznaczyć, że Zamawiający świadomie ogłosił przetarg z wyprzedzeniem dając tym samym niezbędny czas na przeprowadzenie procedury przetargowej przy założeniu możliwości jej przedłużenia w wyniku otrzymanych odwołań i licznych pytań. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że termin Kamienia Milowego nr 3, tj.*

*„w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia (...) lecz nie później niż do 1.12.2015r.” wynika z upływu ważności DŚU. Zwracamy również uwagę na korzystny dla Zamawiającego wyrok KIO z dnia 20.01.2014r. (sygn. akt KIO 2969/13) wydany w ramach postępowania przetargowego na S-19 Świlcza - Kielanówka. Ponadto mając na uwadze obecny stan trwania procedury (wrzesień 2014r ), zdaniem Zamawiającego, nie występuje ryzyko powstania sprzeczności między datą 1 grudnia 2015 r. a 10-miesięcznym terminem wykonania Kamienia Milowego nr 3.*

*Ad. 2.5. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący przerwienia na wykonawcę obowiązku przedstawienia porozumienia pomiędzy Zamawiającym a Polnord oraz braku precyzyjnego określenia ustaleń dot. nieruchomości położonych w rejonie węzła Ursynów Zachód oraz ul. Płaskowickiej.*

*Zamawiający opisał w pkt 1.5.2.1 PFU istniejący stan faktyczny związany z dwiema ostatecznymi decyzjami Prezydenta m.st. Warszawy w zakresie budowy ul. Zdrowej oraz kanalizacji deszczowej w ul. Zdrowej wydanymi dla podmiotu trzeciego. Zamawiający w OPZ chciał jednoznacznie wskazać wykonawcy na potencjalne problemy, które mogą być związane z realizacją zamówienia. Tym samym wykonawca powinien na etapie składania oferty wziąć pod uwagę przedmiotowe ryzyko, oszacować je i wycenić. Wobec czego należy uznać, iż zawarcie przedmiotowego stanu faktycznego w OPZ stanowi wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. Zamawiający dążąc do podpisania porozumienia ze spółką Polnord chce ułatwić wykonawcy realizację zamówienia. Zamawiający opisał również istniejący stan faktyczny związany z planowaną do realizacji w ramach zamówienia inwestycją dla podmiotu trzeciego oraz załączył do SIWZ dokładny załącznik graficzny ilustrujący zakres inwestycji dla podmiotu trzeciego. Przedmiotowe porozumienie ma jedynie dotyczyć zasad partycypacji podmiotu trzeciego w kosztach realizacji zamówienia w tym zakresie. Tym samym należy uznać, iż zawarcie przedmiotowego stanu faktycznego w OPZ stanowi wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisał także istniejący stan faktyczny związany nierozdzielnie z postępowaniem w sprawie uzyskania przez Wykonawcę dla Zamawiającego decyzji ZRID. Przedmiotowe Porozumienie w żaden sposób nie wpływa na realizację zamówienia, a ma jedynie na celu zasygnalizowanie wykonawcy, iż w trakcie postępowania o udzielenie decyzji ZRID część czynności faktycznych będzie wykonywanych nie na gruntach będących własnością podmiotów trzecich a Skarbu Państwa będących w trwałym zarządzie GDDKiA. Tym samym należy uznać, iż zawarcie przedmiotowego stanu faktycznego w OPZ stanowi wypełnienie przez Zamawiającego obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia. Ponadto należy wskazać, iż ostateczny kształt placu budowy będzie wynikał z decyzji ZRID uzyskanej przez Wykonawcę w oparciu o wykonany przez niego*



projekt budowlany. Dopiero po wydaniu decyzji ZRID będzie możliwe przekazanie wykonawcy całego placu budowy oraz ew. działek będących obecnie w posiadaniu przez podmioty trzecie, w stosunku do których tytułem przejęcia posiadania przez Zamawiającego będzie właśnie decyzja ZRID. Wobec czego zarzut jest bezzasadny i powinien zostać oddalony.

*Ad. 2.6. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący nieprecyzyjnego określenia zobowiązania do zapewnienia możliwości wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów.*

*W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 08.09.2014 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1).*

*Ad. 2.7. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący nieuzasadnionego przerwania na wykonawcę obowiązku poniesienia dodatkowych kosztów związanych z zagospodarowaniem wód opadowych.*

*Zamawiający dokonał w dniu 08.09.2014 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1). Ponadto Zamawiający zwraca uwagę, iż niewystarczająca jest przepustowość istniejącego systemu rowów i kanałów do odprowadzenia wód opadowych. W związku z tym Odwołujący realizując przedmiotowe zamówienie powinien zapewnić należyte odwodnienie placu budowy. To na wykonawcy ciąży obowiązek zapewnienia odwodnienia placu budowy i fakt ten powinien wycenić w ofercie. Zwracamy również uwagę, że Zamawiający poświęcił dużo miejsca w postanowieniach SIWZ w zakresie koordynacji inwestycji na stykach z sąsiednimi zadaniami. Wobec tego, oraz biorąc pod uwagę specyfikę systemu projektuj i buduj, należy uznać, iż przedmiot zamówienia w przedmiotowym zakresie został sporządzony w sposób jasny i wyczerpujący, z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, umożliwiając tym samym złożenie przez wykonawców rzetelnej i konkurencyjnej oferty.*

*Ad. 2.8. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący zapewnienia przez wykonawcę zasobów niezbędnych do egzekucyjnego przejęcia nieruchomości.*

*Zamawiający wskazuje, iż w pkt. 1.5.2.1 PFU wskazał jakie są obowiązki wykonawcy związane z uczestnictwem w czynnościach egzekucyjnych, tj. (i) podjęcia próby rozpoczęcia robót, (ii) pisemne potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości, (iii) zapewnienie niezbędnych zasobów umożliwiających wstęp na ogrodzoną nieruchomość, otwarcie budynków i odłączenie mediów ze wskazaniem rodzaju tych zasobów. Dodatkowo przez określenie celu jakiemu mają służyć te zasoby postanowienia SIWZ doprecyzowują zakres czynności, jakie ma wykonać wykonawca. W PFU brak jest postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek prowadzenia czynności egzekucyjnych. Wynika to z faktu, że prowadzenie tych czynności z mocy prawa (ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji) należy do właściwego organu. Odnosząc się do wzmianki o wyroku KIO z 23.08.2010r. sygn. KIO 1698/10 Zamawiający wskazuje, że wyrok ten zapadł w odmiennych okolicznościach, tj. postępowanie dotyczyło kontraktu, gdzie przedmiot*

zamówienia nie obejmował sporządzenia projektu budowlanego oraz uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, podczas gdy w niniejszym postępowaniu Wykonawca na skutek konieczności opracowania tej dokumentacji ma na obecnym etapie wiedzę równoważną wiedzy Zamawiającego w przedmiocie zakresu przyszłego placu budowy, a tym samym ilości obiektów zabudowanych i związanego z tym ryzyka konieczności prowadzenia egzekucji administracyjnej. Zamawiający wypełnił w postanowieniach SIWZ w niniejszym postępowaniu wskazania, jakie wynikają z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 23.08.2010 r. w sprawie KIO 1698/10 przy uwzględnieniu wyżej opisanej specyfiki kontraktu (P&B). Zamawiający wskazuje również, że obowiązki nałożone na Wykonawcę mają zapewnić możliwość spełnienia przez Zamawiającego obowiązku skutecznego przekazania placu budowy.

*Ad. 2.9. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący nieprecyzyjnego opisanie zobowiązania wykonawcy w zakresie wykonania symulacji funkcjonowania systemu zarządzania ruchem.*

*W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 08.09.2014 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1).*

*Ad. 2.10. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący oznakowania pionowego.*

*W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 08.09.2014 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1)*

*Ad. 2.11. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący obowiązku uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem stosownego wniosku w tym celu i dokonania wszelkich niezbędnych opracowań.*

*W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 08.09.2014 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1). Przedmiotowa zmiana wynika z § 3 ust. 1 pkt 79 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. (Dz. U. nr 213, poz. 1397) w brzmieniu nadanym przez rozporządzenie Rady Ministrów z 17 lipca 2013 r. (Dz. U. poz. 817) - brak konieczności uzyskania decyzji środowiskowej w przedmiotowym zakresie.*

#### **KIO 1756/14**

Dnia 25 sierpnia 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź oraz TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, Absberggasse 41, A-1100 Wiedeń (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego obejmującej sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu w Zadaniu B.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 52 ust. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi - poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, nieuwzględniającego wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty i w konsekwencji także naruszenie przez Zamawiającego obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji między wykonawcami. Powyższe uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym odwołującemu, złożenie ofert, względnie skutkować będzie złożeniem przez nich ofert nierzetelnych i nieprawidłowo skalkulowanych.

2. art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, art. 140 PZP, art. 144 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r., poz. 121, ze zm.) („KC”) w związku z przyjęciem w Tomie IV SIWZ - Wykazie płatności dla Zadania B (str. 2), że Wykonawca zobowiązany jest wycenić także „koszty sugerowane”, które to stwierdzenie poprzez użycie określenia „sugerowane” czyni je niejednoznacznym, nieuwzględniającym wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, niepozwalającym wykonawcy na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia. Powyższe stwierdzenie umożliwia ponadto Zamawiającemu jednostronne modyfikowanie zakresu świadczenia wykonawcy a przez to również wysokości wynagrodzenia, jakie może otrzymać wykonawca, w związku z przyjęciem, że wykonawca zobowiązany jest ponieść sugerowane koszty realizacji zamówienia bez jakiegokolwiek dookreślenia (doprecyzowania) tego pojęcia.

3. art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, art. 7 PZP także art. 353<sup>1</sup> KC w zw. z art. 14 KC - poprzez zawarcie w treści SIWZ postanowień niejednoznacznych oraz nieprecyzyjnych, niepozwalających wykonawcy na prawidłową kalkulację przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co w szczególności prowadzi do złożenia w przedmiotowym postępowaniu nieporównywalnych ofert, w związku z przyjęciem, że:

3.1. na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU”) (punkt 1.4 Opis ogólny przedmiotu zamówienia, str. 13), wykonawca nie jest uprawniony do żądania zmiany zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie w przypadku wystąpienia zmian ilości lub parametrów, zawartych w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia na etapie opracowywania przez wykonawcę raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, a także wystąpienia zmian w ramach przebiegu procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i

Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu,

3.2. na podstawie PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 94), wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia niezbędnych uzgodnień na etapie wykonywania projektu budowanego w zakresie styku i powiązań inwestycji prywatnych inwestorów mogących mieć wpływ na realizację przedmiotowej inwestycji,

3.3. na podstawie PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98), wykonawca, jeżeli będzie to konieczne, jest zobowiązany do koordynacji robót budowlanych związanych z budową dróg dojazdowych, ścieżek rowerowych, rurociągów tłocznych dla odwodnienia dzielnic Wilanów i Wawer (inwestycje miejskie),

3.4. na podstawie PFU (punkt 1.5.2.1, str. 98), jeżeli rozpoczną się roboty budowlane związane z budową dróg dojazdowych, ścieżek rowerowych, rurociągów tłocznych dla odwodnienia dzielnic Wilanów i Wawer (inwestycje miejskie), wykonawca po wcześniejszym powiadomieniu przez Inżyniera i Zamawiającego, do udostępnienia tej części placu budowy, która będzie niezbędna do wykonania robót budowlanych związanych z ich budową, oraz będzie koordynować wykonanie swoich robót budowlanych z wykonawcami tych inwestycji, a sposób prowadzenia prac na odcinku budowy w/w inwestycji uzgodni z Zamawiającym,

3.5. na podstawie PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 100), wykonawca zobowiązany jest w sposób nieprecyzyjny i sprzeczny z art. 758 i 759 ustawy z czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji do udziału w postępowaniu egzekucyjnym przejęcia nieruchomości oraz na której mają być realizowane roboty objęte umową z Zamawiającym a także zapewnić niezbędne zasoby do takiego przejęcia,

3.6. na podstawie PFU (punkt 2.2.1 Zakres dokumentacji projektowej, str. 266 PFU), wykonawca zobowiązany jest do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz przygotowania stosownego wniosku oraz wszelkich niezbędnych opracowań zgodnie z ustawą z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz.1227 z późn. zm.),

4. wykonawcy przysługiwało będzie nieproporcjonalne wynagrodzenia w stosunku do zrealizowanych zakresu zamówienia w odniesieniu do Kamienia Milowego nr 3 oraz nr 4, gdzie w przypadku Kamienia Milowego nr 3 wykonawca otrzyma 10% wynagrodzenia umownego po 2 miesiącach realizacji robót, natomiast w przypadku Kamienia Milowego nr 4 wykonawca otrzyma 45% wynagrodzenia umownego po 12 miesiącach jego realizacji.

Odwołujący wniósł o:

1. Merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości.

2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem.

3. Nakazanie zamawiającemu stosownej modyfikacji s.i.w.z. poprzez:

3.1. określenie terminu składania ofert w postępowaniu na dzień 10 grudnia 2014 r.,

3.2. wykreślenie z Tomu IV SIWZ - Wykazu płatności dla Zadania B (str. 2) sformułowania „czy też sugerowanych”,

3.3. zmianę PFU (punkt 1.4 Opis ogólny przedmiotu zamówienia, str. 13), w ten sposób, że „Zmiany ilości lub parametrów, zawarte w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania przez Wykonawcę Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, a także zmiany występujące w ramach przebiegu procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, będą skutkowały zmianą Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużeniem Czasu na Ukończenie.”,

3.4. wykreślenie z PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 94), sformułowania, że „Wykonawca zobowiązany jest dokonać wszelkich niezbędnych uzgodnień na etapie wykonywania projektu budowanego w zakresie styku i powiązań inwestycji”,

3.5. wykreślenie z PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98), sformułowania, że „Jeżeli będzie to konieczne Wykonawca jest zobowiązany do koordynacji Robót budowlanych związanych z budową dróg dojazdowych, ścieżek rowerowych, rurociągów tłocznych dla odwodnienia dzielnic Wilanów i Wawer (inwestycje miejskie). Wykonawca uzyska wszelkie informacje na temat tych inwestycji od właściwych podmiotów odpowiedzialnych za ich przygotowanie i realizację,

3.6. wykreślenie z PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98), sformułowania, że „W przypadku rozpoczęcia inwestycji Wykonawca będzie zobowiązany po wcześniejszym powiadomieniu przez inżyniera i Zamawiającego, do udostępnienia tej części Placu Budowy, która będzie niezbędna do wykonania Robót budowlanych związanych z ich budową, oraz będzie koordynować wykonanie swoich Robót budowlanych z Wykonawcami tych inwestycji. Sposób prowadzenia prac na odcinku budowy w/w inwestycji uzgodnić należy z Zamawiającym”,

3.7. wykreślenie z PFU (punkt 1.4 Opis ogólny przedmiotu zamówienia, str. 13), sformułowania, że wykonawca nie jest uprawniony do żądania zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie w przypadku wystąpienia zmian ilości lub parametrów, zawartych w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia na etapie opracowywania przez wykonawcę raportu wykonanego w

ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, a także wystąpienia zmian w ramach przebiegu procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu i dopuszczenie, tym samym, możliwości zmiany ilości i parametrów w oparciu o klauzulę 13.1 Ogólnych Warunków Umów,

3.8. wykreślenie z PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 100), sformułowania, że „wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie w nim uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby tj. zasoby umożliwiające wstęp na ogrodzoną nieruchomość i otwarcie budynków (zasoby ludzkie oraz narzędzia, np. szlifierka kątowa, łom), zasoby umożliwiające odłączenie mediów (zasoby ludzkie - personel posiadający stosowane uprawnienia branżowe oraz narzędzia). Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia Robót (pierwszych czynności w ramach Robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia Robót, Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela / użytkownika wieczystego / władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić Roboty na danej działce, jednak właściciel / użytkownik wieczysty / władający uniemożliwił wykonanie tych Robót Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu.”,

3.9. wykreślenie z PFU (punkt 2.2.1 Zakres dokumentacji projektowej, str. 266 PFU), sformułowania, że „Wykonawca uzyska następującą dokumentację formalno-prawną obejmującą m.in.: (...) Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem wniosku i wszelkich niezbędnych opracowań (ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko Dz. U Nr 199, poz. 1227 z późn. zm.).”,

3.10. zmianę w zakresie przysługującego wykonawcy wynagrodzenia w ten sposób, że za realizację Kamienia Milowego nr 3 wykonawca otrzyma 7,5% wynagrodzenia umownego, a za realizację Kamienia Milowego IV wykonawca otrzyma 45% wynagrodzenia umownego.

4. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP wnosząc odwołanie, gdyż ewentualne naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego, w wyniku ustalenia niewłaściwej treści SIWZ, istotnie, mogłoby ograniczyć możliwości Odwołującego w złożeniu właściwej oferty. Należy też zwrócić uwagę, że na obecnym etapie postępowania, kiedy jeszcze nie nastąpiło złożenie ofert, wykonawca zaproszony do ich składania a tym samym deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Interes odwołującego wywodzi się z potencjalnej szkody, którą wykonawca może ponieść wskutek sformułowania postanowień s.i.w.z. w sposób sprzeczny z przepisami prawa. Działania zamawiającego mają negatywny wpływ na możliwość złożenia przez odwołującego konkurencyjnej oferty, wobec czego jego interes w uzyskaniu zamówienia może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający prawidłowo i w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz w sposób jednoznaczny, pełny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty określił opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu, to wówczas odwołujący mógłby wziąć w nim udział, dotrzymując także ustalonych terminów składania ofert. W takiej sytuacji, oferta odwołującego mogłaby otrzymać największą ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert i mogłaby uzyskać w konsekwencji status oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe dowodzi wykazania przesłanek z art. 179 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, zgłosili przystąpienie:

- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Heilit + Woerner Sp. z o.o., Mostostal Kraków S.A., ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SALINI POLSKA Sp. z o.o. Salini Impregilo S.p.A., Todini Costruzioni Generali S.p.A., Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., ul. Marszałkowska 72, 00-545 Warszawa.

Zamawiający, pismem z dnia 9 września 2014 roku, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Ponadto zamawiający podniósł, iż dniu poprzedzającym termin rozprawy, tj. dnia 8 września 2014 roku, zmodyfikował, w części, treść dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, co następuje.

*Zarzut dotyczący terminu składania ofert w postępowaniu.*

*Zamawiający wyznaczył termin składania ofert w Postępowaniu na dzień 10 października 2014 r. Zdaniem Odwołującego, zważywszy na złożoność przedsięwzięcia inwestycyjnego będącego przedmiotem Postępowania, wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert jest zbyt krótki. Nie uwzględnia on bowiem wymaganego prawem czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie oferty (wymóg wynikający wprost z art. 38 ust. 1 Dyrektywy 2004/18/WE). Wskazana okoliczność uniemożliwia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym Odwołującemu, co najmniej złożenie rzetelnie i prawidłowo sporządzonej oferty. Nie ulega wątpliwości, że w Postępowaniu mamy do czynienia z wyjątkowo skomplikowanym zamówieniem, którego rzetelna wycena w wyznaczonym w SIWZ czasie nie jest możliwa. Mamy bowiem również do czynienia z zamówieniem na zaprojektowanie i budowę. Oznacza to, że wykonawca zmuszony jest oszacować ilości robót samodzielnie. Konieczne jest przeprowadzenie prac przedprojektowych, a te czynności wymagają czasu, zwłaszcza, że mamy do czynienia z bardzo dużym i złożonym wielobranżowym zamówieniem,. Potwierdza to chociażby wysokość wadium określona na 17 mln zł. Co więcej, zgodnie z formularzem ofertowym wykonawca ma obowiązek jednoznacznego potwierdzenia, iż zapoznał się z SIWZ oraz wyjaśnieniami o zmianach do SIWZ, a zgodnie z Tomem IV - Wykaz Płatności Zamawiający sam wskazał, iż wykonawca winien dokładnie przestudiować wszystko, co zostało zawarte w SIWZ aby przygotować swoją propozycję Ceny Oferty, co w przypadku przedmiotowego Postępowania wymaga czasu znacząco przekraczającego termin określony przez Zamawiającego. W konsekwencji termin wyznaczony przez Zamawiającego jest terminem nieadekwatnym do zakresu czynności i prac, jakie wykonawca musi wykonać jeszcze przed składaniem ofert, a które są niezbędne dla oszacowaniu ceny oferty. Termin minimalny w tym Postępowaniu w żadnym razie nie pozwala na należyte skalkulowanie ceny oferty. Na dowód trafności swoich zarzutów Odwołujący powołuje wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r. sygn. akt. KIO 1535/12.*

*Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego określenia zobowiązania do ponoszenia sugerowanych kosztów przez wykonawcę.*

*Zamawiający w Tomie IV SIWZ » Wykazie płatności dla Zadania B (str. 2) zawarł sformułowanie zgodnie z którym „Wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych (...), objętych każdą częścią niniejszej Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia - Tom I-IV i że stosownie do nich wycenił wszystkie pozycje.”.Według Odwołującego, wskazany powyżej zapis narusza art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, art. 140 PZP, art. 144 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> KC, Zważywszy, że Zamawiający w żaden sposób nie dookreślił na czym miałyby polegać „sugerowane koszty” które wykonawca zobowiązany jest wycenić w swojej cenie ofertowej, należy uznać, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w tym zakresie w sposób nieprecyzyjny i może on*



*na etapie realizacji zamówienia budzić uzasadnione rozbieżności interpretacyjne. W tym miejscu wymaga podkreślenia, że opis przedmiotu zamówienia powinien być zrozumiały dla wszystkich wykonawców w taki sam sposób, tak aby nie rodził on jakichkolwiek rozbieżności interpretacyjnych. Musi być on sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i nie budzący w żadnym zakresie wątpliwości. Celem powyższego jest umożliwienie bowiem wykonawcom prawidłowego sporządzenia i skalkulowania oferty. W świetle powyższego, trudno byłoby przyjąć, że wskazany zapis SIWZ spełnia wymagania PZP w przedmiocie opisu przedmiotu zamówienia.*

*Zarzut dotyczący braku możliwości żądania przez wykonawcę zmiany wynagrodzenia oraz przedłużenia okresu realizacji w przypadku wystąpienia zmian wynikających z ponownej oceny oddziaływania na środowisko.*

*Zamawiający zawarł w PFU (punkt 1.4 Opis ogólny przedmiotu zamówienia, str. 13) zapis, że „Zmiany ilości lub parametrów, zawarte w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania przez Wykonawcę Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, a także zmiany występujące w ramach przebiegu procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Nie sposób uznać, że w przypadku powyżej wskazanego zapisu PFU, mamy tu do czynienia z jednoznacznym i wyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia. Mamy natomiast do czynienia z istotnym ryzykiem kontraktowym, którego wykonawca nie może oszacować i którym nie może zarządzać. Wynagrodzenie ryczałtowe na gruncie PZP doznaje ograniczenia, w szczególności wobec postanowień art. 140 PZP. Wykonawca powinien również być uprawniony do wydłużenia terminu realizacji zamówienia, jeżeli nastąpi wzrost zakresu zamówienia mający wpływ na termin jego realizacji. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o zmianę przytoczonego zapisu PFU na zapis o treści; „Zmiany ilości lub parametrów, zawarte w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania przez Wykonawcę Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, a także zmiany występujące w ramach przebiegu procedury ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, będą skutkowały zmianą Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużeniem Czasu na Ukończenie.”.*

*Zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do przeprowadzenia niezbędnych uzgodnień na etapie wykonywania projektu budowlanego w zakresie styku i powiązań inwestycji prywatnych inwestorów mogących mieć wpływ na realizację przedmiotowej inwestycji.*

Zamawiający zawarł w PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 94) zapis, że „Z informacji posiadanych przez GDDKiA wynika, iż w rejonie węzła Przyczółkowa drogi ekspresowej S2 Południowej Obwodnicy Warszawy planowane są do realizacji inwestycje prywatnych inwestorów (inwestycje kubaturowe o charakterze komercyjnym), których rozwiązania mogą mieć wpływ na realizację przedmiotowej inwestycji w zakresie styków bądź powiązań. Wykonawca zobowiązany jest dokonać wszelkich niezbędnych uzgodnień na etapie wykonywania projektu budowanego w zakresie styku i powiązań inwestycji. Wyjaśniamy; że GDDKiA nie posiada informacji o terminie i ostatecznych rozwiązaniach technicznych tych inwestycja jedynie dysponuje załączonymi do PFU w wersji elektronicznej rysunkami.”. Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek prowadzenia niedookreślonych hipotetycznych działań, dla których nieznan jest czas ich wystąpienia i zakres. Określenie „wszystkich niezbędnych” w żaden sposób nie pozwala na oszacowanie wartości tych czynności. W konsekwencji Odwołujący wnosi o usunięcie zapisu z PFU.

Zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do koordynacji robót budowlanych związanych z budową dróg dojazdowych, ścieżek rowerowych, rurociągów tłocznych dla odwodnienia dzielnic Wilanów i Wawer (inwestycje miejskie).

Zamawiający zawarł w PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98) zapis, że „Jeżeli będzie to konieczne Wykonawca jest zobowiązany do koordynacji Robót budowlanych związanych z budową dróg dojazdowych, ścieżek rowerowych, rurociągów tłocznych dla odwodnienia dzielnic Wilanów i Wawer (inwestycje miejskie). Wykonawca uzyska wszelkie informacje na temat tych inwestycji od właściwych podmiotów odpowiedzialnych za ich przygotowanie i realizację.

Zarzut odnoszący się do zobowiązania w zakresie udostępnienia części placu budowy związanych z realizacją inwestycji miejskich oraz w zakresie koordynacji wykonania swoich robót z robotami budowlanymi tych inwestycji.

Zamawiający zawarł w PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98) zapis, że „W przypadku rozpoczęcia inwestycji Wykonawca będzie zobowiązany, po wcześniejszym powiadomieniu przez inżyniera i Zamawiającego, do udostępnienia tej części Placu Budowy, która będzie niezbędna do wykonania Robót budowlanych związanych z ich budową, oraz będzie koordynować wykonanie swoich Robót budowlanych z Wykonawcami tych inwestycji. Sposób prowadzenia prac na odcinku budowy w/w inwestycji uzgodnić należy z Zamawiającym. Przedmiotem Postępowania jest zaprojektowanie i budowa. Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek prowadzenia niedookreślonych hipotetycznych działań polegających na koordynacji innych budów realizowanych na zlecenie innych podmiotów, przy czym SIWZ nie zawiera na ten temat żadnych informacji, odsyłając wykonawcę do „właściwych podmiotów. Nieznany jest również

czas wystąpienia i zakres koordynacji. W konsekwencji mamy do czynienia z drastycznym naruszeniem normy określonej w art. 29 i art. 7 PZP oraz 353<sup>1</sup> KC. Taki opis zobowiązań nałożonych w SIWZ na Wykonawcę w żaden sposób nie pozwala na oszacowanie wartości tych czynności. W konsekwencji Odwołujący wnosi o usunięcie wskazanego zapisu z SIWZ w części dotyczącej obowiązku koordynacji.

Odnosząc się z kolei do konieczności udostępnienia części Placu Budowy w nieznanym zakresie i nieznanym terminie, to Odwołujący podnosi, iż taki zapis może nawet skutkować niemożliwością zrealizowania zamówionego w Postępowaniu świadczenia. Definicja „terenu budowy” wynika z art. 3 pkt 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 z późn. zm.) i jest to przestrzeń, w której prowadzone są roboty budowlane, wraz z przestrzenią zajmowaną przez urządzenia zaplecza budowy. Zgodnie treścią art. 647 KC przekazanie terenu budowy jest obowiązkiem inwestora (w tym przypadku Zamawiającego), zaś przejęcie tego terenu od inwestora (tu Zamawiającego) jest obowiązkiem wykonawcy. Z momentem przejęcia placu budowy to wykonawca przejmuje odpowiedzialność za szkody powstałe na przekazanym mu terenie (art. 652 KC). Wykonawca nie może prowadzić robót nie wiedząc kiedy i w jakim zakresie będzie dysponował niezbędnym dla ich wykonania terenem. Na podstawie umowy będzie również odpowiadał za szkody na terenie budowy wobec Zamawiającego. Zgodnie z art. 22 pkt 1 ustawy Prawo budowlane protokolarne przejęcie od inwestora i odpowiednie zabezpieczenie terenu budowy należą do podstawowych obowiązków kierownika budowy. Kierownik budowy obowiązany jest również do sporządzenia planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, (art. 41 ust. 4 pkt. 1 ustawy Prawo budowlane). Nie sposób odpowiadać za czynności i działania niezależne od wykonawcy. Nie sposób również podejmować się realizacji inwestycji, w przypadku niepewności co do terminu i zakresu dysponowania niezbędnymi dla realizacji umowy terenem, zwłaszcza wobec braku możliwości zmiany z tych przyczyn Czasu na Ukończenie i odzyskania poniesionych kosztów, natomiast obciążania karami umownymi za przekroczenie terminu jej wykonania. Przeniesienie takiego ryzyka na wykonawcę jest drastycznym naruszeniem zasady swobody umów i przekracza granice dopuszczalnego ryzyka kontraktowego. W konsekwencji Odwołujący wnosi o usunięcie zapisu z SIWZ, bądź alternatywnie doprecyzowanie terminów i zakresu wyłączenia części terenu budowy dla potrzeb innych realizacji.

Zarzut dotyczący zapewnienia przez wykonawcę zasobów niezbędnych do egzekucyjnego przejęcia nieruchomości.

Zamawiający zawarł w PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 100) zapis, że „wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie w nim uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby tj. zasoby umożliwiające wstęp na ogrodzoną nieruchomość i otwarcie budynków

(zasoby ludzkie oraz narzędzia, np. szlifierka kątowa, łom), zasoby umożliwiające odłączenie mediów (zasoby ludzkie - personel posiadający stosowane uprawnienia branżowe oraz narzędzia). Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia Robót (pierwszych czynności w ramach Robót) na danej działce. W przypadku braku możliwości przeprowadzenia Robót, Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela / użytkownika wieczystego / władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić Roboty na danej działce, jednak właściciel / użytkownik wieczysty / władający uniemożliwił wykonanie tych Robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu.”. Według Odwołującego, wskazany powyżej zapis narusza art. 29 ust. 1 oraz 2 PZP, art. 31 ust. 1 PZP, art. 7 PZP oraz art. 353<sup>1</sup> KC oraz art. 758 i 759 KPC. Z zaskarżonego postanowienia PFU nie wynika, jaki jest zakres obowiązków wykonawcy w sytuacji braku możliwości prowadzenia robót na określonej nieruchomości w przypadku konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości. Należy zauważyć, że Zamawiający nałożył na wykonawcę w sposób niedookreślony obowiązek uczestniczenia w egzekucyjnym przejęciu nieruchomości a także zapewnienia niezbędnych zasobów w przejęciu egzekucyjnym. Zamawiający nie wskazał jednak w jakim zakresie wykonawca ma brać udział w tym postępowaniu oraz co należy rozumieć przez zapewnienie niezbędnych zasobów w egzekucji. Należy też wskazać, że zgodnie z art. 647 KC obowiązkiem Inwestora (Zamawiającego) jest przekazanie placu budowy wykonawcy. Wykonawca nie jest uprawniony do prowadzenia czynności związanych z postępowaniem egzekucyjnym. Nieruchomości, na których mają być prowadzone prace (plac budowy) powinien zostać przekazany w stanie umożliwiającym wykonanie umowy o roboty budowlane. W przypadku niemożności wykonywania robót na nieruchomościach, wykonawca nie ma uprawnień i kompetencji władzy publicznej, aby uczestniczyć w czynnościach egzekucyjnych. Warto też zaznaczyć, że przedmiotowe postanowienie było już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Wysoką Izbę w wyroku z 23 sierpnia 2010 r., sygn. KIO 1698/10.

Zarzut dotyczący obowiązku uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem stosownego wniosku w tym celu i dokonania wszelkich niezbędnych opracowań.

Zgodnie z punktem 2.2.1 PFU (Zakres dokumentacji projektowej, str. 266 PFU), wykonawca uzyska dokumentację formalno-prawną obejmującą „decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem wniosku i wszelkich niezbędnych opracowań

*(ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko Dz. U Nr 199, poz. 1227 z późn. zm.).” W tym miejscu należy wskazać, iż Zamawiający dysponuje decyzją środowiskową dla całego przedsięwzięcia, niemniej jednak decyzja ta nie obejmuje wykonania jednego z elementów robót tj. kanalizacji ciśnieniowej (2x1600), która jest inwestycją realizowaną na potrzeby Miasta Stołecznego Warszawy, jako inwestycja towarzysząca, stąd na etapie realizacji zamówienia powstanie niewątpliwie konieczność uzyskania odrębnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla tej części robót. Należy zwrócić uwagę, iż wykonawca ma obowiązek uzyskać ZRID lub pozwolenia na budowę w terminie 10 miesięcy od podpisania umowy (Kamień Milowy nr 3). Co istotne Zamawiający nie różnicował terminu uzyskania ZRID dla inwestycji drogowej, dla której wydano decyzję środowiskową od sytuacji uzyskania pozwolenia na budowę dla budowy kanalizacji ciśnieniowej, dla której decyzję środowiskową należy dopiero uzyskać. W świetle zapisów subklauzuli 1.13 Warunków Szczególnych Kontraktu to Zamawiający musi posiadać decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia i to on będzie ponosił odpowiedzialność za jej ważność i wady. Powyższe w sposób niebudzący wątpliwości potwierdza, że w niniejszym przypadku zachodzi sprzeczność wewnętrzna postanowień SIWZ, a tym samym naruszony zostaje art. 29 PZP. Co więcej, biorąc pod uwagę krótki umowny termin na uzyskanie ZRID lub pozwolenia na budowę (10 miesięcy) oraz praktykę uzyskiwania decyzji środowiskowych, w tym konieczność angażowania czynnika społecznego oraz znaczące ryzyko przewlekłości postępowania administracyjnego w tym przedmiocie, trudno byłoby przyjąć, że obowiązek ten powinien obciążać wykonawców. Konsekwentnie zatem, obowiązek ten powinien obciążać Zamawiającego, co pozostaje w zgodności z Subklauzulą 1.13 Warunków Szczególnych Kontraktu. W świetle powyższego konieczne i uzasadnione jest wykreślenie z PFU (punkt 2.2.1 Zakres dokumentacji projektowej, str. 266 PFU), sformułowania, że „Wykonawca uzyska następującą dokumentację formalno-prawną obejmującą m.in.: (...) Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem wniosku i wszelkich niezbędnych opracowań (ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko Dz. U Nr 199, poz. 1227 z późn. zm.).*

*Zarzut dotyczący nieproporcjonalnego rozdziału wynagrodzenia w przypadku Kamienia Milowego nr 3 i 4.*

*Zważywszy na sposób rozłożenia proporcji wynagrodzenia wykonawcy przysługiwało będzie nieproporcjonalne wynagrodzenia w stosunku do zrealizowanych zakresu zamówienia w odniesieniu do Kamienia Milowego nr 3 oraz nr 4, gdzie w przypadku Kamienia Milowego nr 3 wykonawca otrzyma 10% wynagrodzenia umownego po 2*

miesiącach realizacji robót, natomiast w przypadku Kamienia Milowego nr 4 wykonawca otrzyma 45% wynagrodzenia umownego po 12 miesiącach jego realizacji.

Przystępujący poparli stanowisko odwołującego.

Zamawiający wskazał, co następuje.

*Zamawiający podnosi, że zarzuty Odwołującego są niezasadne i powinny zostać oddalone w całości.*

*Ad 2.1. uzasadnienia odwołania - zarzut dot. terminu składania ofert w postępowaniu.*

*Zamawiający mając na uwadze skomplikowany charakter zamówienia przewidział termin 57 dni na złożenie oferty. Zgodnie z art. 38 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE jak również zgodnie z art. 52 ust. 2 Pzp termin minimalny na złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego wynosi 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Termin ten został przez Zamawiającego wydłużony prawie o połowę. W związku z czym zarzut naruszenia przepisów Pzp oraz przedmiotowej Dyrektywy jest całkowicie bezpodstawny, a termin dodatkowego przedłużenia czasu na składanie ofert wnioskowany przez Odwołującego jest w ocenie Zamawiającego irracjonalny i nie znajdujący uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa. Ponadto, mając na uwadze powyższe, jako również wielkość i szacowaną wartość przedmiotowej inwestycji Zamawiający podzielił kontrakt na trzy Zadania dostosowując w ten przedmiot zamówienia do realnych możliwości Wykonawców. Zaznaczyć należy również fakt, że Zamawiający wyprzedzająco (27.03.2014r.) przed zaproszeniem do składania ofert, przekazał Wykonawcom jako materiał informacyjny opracowywaną Koncepcję Programową. Dzięki temu dokumentowi Wykonawcy mogli już wcześniej zapoznać się z przedmiotem zamówienia oraz rozpocząć pracę nad przygotowaniem oferty. Profesjonalny i doświadczony wykonawca, a tylko tacy zostali zaproszeni do składania ofert, nie powinien mieć problemu ze złożeniem należycie przygotowanej oferty w niniejszym postępowaniu.*

*Ad. 2.2. uzasadnienia odwołania - zarzut dot. nieprecyzyjnego określenia zobowiązania do ponoszenia sugerowanych kosztów przez wykonawcę.*

*W ocenie Zamawiającego przedmiotowe sformułowanie „Wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych, objętych każdą częścią niniejszej SIWZ - Tom I-IV i że stosownie do nich wycenił wszystkie pozycje” należy czytać i interpretować łącznie z wszystkimi pozostałymi postanowieniami SIWZ. Zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ nie używa sformułowania „sugerowane koszty”. Nie można zapominać, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy inwestycji realizowanej w systemie projektuj i buduj, co oznacza, iż pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie sugerowane na tym etapie przez*

Zamawiającego. Natomiast wykonawca jest uprawniony do ich zaproponowania i zrealizowania (przy spełnieniu wszystkich wymogów SIWZ) w ostatecznym, zmodyfikowanym kształcie. Wobec powyższego należy uznać, iż postanowienia SIWZ są określone w sposób najpełniej precyzyjny i równy dla wszystkich wykonawców, jak to jest możliwe dla inwestycji realizowanej w systemie projektuj i buduj.

Ad. 2.3. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący braku możliwości żądania przez wykonawcę zmiany wynagrodzenia oraz przedłużenia okresu realizacji w przypadku wystąpienia zmian wynikających z ponownej oceny oddziaływania na środowisko.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż przedmiotowe zamówienia będzie realizowane w systemie „Projektuj i Buduj”, a to oznacza, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania projektu budowlanego (wraz z uzyskaniem decyzji ZRID) oraz innej dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia, m.in. wskazanego w punkcie 2.2.1. PFU Skład Dokumentów Wykonawcy Raportu w ramach ponownej oceny. To z projektu budowlanego i raportu oddziaływania na środowisko (wykonywanego przez wykonawcę), który „sprawdza” zagadnienia budowlane zawarte w projekcie budowlanym z wymaganiami ochrony środowiska wynikać będą ostateczne rozwiązania projektowe. Tym samym należy uznać, iż profesjonalny wykonawca jest w stanie, bez większych problemów, ocenić ryzyka związane z ponowną oceną oddziaływania inwestycji na środowisko. Zwłaszcza, iż przedmiotowe oddziaływanie jest szczegółowo wskazane w decyzji środowiskowej. Ponowny raport oddziaływania może co najwyżej doszczegółowić warunki nałożone w decyzji środowiskowej. Wobec powyższego przedmiotowe postanowienie SIWZ najpełniej jak to jest możliwe w systemie projektuj i buduj określa przedmiotowy obowiązek wykonawcy wypełniając nałożony na zamawiającego przepisami ustawy Pzp obowiązek wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przedmiotowe postanowienie SIWZ jest określone w sposób precyzyjny i wyczerpujący, z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Ad. 2.4. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący zobowiązania wykonawcy do przeprowadzenia niezbędnych uzgodnień na etapie wykonywania projektu budowlanego w zakresie styku i powiązań inwestycji prywatnych inwestorów mogących mieć wpływ na realizację przedmiotowej inwestycji.

Należy zauważyć, iż przedmiotowe zamówienia będzie realizowane w systemie „Projektuj i Buduj”, a to oznacza, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania projektu budowlanego, na podstawie którego będzie zobowiązany do uzyskania na rzecz zamawiającego decyzji ZRID. I to na tym etapie, tj. wykonywania projektu budowlanego oraz uzyskiwania decyzji ZRID wykonawca będzie zobowiązany do uzyskania wszystkich wymaganych prawem decyzji i uzgodnień. Zamawiający chcąc ułatwić wykonawcy właściwe skalkulowanie oferty w zakresie powyższych czynności wskazuje na potencjalne obszary

ryzyk, które mogą się pojawić na etapie przygotowania projektu. Również Zamawiający załączył jako materiał informacyjny posiadane załączniki graficzne dotyczące planowanych inwestycji podmiotów trzecich tym samym przekazał całą posiadaną wiedzę w tym zakresie. Wobec powyższego należy uznać, iż zarzut odwołującego jest bezzasadny, a tworząc pkt 1.5.2.1 PFU Zamawiający wypełnił nałożony ustawą Pzp obowiązek wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ad. 2.5. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący zobowiązania do koordynacji robót budowlanych związanych z budową dróg dojazdowych, ścieżek rowerowych, rurociągów tłocznych dla odwodnienia dzielnic Wilanów i Wawer (inwestycje miejskie).

Przed wszystkim należy zauważyć, iż pełne brzmienie pkt 1.5.2.1 PFU - ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98 w części zaskarżonej przez Odwołującego brzmi: „Jeżeli będzie to konieczne Wykonawca jest zobowiązany do koordynacji Robót budowlanych związanych z budową dróg dojazdowych, ścieżek rowerowych, rurociągów tłocznych dla odwodnienia dzielnic Wilanów i Ursynów itp. (inwestycje miejskie). Wykonawca uzyska wszelkie informacje na temat tych inwestycji od właściwych podmiotów odpowiedzialnych za ich przygotowanie i realizację. W przypadku rozpoczęcia inwestycji Wykonawca będzie zobowiązany, po wcześniejszym powiadomieniu przez Inżyniera i Zamawiającego, do udostępnienia tej części Placu Budowy, która będzie niezbędna do wykonania Robót budowlanych związanych z ich budową, oraz będzie koordynować wykonanie swoich Robót budowlanych z Wykonawcami tych inwestycji. Sposób prowadzenia prac na odcinku budowy w/w inwestycji uzgodnić należy z Zamawiającym.”. Powyższe postanowienie należy czytać łącznie, gdyż jest to jeden obowiązek wykonawcy, a nie jak to uczynił Odwołujący w podziale na dwa odrębne obowiązki. Wykonawca zgodnie z powyższym postanowieniem SIWZ jest zobowiązany do koordynacji robót budowlanych nie związanych bezpośrednio z przedmiotowym zamówieniem, ale z uwagi na ich lokalizację mogących mieć wpływ na realizację zamówienia. W takim przypadku Wykonawca będzie zobowiązany do skoordynowania przedmiotowych robót tak aby nie miały one negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Taki obowiązek nałożony na wykonawcę, jako dysponenta Placu budowy przedmiotowego zamówienia nie narusza przepisów Pzp oraz kodeksu cywilnego. Co więcej, w ocenie Zamawiającego tak sformułowane wymaganie wypełnia nałożony ustawą Pzp obowiązek wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wskazuje bowiem Wykonawcy na potencjalne ryzyka jakie mogą powstać w trakcie realizacji inwestycji. Należy również wskazać, że przedmiotowe postępowanie przetargowe dotyczy inwestycji położonej w silnie zurbanizowanym terenie miejskim na którym, co jest oczywiste, prowadzone są liczne inwestycje podmiotów trzecich,



w tym również podmiotów publicznych. Zamawiający w postanowieniach SIWZ chce uwidocznic wykonawcom potencjalne ryzyko z tym związane celem umożliwienia jego należytej wyceny w ofercie. Niedopuszczalnym jest, aby na czas trwania przedmiotowej inwestycji (ok. 4 lat) uniemożliwić jakąkolwiek ingerencję innych podmiotów na stykach z inwestycją, gdyż takie działania mogłoby doprowadzić do zablokowania - na okres co najmniej 4 lat innych inwestycji, w tym celu publicznego. Powyższy obowiązek wykonawca, jako profesjonalny podmiot, winien należycie wycenić i uwzględnić w ofercie.

Ad. 2.6. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący zapewnienia przez wykonawcę zasobów niezbędnych do egzekucyjnego przejęcia nieruchomości.

Zamawiający wskazuje, iż w pkt. 1.5.2.1 PFU wskazał jakie są obowiązki wykonawcy związane z uczestnictwem w czynnościach egzekucyjnych, tj. (i) podjęcia próby rozpoczęcia robót, (ii) pisemne potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości, (iii) zapewnienie niezbędnych zasobów umożliwiających wstęp na ogrodzoną nieruchomość, otwarcie budynków i odłączenie mediów ze wskazaniem rodzaju tych zasobów. Dodatkowo przez określenie celu jakiemu mają służyć te zasoby postanowienia SIWZ doprecyzowują zakres czynności, jakie ma wykonać wykonawca. W PFU brak jest postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek prowadzenia czynności egzekucyjnych. Wynika to z faktu, że prowadzenie tych czynności z mocy prawa (ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji) należy do właściwego organu. Odnosząc się do wzmianki o wyroku KIO z 23.08.2010r. sygn. KIO 1698/10 Zamawiający wskazuje, że wyrok ten zapadł w odmiennych okolicznościach, tj. postępowanie dotyczyło kontraktu, gdzie przedmiot zamówienia nie obejmował sporządzenia projektu budowlanego oraz uzyskania decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, podczas gdy w niniejszym postępowaniu Wykonawca na skutek konieczności opracowania tej dokumentacji ma na obecnym etapie wiedzę równoważną wiedzy Zamawiającego w przedmiocie zakresu przyszłego placu budowy, a tym samym ilości obiektów zabudowanych i związanego z tym ryzyka konieczności prowadzenia egzekucji administracyjnej. Zamawiający wypełnił w postanowieniach SIWZ w niniejszym postępowaniu wskazania jakie wynikają z uzasadnienia wyroku KIO z dnia 23.08.2010 r. w sprawie 1698/10 przy uwzględnieniu wyżej opisanej specyfikacji kontraktu (P&B).

Ad. 2.7. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący obowiązku uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach wraz z przygotowaniem stosownego wniosku w tym celu i dokonania wszelkich niezbędnych opracowań.

W ocenie Zamawiającego zarzut jest nieaktualny. Zamawiający dokonał w dniu 08.09.2014 r. stosownej zmiany SIWZ (zmiana SIWZ nr 1). Przedmiotowa zmiana wynika z § 3 ust. 1 pkt 79 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. (Dz. U. nr 213, poz. 1397)

w brzmieniu nadanym przez rozporządzenie Rady Ministrów z 17 lipca 2013 r. (Dz. U. poz. 817) - brak konieczności uzyskania decyzji środowiskowej w przedmiotowym zakresie.

Ad. 2.8. uzasadnienia odwołania - zarzut dotyczący nieproporcjonalnego rozdziału wynagrodzenia w przypadku Kamienia Milowego nr 3 i 4

Zamawiający wskazuje, iż przedmiotowy zarzut jest bezpodstawny. Przede wszystkim wykonawca nie wskazuje w jaki sposób przedmiotowe postanowienia SIWZ naruszają przepisy Pzp, a w szczególności dlaczego otrzymanie przez wykonawcę po osiągnięciu Kamienia Milowego nr 3 - 10 % wynagrodzenia a po osiągnięciu Kamienia Milowego nr 4 - 55% wynagrodzenia narusza przepisy Pzp, a otrzymanie w tym samym czasie 7,5 % wynagrodzenia (...) oraz 45% wynagrodzenia (...) miałyby być zgodne z Pzp. Zamawiający wskazuje, iż dokonał analizy - na osi czasu - na Zadaniu B Kamieni Milowych. Na podstawie tej analizy Zamawiający stwierdził, iż Kamień Milowy nr 3 zostanie osiągnięty po 18 miesiącach od daty rozpoczęcia zamówienia i w tym czasie upłynie 44% czasu trwania zamówienia i 11% czasu realizacji samych robót budowlanych. Natomiast Kamień Milowy nr 4 zostanie osiągnięty po 30 miesiącach od daty rozpoczęcia zamówienia i w tym czasie upłynie 73% czasu trwania zamówienia i 57% czasu realizacji samych robót budowlanych. Na tej podstawie Zamawiający uznał, iż Wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy po osiągnięciu Kamieni Milowych nr 3 i 4 jest proporcjonalna do czasu realizacji robót budowlanych. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż zarzut Odwołującego w zakresie „przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia” jest nietrafiony. „Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy)” oznacza wartości lub zakresy prac lub Robót, jakie jest zobowiązany wykonać Wykonawca w terminie ustalonym w dokumencie Dane Kontraktowe, a także wartość brutto zgromadzonych na potrzebny Kontraktu materiałów poświadczonych zgodnie z wymaganiami Subklauzuli 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania]. Zwracamy uwagę, iż Odwołujący bezpodstawnie powiązał kwestię finansowych Kamieni Milowych (które stanowią zobowiązanie Wykonawcy wobec Zamawiającego) z wynagrodzeniem przysługującym Wykonawcy za zrealizowany zakres zamówienia.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.**

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wszyscy odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało ich do złożenia odwołań.

Poniższa, ogólna argumentacja, wyznacza kierunek przedmiotowego orzeczenia i odnosi się do wszystkich trzech postępowań odwoławczych, tj. KIO 1750/14, KIO 1755/14 oraz KIO 1756/14.

Odnosząc się do kwestii ogólnych, proceduralnych, podnoszonych przez wszystkich odwołujących, a dotyczących czynności, zdaniem odwołujących pozornych, dokonanych przez zamawiającego, w zakresie stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołania, tj. nie uwzględnieniem żadnego z zarzutów odwołania i wnioskiem o oddalenie odwołań, a z drugiej strony modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie niektórych zarzutów odwołań, zgodnie z żądaniami odwołujących, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 1 zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Odpowiedź na odwołanie wnosi się na piśmie lub ustnie do protokołu. Z treści wskazanego przepisu jednoznacznie wynika, że zamawiający nie ma obowiązku wnoszenia odpowiedzi na odwołanie. Jeżeli jednak zdecyduje się na dokonanie takiej czynności, to może jej dokonać na piśmie lub ustnie do protokołu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zdecydował, że wnieść odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, której to czynności dokonał w dniu 9 września 2014 roku, na posiedzeniu Izby, przed otwarciem rozprawy.

Z kolei z przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, wynika, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie.

Zamawiający w dniu 8 września 2014 roku, dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą to modyfikację przekazał wykonawcom w tym samym dniu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela poglądów odwołujących o rzekomo pozornych czynnościach zamawiającego, gdyż z żadnego z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, nie wynika zakaz dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przed terminem rozpoznania odwołania, w zakresie zarzutów i żądań, jakie zostały przedstawione w odwołaniu. Zamawiający, w tym zakresie nie jest ograniczony ani pod względem terminu, ani pod względem rzeczowym dokonywanych modyfikacji.

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Skoro zatem Izba na podstawie przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, to pod ocenę Izby muszą być poddane te wszystkie zarzuty odwołania, które były podniesione w odwołaniu, a nie zostały wycofane przez odwołującego. Tym samym, korelując te dwa przepisy, Izba w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym orzekła o wszystkich zarzutach odwołań, jednakże biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, tj. dokonaną czynność zamawiającego polegającą na zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która to czynność w odniesieniu jedynie do kilku zarzutów skonsumowała żądania odwołujących, Izba stwierdziła słuszność tych zarzutów, jednakże jako, że zostały one już „naprawione” uznała za pozostające bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie bowiem z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie Izba, odnosząc się do zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oceniając ich zasadność, kierowała się stanowiskiem wyrażonym w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 314 /11, w którym sąd orzekł, że „Zgodnie z art. 29 ust. 1 przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa wymaga, by opis był dokonany za pomocą cech technicznych i jakościowych przy uwzględnieniu norm wymienionych w art. 30, a jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych - opisu przedmiotu zamówienia dokonuje się na zasadach określonych w art. 31. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie - art. 140. Szczegółowe wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w przypadku, gdy postępowanie dotyczy robót budowlanych, uregulowano w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu formy dokumentacji projektowej (Dz.

U. Nr 202, poz. 2072). W akcie tym określony został zakres dokumentacji służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Podniesiony w odwołaniu zarzut Wykonawcy dotyczący naruszenia art. 29 i 31 ustawy nie dotyczył w swej istocie - co zasadnie podnosił skarżący - poprawności opisu przedmiotu zamówienia rozumianej, jako zgodność opisu z normą art. 29 i 31, gdyż kwestionowane postanowienia Warunków Umownych w ogóle nie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia dokonanego zgodnie z wspomnianym wyżej rozporządzeniem, a wyłącznie określają wymagany przez Zamawiającego podział ryzyka odpowiedzialności stron. W analizowanym postępowaniu przedmiot zamówienia, które zrealizować ma Wykonawca zdaniem Sądu Okręgowego określony jest jasno i precyzyjnie w dokumentacji projektowej opisanej w zestawieniu stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, a wpływu na ocenę tego faktu nie mają kwestie związane z rozkładem ryzyka pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym ani też sposób rozłożenia odpowiedzialności. Kwestionowane postanowienie nie nakłada na Wykonawcę jakiegokolwiek obowiązku, który wiązałby się z rozszerzeniem lub zmianą zakresu jego czynności, do których jest zobowiązany w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Postanowienie to nie ma wpływu zatem na zakres świadczenia wynikającego z umowy, a usunięcie go nie wpłynie na prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców: Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c., Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy. Subklauzula 1.8 Warunków Umowy wbrew twierdzeniom Wykonawcy zawartym w odwołaniu, a które Izba powieliła w zaskarżonym wyroku, nie modyfikuje zakresu odpowiedzialności projektanta za prawidłowość dokumentacji projektowej. Sąd Okręgowy w Gdańsku podziela przy tym przywołany przez skarżącego pogląd Sądu Okręgowego we Wrocławiu wyrażony w uzasadnieniu do wyroku z dnia 14.04.2008r. (sygn. akt X Ga 677/08), w którym stwierdzono, iż niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić

wskazaną przez Wykonawcę cenę. Ważnym jest, by takie działanie nastąpiło poprzez zamieszczenie odpowiednich postanowień w specyfikacji w sposób jawny dla wszystkich wykonawców i przed upływem terminu składania ofert.”.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, mając na uwadze poczynione powyżej uwagi ogólne, Izba stwierdziła, co następuje.

KIO 1750/14.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, w zakresie stawiania zarzutów przez odwołującego po terminie, odnoszących się do zadania A, B i C o odpowiednio poz. 29, 28 i 27 s.i.w.z. Wskazać bowiem należy, na fakt, iż w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie ma obowiązku dokonywania szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie podaje (w sposób ogólny) jego podstawowy zakres. Dopiero na etapie przekazywania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwym do opisanego jest przedmiot zamówienia w sposób na tyle szczegółowy, który w przypadku jego wadliwości może stanowić podstawę do kwestionowania jego poprawności.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, podnosząc, iż zamawiający w sposób możliwe najdokładniejszy i obiektywny opisał przedmiot zamówienia, z podaniem wszystkich niezbędnych okoliczności mających wpływ na właściwą kalkulację ceny ofertowej. Za zasadne należało uznać stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 7 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 25/14 i 26/14, gdzie Izba wskazała, że „Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w zakwestionowanych postanowieniach chodzi o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek np. zaproponowania przez wykonawcę rozwiązań według jego własnej koncepcji. (...) Jak wskazał Zamawiający w przypadku inwestycji realizowanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, to od koncepcji i zamysłu wykonawcy będzie zależało, jak zastosowane przez niego rozwiązania przełożą się na zakres niezbędnych do wykonania prac. Nie ma więc uzasadnienia twierdzenie, że zamawiający zobowiązał wykonawcę do wykonania prac nieobjętych w PFU, a także nie ma potrzeby, aby zastosowane przez wykonawcę rozwiązania miały generować konieczność wykonania robót o nieprzewidzianym przez zamawiającego zakresie finansowym, co nie zostało przez odwołującego wykazane w toku postępowania. Ponadto wykonawca, który powinien oznaczać się znajomością rzeczy, obliczając wysokość wynagrodzenia, musi przewidzieć niezbędny zakres prac dotyczących robót związanych z wykonaniem projektu budynku i robót, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Tylko w przypadku, gdy w toku robót pojawi się potrzeba wykonania dodatkowych elementów obiektu, które nie były przewidziane w umowie i w projekcie wykonawcy to strony mogą w drodze porozumienia poszerzyć zakres robót i objąć je dodatkowym wynagrodzeniem.”.

Kolejny zarzut odwołującego również należało uznać za niezasadny, albowiem w ocenie Izby zamawiający w sposób szczegółowy dokonał opisu zdarzeń, jakie mogą wystąpić na

terenie realizacji inwestycji. Każdy z wykonawców w sposób jednakowy otrzymał te informacje, a odwołujący, jako profesjonalny wykonawca z pewnością potrafi wycenić te ryzyka. Zakres informacji jest przekazany w sposób jednakowy dla każdego zaproszonego wykonawcy i nie budzi wątpliwości, że działanie zamawiającego w sposób transparentny gwarantuje zapewnienie maksymalnego stanu wiedzy, gwarantującego rzetelną wycenę oferty.

W zakresie zarzutu 3 odwołania (dot. decyzji zwalniających z zakazów z art. 88n i art. 88l ustawy- Prawo wodne), Izba stwierdziła jak na wstępie uzasadnienia uznając, że zarzut należało uznać za zasadny, jednakże w wyniku dokonanej przez zamawiającego modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która zmieniła pierwotne brzmienie tego zapisu, pozostając w korelacji z jakże ogólnikowym żądaniem odwołującego, cyt. „(...) o nakazanie zmiany treści s.i.w.z. w sposób, który nie będzie naruszał powyższych przepisów.”, powoduje, iż czynność zamawiającego należało uznać za spełniającą żądania odwołania, a w konsekwencji jako, że czynność modyfikacji już się dokonała – uznać należało, że naruszenie (choć zasadne) pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Analogicznie, Izba uznała w zakresie wszystkich zarzutów odwołań (KIO 1750/14, KIO 1755/14, 1756/14), w wyniku których zamawiający dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do wskazywanych przez odwołującego niespójności w niektórych elementach dokumentacji postępowania (s.i.w.z. i załączników), Izba nie stwierdziła, że takie niespójności występują, w szczególności takie, które mogłyby naruszać przepis art. 29 ust. 1 czy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób precyzyjny opisał, jakie elementy wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia i takie elementy każdy z wykonawców ma wycenić, przyjmując oczywiście określony poziom oceny ryzyka, co w konsekwencji ma wpływ na ostateczną cenę oferty. Jednakże stwierdzić należy, że zamawiający nie jest władny do ustalania polityki kontraktu ze strony wykonawców. Ma jedynie obowiązek (na obecnym etapie postępowania) wskazać, jakie elementy trzeba wycenić. I takiej czynności, w ocenie Izby zamawiający dokonał.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego obowiązku nałożonego przez zamawiającego zapewnienia przez wykonawców dwóch audytorów BRD, Izba stwierdziła, że jest on bezzasadny. Zamawiający ma prawo do żądania, aby przedmiot umowy był realizowany przez osoby posiadające przedmiotowo istotne uprawnienia. Fakt, iż z przepisów wynika, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek dysponowania takimi osobami nie wyklucza możliwości żądania dysponowania takimi osobami przez wykonawców w celu merytorycznej współpracy pomiędzy dwoma stronami kontraktu. Ponadto odwołujący nie wskazał, w jaki sposób, omawiane żądanie narusza zasadę uczciwej konkurencji. Wymóg został postawiony dla wszystkich wykonawców w sposób jednakowy i niedyskryminujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

KIO 1755/14.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, mając na uwadze poczynione powyżej uwagi ogólne, Izba stwierdziła, co następuje.

Izba podziela stanowisko wyrażone na wstępie uzasadnienia, jak i w treści uzasadnienia do sprawy KIO 1750/14.

Odnosząc się do zarzutu dot. terminu składania ofert, Izba stwierdziła, że termin ten zamawiający określił prawidłowo, w sposób który pozostaje w zgodzie z obowiązującymi przepisami prawa, uwzględniając specyfikę przedmiotu zamówienia. Wskazać bowiem należy, że zamawiający, jako doświadczony podmiot, który ma w swoim dorobku równie skomplikowane realizacje, potrafi w sposób rzetelny ustalić, jaki jest niezbędny czas na przygotowanie oferty, a wykonawcy – profesjonalści na rynku, również znając specyfikę i realia takich kontraktów potrafią w sposób prawidłowy dokonać wyceny ofertowej, w wymaganym terminie.

W zakresie zarzutów dot. kamienia milowego 1 i 3, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne. Po pierwsze, wymagania, co do kamienia milowego Nr 1 zostały opisane jasno i precyzyjnie, Izba nie wie skąd wątpliwości u odwołującego w tym zakresie. Natomiast jeżeli chodzi o kamień milowy nr 3 to Izba nie widzi przeciwwskazań, co do możliwości zakreślenia tego terminu datą końcową, tym bardziej, że jest to data, w której kończy obowiązywać decyzja środowiskowa. Za zasadny w tym zakresie należy przywołać wyrok Izby z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2969/13, gdzie Izba wskazała, że „(...) *Nie znajduje również uzasadnienia żądanie, aby zamawiający nie bacząc na terminy, którymi jest związany na mocy posiadanych decyzji, w sposób nieracjonalny ustalił termin do złożenia wniosku o ZRID po wygaśnięciu decyzji. Niewątpliwie ryzyko związane z terminem zawarcia umowy i realnością wymagania odnośnie terminu złożenia wniosku o ZRID, a tym samym realizacji prac projektowych objętych tym etapem musi być uwzględnione w przedmiotowym postępowaniu zarówno przez zamawiającego jak i wykonawców.*”

Kolejne zarzuty odwołania również należało uznać za bezpodstawne, gdyż zamawiający w sposób maksymalnie przejrzysty, z dużą dozą dokładności podał wszystkie informacje, czynniki, okoliczności, problemy mające, czy mogące mieć wpływ na wycenę oferty. Dlatego też w tym zakresie Izba w pełni identyfikuje się z argumentacją zamawiającego.

Zarzut dotyczący gruntów Izba uznała za zasadny, jednakże pozostający bez wpływu na wynik postępowania – zamawiający dokonał czynności modyfikacji treści s.i.w.z., w tym zakresie.



Analogicznie w zakresie zarzutów dotyczących zagospodarowania wód opadowych.

Zarzut dotyczący zapewnienia zasobów niezbędnych do egzekucyjnego przejęcia nieruchomości, Izba uznała za bezzasadny. Zamawiający w sposób precyzyjny opisał na czym ma polegać udział wykonawcy w czynnościach komorniczych. Informacja w równym stopniu została przekazana wszystkim wykonawcom. Ponadto, oczywistym jest, czego świadomość ma również wykonawca, że czynności w postępowaniu egzekucyjnym nie będzie dokonywał odwołujący, a uprawniony do tego organ.

Odnosnie ostatnich trzech zarzutów, Izba uznała je zasadne – zamawiający dokonał stosownej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jednakże pozostające bez wpływu na wynik postępowania. Izba nie może nakazać zmiany kwestionowanych postanowień, gdyż zostały one już dokonane czynnościami własnymi zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

KIO 1756/14.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, mając na uwadze poczynione powyżej uwagi ogólne, Izba stwierdziła, co następuje.

Izba podziela stanowisko wyrażone na wstępie uzasadnienia, jak i w treści uzasadnienia do spraw KIO 1750/14 oraz KIO 1755/14.

Odnosnie zarzutu dot. terminu składania ofert – argumentacja jak w sprawie 1755/14.

Kolejne zarzuty odwołania, również należało uznać za bezpodstawne, gdyż zamawiający w sposób maksymalnie przejrzysty, z dużą dozą dokładności podał wszystkie informacje, czynniki, okoliczności, problemy, potencjalne obszary ryzyk mające, czy mogące mieć wpływ na wycenę oferty. W omawianym zakresie Izba identyfikuje się ze stanowiskiem zamawiającego.

Zarzut dotyczący zapewnienia zasobów niezbędnych do egzekucyjnego przejęcia nieruchomości – argumentacja jak w sprawie 1755/14.

Zarzut dotyczący obowiązku uzyskania stosownych decyzji środowiskowych Izba uznała za zasadny, jednakże pozostający bez wpływu na wynik postępowania – zamawiający zmodyfikował s.i.w.z. w tym zakresie.

Zarzut dotyczący nieproporcjonalnego podziału wynagrodzenia w odniesieniu do kamienia milowego 3 i 4 – Izba uznała za bezpodstawny, stwierdzając, że odwołujący nie wskazał okoliczności, które przez tak sformułowany opis utrudniają, czy wręcz uniemożliwiają złożenie oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....