

**WYROK**  
**z dnia 3 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 r. przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawców:

- 1. ZUE S.A., ul. Czapińskiego 3, 30-848 Kraków**
  - 2. TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań**
  - 3. PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa**
  - 4. BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**
  - 5. Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa**
- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego **po stronie odwołującego**

**orzeka:**

- 1. oddała odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr**** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania,

**2.2.** zasądza od wykonawcy: STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków na rzecz zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę **68,00 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące uiszczoną opłatę skarbową od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 283 na odcinku Zebrzydowa - Żagań” realizowanego w ramach projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 283 na odcinku Zebrzydowa – Żagań”, numer referencyjny: IREZA4g-216-06/2019, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 30.04.2019 r. nr 2019/S 084- 202259, sprostowanie z 10.06.2019 r. nr 2019/S 110-270162.

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odwołujący – STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytania nr 355, 367 oraz 368, a konsekwencji zmianie dokumentacji przetargowej - Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w tym stanowiącego jej integralną część Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU”) i Warunków Przyszłej Umowy – ze względu na konieczność uwzględniania w cenie oferty robót, które wynikać będą z nieistniejącej Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach oraz wyłączeniu możliwości zmiany terminu wykonania Etapu 1 w razie zaistnienia okoliczności, na których powstanie Wykonawca nie ma wpływu, a które ujęto w warunkach § 33 ust. 3 i 4 Projektu Umowy, w zakresie szczegółowo opisanym w dalszej części odwołania.

### **I. Zarzuty**

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 14 Pzp w zw. z art. 647 k.c., art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 w zw. warunkami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. Nr 202 poz. 2072, z późn. zm.) - dalej „rozporządzenie” oraz art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15, § 18 ust. 2 pkt 2 ppkt 1-4, ust. 3 ppkt 2-5 rozporządzenia, poprzez zaniechanie ujęcia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym informacji wymaganych i koniecznych do sporządzenia oferty w zakresie dodatkowych urządzeń infrastruktury lub podjęcia dodatkowych działań jakie wynikać

mogą z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach;

2. a w konsekwencji naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp, art. 31 ust. 2 i 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenie porównywalnych ofert;
3. art. 139 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 353 (1) kodeksu cywilnego przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego wobec pozbawienia wykonawców możliwości zmiany terminu wykonania Etapu 1 określonego w pkt 3 IDW w przypadku zaistnienia okoliczności będących skutkiem działań/zaniechań organów administracji;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec:
  - zaniechania jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia,
  - pozbawieniu Wykonawcy możliwości zmiany terminu wykonania Etapu 1 określonego w pkt 3 IDW na skutek działań organów administracji.

## **II. W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

1. modyfikacji SIWZ w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 355, tj.:

*„Czy jeżeli warunki określone w DŚU będą nakładały obowiązek realizacji dodatkowych urządzeń/infrastruktury lub podjęcia dodatkowych działań, nieujętych w SIWZ to stanowi to podstawę dla Wykonawcy do wystąpienia o zwiększenie wynagrodzenia określonego w § 31 WU?”*

poprzez udzielenie odpowiedzi, z której wynikało będzie, że w przypadku, gdy z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowanych będzie wynikał obowiązek wykonania dodatkowych urządzeń/infrastruktury lub podjęcie dodatkowych działań nieujętych w SIWZ, to stanowić to będzie podstawę zmiany wynagrodzenia, np. poprzez wprowadzenie do wzoru umowy odpowiednich regulacji umownych lub w trybie zmiany umowy w oparciu o regulacje art. 144 Pzp ewentualnie w inny sposób, który pozwoli na kalkulację przez wykonawców kosztów wykonania dodatkowych urządzeń, infrastruktury, działań, które wynikać będą z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach w sposób pozwalający na złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert;

2. modyfikacji zmiany wprowadzonej przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie 367, tj. *„Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od*

*podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko przed wydaniem DŚU oraz w przypadku powstania obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko? Jeżeli tak, to prosimy o wskazanie zasad, zgodnie z którymi następuje zmiana terminu wykonania Etapu 1 Umowy.”*

poprzez udzielenie odpowiedzi, z której wynikała będzie możliwość zmiany terminu realizacji Etapu 1 Zamówienia określonego w pkt 3 IDW w przypadku, gdy z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach wynikać będzie obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko lub w przypadku powstania obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko, tj. wykonanie zakresu robót ujętego w Etapie 1 nie będzie możliwe z przyczyn, za które wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, np. na zasadach określonych w **§ 33 ust. 3 i ust.4 Projektu Umowy**;

3. modyfikacji zmiany wprowadzonej przez Zamawiającego odpowiedzią pytanie 368, tj. *„Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU lub postanowienia na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko obowiązku wykonania kompensacji przyrodniczej w związku z oddziaływaniem na obszar Natura 2000? Zwracamy uwagę, że zgodnie z przywołanymi wcześniej Wytycznymi Komisji Europejskiej z 2018 r. oraz zgodnie z wytycznymi dotyczącymi oceny oddziaływania na obszary Natura 2000 wskazanymi w przywołanych w PFU „Standardowych wymaganiach dla dokumentacji środowiskowej” kompensację przyrodniczą co do zasady należy wykonać przed rozpoczęciem prac budowlanych.“*

poprzez udzielenie odpowiedzi, z której wynikała będzie możliwość zmiany terminu realizacji Etapu 1 Zamówienia określonego w pkt 3 IDW w przypadku, gdy z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach lub postanowienia o potrzebie ponownej oceny oddziaływania na środowisko wynikać będzie obowiązek wykonania kompensacji przyrodniczej, tj. wykonanie zakresu robót ujętego w Etapie 1 nie będzie możliwe z przyczyn, za które wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, np. na zasadach określonych w **§ 33 ust. 3 i ust. 4 Projektu Umowy**.

**Interes prawny:**

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze kolejowych inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w trybie ustawy Pzp. Na skutek uchyleń Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia odwołania, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z Pzp oferty, podczas gdy posiada wymagane w postępowaniu kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie i potencjał wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę w postępowaniu, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówienia. W obliczu odpowiedzi na pytania nr 355, 367 i 368 udzielonych przez Zamawiającego, odwołujący nie jest w stanie skalkulować ceny oferty w sposób uwzględniający wymogi wskazanych wyżej przepisów Pzp. W przypadku wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty Odwołujący będzie zobowiązany do realizacji zamówienia, którego przedmiot nie został sposób należy opisany na warunkach sprzecznych z powołanymi w odwołaniu przepisami. Treść dokumentacji przetargowej zmienionej kwestionowanymi odpowiedziami na pytania narusza przepisy Pzp i zasady określone w Kodeksie cywilnym.

Odwołujący powołał się na stanowisko KIO, wyroki: z 4.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10; z 30.08.2017 r., sygn. akt KIO 1718/17.

Dalej wskazał, że czynności Zamawiającego objęte odwołaniem nie tylko naruszają powołane na wstępie przepisy Pzp, ale także ograniczają konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza przez uniemożliwienie Wykonawcom skalkulowania ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i złożenie porównywanych, konkurencyjnych ofert.

**Termin:** w dniu 05.06.2019 r. Zamawiający opublikował część 3 - pytań i odpowiedzi na pytania, w tym pytania nr 355, 367 oraz 368, wniesienie odwołania następuje zatem przy zachowaniu terminu przewidzianego treścią przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp w zw. z art. 185 ust. 8 Pzp.

**W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał.**

W dniu 05.06.2019 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej zestaw pytań i odpowiedzi część 3, w tym:

„Pytanie 355:

*Czy jeżeli warunki określone w DŚU będą nakładały obowiązek realizacji dodatkowych urządzeń/infrastruktury lub podjęcia dodatkowych działań, nieujętych w SIWZ to stanowi to podstawę dla Wykonawcy do wystąpienia o zwiększenie wynagrodzenia określonego w §31 WU?*

**Odpowiedź:**

*Zgodnie z zapisami PFU Projekt budowlany ma uwzględniać postanowienia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Wykonawca ma przewidzieć w ofercie możliwość wykonania dodatkowych urządzeń/infrastruktury/dodatkowych działań. Zamawiający nie przewiduje możliwości zwiększenia wynagrodzenia.”*

Udzielona przez Zamawiającego odpowiedź w sposób istotny zmienia zakres świadczenia Wykonawcy, a tym samym sposób obliczenia ceny oferty. Zmiana ta stanowi niedopuszczalne naruszenie powołanych na wstępie przepisów. Z udzielonej odpowiedzi wynika, że Zamawiający zmienił swoje oczekiwania co do zakresu świadczenia, jaki

wykonawcy mają uwzględnić w cenie oferty.

Opierając się na opisie przedmiotu zamówienia dokonany na etapie wszczęcia postępowania nie istniały podstawy do przyjęcia, by wykonawca miał skalkulować w cenie oferty urządzenia, infrastrukturę i dodatkowe działania, które wynikać mogą z nieistniejącej na obecnym etapie Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach.

Wykonawca nie miał podstawy, aby przyjąć, że kalkulacja ceny oferty ma uwzględniać roboty, których nie ujęto w opisie przedmiotu zamówienia. Roboty, których nawet doświadczony Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, bo wynikać mają z przyszłej Decyzji.

Zgodnie z pkt 2 SWIZ IDW oraz pkt 2 PFU zawierającymi opis przedmiotu zamówienia *„Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz rewitalizacja linii kolejowej nr 283 na odcinku od km 60,399 do km 104,917 w zakresie nawierzchni i podtorza, obiektów inżynierskich, przejazdów kolejowo - drogowych, peronów, elektroenergetyki, srk i telekomunikacji.*

*Całość przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie:*

- 1) Dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń i warunków, decyzji i pozwoleń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia**
- 2) Wszystkich robót budowlanych zgodnie z zakresem zamówienia na podstawie opracowanej przez Wykonawcę i zatwierdzonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej, o której mowa w pppk 1, oraz wszystkich robót przygotowawczych niezbędnych do wykonania powierzonego zamówienia oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych Prawem. (...).**

W pkt 3.6.11 PFU „Ochrona środowiska” wskazano, że Wykonawca będzie postępował zgodnie z przepisami prawa w zakresie ochrony środowiska. Dalej Zamawiający wskazał, że *„projekt budowlany będzie uwzględniał postanowienia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o ile odmienne wymagania nie zostaną określone po przeprowadzeniu ponownej oceny oddziaływania na środowisko na etapie uzyskiwania decyzji o pozwoleniu na budowę”.*

Do dokumentacji przetargowej nie dołączono żadnych informacji dotyczących wymogów w zakresie ochrony środowiska. Decyzja o Środowiskowych Uwarunkowaniach nie istnieje, tym samym nie może stanowić opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z informacją Zamawiającego, Decyzja ma być przekazana Wykonawcy po jej uzyskaniu.

W pkt 3.4.(6)11.4. PFU Zamawiający wskazał, że: *„Przygotowanie wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla zakresu objętego przedmiotowym PFU zostało objęte oddzielnym zamówieniem realizowanym przez Zamawiającego. W przypadku*

uzyskania przez Zamawiającego decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach bez konieczności oceny oddziaływania na środowisko, zostanie ona przekazana bezzwłocznie Wykonawcy celem jej wykorzystania". Dalej Zamawiający wskazał, że jest w trakcie wykonywania inwentaryzacji przyrodniczej dla zakresu objętego przedmiotowym PFU. W przypadku nałożenia przez organ ochrony środowiska postanowienia o konieczności wykonania oceny oddziaływania na środowisko, wyniki inwentaryzacji będą sukcesywnie przekazywane wykonawcy celem uwzględnienia ich w raporcie o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko. W pkt 3.6.11.5 PFU Zamawiający zawarł wymóg opracowania raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, w przypadku wydania przez właściwy organ postanowienia o potrzebie przeprowadzania oceny oddziaływania na środowisko.

W związku z tym, że opis przedmiotu zamówienia, nie wymagał ujęcia w cenie oferty uwarunkowań dotyczących warunków Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach, Odwołujący przyjął, że w przypadku konieczności wykonania dodatkowych robót wynikających z Decyzji, będą one realizowane na podstawie stosownego Aneksu, jako roboty dodatkowe.

Wniosek taki potwierdził sam Zamawiający. W odpowiedzi na pytanie nr 10 zawarte w części 2 Pytań i odpowiedzi, udostępnionych Wykonawcom 31.05.2019 r.

#### **„Pytanie 10**

*Prosimy o potwierdzenie, że w zakresie zadania nie jest zaprojektowania i wykonania ekranów akustycznych*

#### **Odpowiedź: Zadanie swym zakresem nie obejmuje budowy ekranów akustycznych**

Modyfikacja, jakiej dokonał Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 355 oznacza konieczność uwzględnienia w cenie oferty kosztów wykonania robót, urządzeń, infrastruktury, których wysokości ani szacunkowych rozmiarów nie sposób ustalić. Zamawiający uzależnia zakres świadczenia wykonawcy od ustaleń przyszłej decyzji. Opierając się na opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności postanowieniach PFU każdy z wykonawców będzie opierał się na zupełnie dowolnych założeniach. W tym zakresie oferty będą miały charakter spekulacyjny, tym samym nie spełnią wymogu porównywalności.

Odwołujący wskazał, że koszty wykonania 1 m<sup>2</sup> ekranu akustycznego opiewają na około 550.000,00 zł. Ostatecznie całkowity koszt wykonania ekranu uzależniony jest od jego wysokości. Średnio ekran mierzy 4-5 m. Przyjmując uśrednioną wysokość, tj. 4,5 m, koszt wykonania 1 metra bieżącego ekranu wyniesie ok. 2.475,00 zł, tym samym koszty wykonania 1 km ekranów opiewać będą na 2.475.000.00 zł.

Jeśliby założyć konieczność wykonania 10 km ekranów to koszty ich wykonania wynosić będą ok. 24.750.000 zł. Przyjmując konieczność wykonania 3 km ekranów, koszty wyniosą ok. 7.425.000,00 zł.



Podobnie w przypadku konieczności wykonania przejść dla zwierząt. Uśredniony koszt wykonania przejścia opiewa na ok. 690.000,00 zł. Tym samym wykonanie 10 przejść to koszt 6.900.000,00 zł, a 20 przejść odpowiednio 13.800.000,00 zł.

Czyni to zasadnym zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienie w sposób niepełny, niejednoznaczny i naruszający zasady uczciwej konkurencji. Modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia dokonana odpowiedzią na pytanie 255 (355) doprowadzi do złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert.

Odwołujący wskazał treść art. 29 ust. 1 Pzp oraz orzecznictwo w tym zakresie – wyroki: 1) Sądu Najwyższego z 11.05.2017 r., II CSK 541/16; 2) S.O. w Zielonej Górze z dnia 13 maja 2005 r., sygn. akt II Ca 109/05; 3) Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt IN Ca 1019/06; 4) Sądu Okręgowego w Katowicach z 17.03.2009 r., XIX Ga 72/08, ZPO 2009/4/88.

Szczegółowe wytyczne dotyczące dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych, zamieszczone zostały w art. 31 Pzp. Zgodnie z tym przepisem jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą PFU. PFU obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (art. 31 ust. 3 Pzp.) Szczegółowy zakres i formę PFU określa - wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 31 ust 4 Pzp, rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Zgodnie z § 15 Rozporządzenia PFU służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Zamawiający nie jest uprawniony do poprzestania na określeniu właściwości funkcjonalno-użytkowych, zgodnie z § 18 rozporządzenia jest zobowiązany określić wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia dotyczące architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia. W § 18 ust. 2 wskazano zakres wymaganych informacji niezbędnych dla prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, np. w zakresie parametrów, właściwości funkcjonalno-użytkowych, powierzchni. Kwestionowana niniejszym odwołaniem odpowiedź na pytanie 355, w którym Zamawiający zawarł wymóg skalkulowania w cenie oferty kosztów niemożliwych do oszacowania narusza wskazane wyżej regulacje Pzp i rozporządzenia.

Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a także w zgodności z pozostałymi przepisami tej ustawy. Nadużywanie praw podmiotowych przez

zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały określone. W realiach niniejszej sprawy Zamawiający obarczył wykonawców nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł dowolnie identyfikować ilości i zakres robót, jak i poszczególne ryzyka, co w konsekwencji doprowadzi do złożenia nieporównywalnych ofert.

Działania Zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, PFU jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 Pzp, który podaje, że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko, co do zakresu robót - wykonawca powinien otrzymać Informacje / dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust. 2 Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwa konkurencie, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią.

W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia zmodyfikowany odpowiedzią udzieloną na pytanie nr 355 powoduje istotną zmianę w zakresie zasadniczych informacji niezbędnych dla prawidłowego oszacowania ceny oferty. Zamawiający obarcza wykonawców skutkami nienależytego opisu przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadzi do nieporównywalności złożonych ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21.02.2019 r. (KIO 168/19) wskazała: trudno podzielić stanowisko o prawidłowym dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia, kiedy istnieje znaczące ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert, którego nie wyeliminowała zmiana treści SIWZ dokonana przez Zamawiającego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, który konstruuje opis przedmiotu zamówienia, jednakże nie można zapomnieć, że

obowiązkiem Zamawiającego jest również takie ukształtowanie warunków zamówienia, które wypełnia wszystkie wymogi wskazane w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. *„Trudno zaś podzielić argumentację o wyczerpującym i jednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, uwzględniający wszystkie okoliczności istotne dla złożenia oferty, kiedy dokumentacja pozwala na różną wycenę i oszacowanie ryzyka”*. Powoduje to również brak możliwości złożenia ofert w warunkach uczciwej konkurencji.

Wskazane we wstępie przepisy, w szczególności § 15 i § 18 obligują Zamawiającego do udostępnienia (a tym samym przyjęcia odpowiedzialności) dokumentacji niezbędnej dla oszacowania ceny oferty, w szczególności tak istotnego elementu jakim są rozwiązania w zakresie urządzeń ochrony środowiska jakimi są ekrany akustyczne czy obiekty inżynierskie (np. przejścia dla zwierząt). Brak tych informacji uniemożliwia rzetelną kalkulację ceny oferty, a w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasad konkurencyjności, w tym obowiązku zapewnienia porównywalności ofert.

Odwołujący wskazał wyrok z 18.05.2015 r. sygn. KIO 897/15: Istota przepisu art. 29 ust. 1 Pzp sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji.

Obok omówionej wyżej odpowiedzi na pytanie nr 355, w części 3 pytań i odpowiedzi, Zamawiający odniósł się do pytań nr 367 i 368 dotyczących terminu wykonania Etapu 1.

**„Pytanie 367**

*Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko przed wydaniem DŚU oraz w przypadku powstania obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko? Jeżeli tak, to prosimy o wskazanie zasad, zgodnie z którymi następuje zmiana terminu wykonania Etapu 1 Umowy.*

**Odpowiedź:**

*Zamawiający nie przewiduje wydłużenia Etapu 1.” oraz*

**„Pytanie 368**

*Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU lub postanowienia na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko obowiązku wykonania kompensacji przyrodniczej w związku z oddziaływaniem na obszar Natura 2000? Zwracamy uwagę, że zgodnie z przywołanymi wcześniej Wytycznymi Komisji Europejskiej z 2018 r. oraz zgodnie z wytycznymi dotyczącymi oceny oddziaływania na obszary Natura 2000 wskazanymi w przywołanych w PFU „Standardowych wymaganiach dla dokumentacji środowiskowej” kompensację przyrodniczą co do zasady należy wykonać przed rozpoczęciem prac budowlanych.*

**Odpowiedź:**

*Zamawiający nie przewiduje wydłużenia Etapu 1.”*

Z powyższych odpowiedzi wynika, że Zamawiający wyklucza zmianę terminu wykonania Etapu 1 w przypadku wystąpienia okoliczności, niezależnych od wykonawcy. Zmienia tym samym Projekt Umowy w zakresie wskazanym w § 33 ust. 3 i 4, który daje podstawy zmiany terminów pośrednich i końcowego w okolicznościach spowodowanych działań organów administracji.

*Zgodnie z § 33 ust. 3 Projektu Umowy „w przypadku dokonania określonych czynności lub ich zaniechania przez organy administracji państwowej, w tym organy administracji rządowej, samorządowej, jak również organy i podmioty, których działalność wymaga wydania jakiegokolwiek decyzji o charakterze administracyjnym w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy, w szczególności:*

- 1) opóźnienie wydania przez ww. organ decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do wydania których są zobowiązane lub Wykonawca ma obowiązek je pozyskać na mocy przepisów Prawa;*
- 2) odmowa wydania przez ww. organy decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę;*
- 3) za odmowę, o której mowa w pkt 2) powyżej, Strony będą również uważały odmowę udostępnienia przez właściciela nieruchomości do celów realizacji inwestycji;*
- 4) nałożenia przez organ dodatkowych czynności proceduralnych nie przewidzianych w zamówieniu;*
- 5) wniesienie odwołania/skargi/sprzeciwu w trakcie uzyskiwania wszelkich decyzji, zgód, pozwoleń”.*

Dalej w § 33 ust. 4 projektu Umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany terminów pośrednich i terminu końcowego w razie zaistnienia powyższych okoliczności. Zgodnie z informacją zawartą w pkt 3.6.11.4 oraz 3.6.11.5 PFU zakres świadczenia Wykonawcy być może będzie obejmował wykonanie raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko. Istnieje też prawdopodobieństwo, że przedmiot zamówienia

obędzie obejmował wykonanie kompensacji przyrodniczej, przy czym informacje w tym zakresie będą wynikały z przyszłej decyzji środowiskowej. Podjęcie tych działań ma charakter opcjonalny, trudno więc zakładać konieczność podjęcia takich dodatkowych działań. Wyłączenie możliwość ewentualnej zmiany Etapu 1 w przypadkach wskazanych w pytaniach nr 367 i 368 stanowi nadużycie prawa podmiotowego przez Zamawiającego. Zamawiający obarcza wykonawców nieuzasadnionym ryzykiem braku możliwości zmiany terminu, z powodu okoliczności, na które wykonawcy nie mają żadnego wpływu. Ryzyko związane w karami umownymi oraz odszkodowaniami uzupełniającymi nie jest możliwe do oszacowania, tym samym zasadny jest zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, jak i art. 29 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wskazał wyroki KIO: z 12.11.2014 r., KIO 2167/14 – opisanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, warunków realizacji oraz terminów związanych z realizacją zamówienia, jest uprawnieniem zamawiającego podlegającym kontroli m.in. wykonawców w trybie zaskarżania czynności czy zaniechania w granicach środków ochrony prawnej; z 16.10.2014 r., KIO 2029/13 – termin realizacji zamówienia to jeden z podstawowych elementów SIWZ. Tak więc w jej treści Zamawiający powinien termin ten wskazać, podobnie jak okoliczności uprawniające do zmiany tego terminu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, uzyskujących w wyniku spełnienia przesłanek skutecznych przystąpień status uczestników postępowania odwoławczego – Izba rozpoznała wniosek Zamawiającego o odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu wskazanego w ustawie. Rozpoznanie wniosku nastąpiło w obecności wyłącznie pełnomocników stron – Odwołującego i Zamawiającego (uczestnicy postępowania odwoławczego w liczbie 5. nie wzięli udziału w posiedzeniu i rozprawie, mimo zawiadomienia o terminie i miejscu posiedzenia Izby).

Zamawiający uzasadnił stanowisko tym, że przedmiotem zarzutów odwołania jest kwestionowanie postanowień SIWZ zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2019 r., a więc odwołanie wniesione w dniu 17 czerwca 2019 r. jest odwołaniem wniesionym po upływie ustawowego terminu. Postanowienia SIWZ zostały zakwestionowane w ustawowym terminie w innym zakresie niż aktualnie w odwołaniu wniesionym w dniu 10 maja 2019 r., oddalonym wyrokiem Izby z dnia 27 maja 2019 r. sygn. akt KIO 856/19.

Po rozpoznaniu wniosku wraz z wyjaśnieniami stron oraz dokumentami dotyczącymi

postępowania, Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego, uznając, że aktualne odwołanie dotyczy innej czynności Zamawiającego – wyjaśnień treści SIWZ udzielonych na pytania wykonawców nr 355, 367, 368. Pytania i wyjaśnienia (odpowiedzi) miały oczywisty związek z treścią SIWZ zamieszczoną na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2019 r.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie w granicach zarzutów (okoliczności faktycznych i podstaw prawnych) przedstawionych w odwołaniu.

Zamawiający – w odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej złożonej na posiedzeniu – wniósł alternatywnie obok wniosku o odrzucenie odwołania, wniosek o oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania wg przedstawionego na rozprawie spisu kosztów, wskazując jak niżej.

Odwołanie wniesiono na treść udzielonych w toku postępowania odpowiedzi na zapytania. Odwołujący domaga się modyfikacji SIWZ w zakresie odpowiedzi na pytania nr 355, 367, 368.

Pytanie nr 355:

*„Czy jeżeli warunki określone w DŚU będą nakładały obowiązek realizacji dodatkowych urządzeń/infrastruktury lub podjęcia dodatkowych działań, nieujętych w SIWZ to stanowi to podstawę dla Wykonawcy do wystąpienia o zwiększenie wynagrodzenia określonego w 31 WU?”*

Na powyższe pytanie udzielono następującej odpowiedzi:

*„Zgodnie z zapisami PFU projekt budowlany ma uwzględniać postanowienia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Wykonawca ma przewidzieć w ofercie możliwość wykonania dodatkowych urządzeń/infrastruktury/dodatkowych działań. Zamawiający nie przewiduje zwiększenia wynagrodzenia.”*

Zamawiający w PFU, stanowiącym integralną część SIWZ jednoznacznie w pkt 3.6.11 „Ochrona środowiska” na str. 78 zapisał:

*„Roboty należy prowadzić zgodnie z warunkami określonymi w decyzjach administracyjnych w zakresie ochrony środowiska, w szczególności decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i postanowieniu określającym warunki realizacji przedsięwzięcia na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko (o ile taka ocena była prowadzona).”*

Odpowiedź na pytanie była jednoznaczna, wyczerpująca i nie dokonała modyfikacji SIWZ, co oznacza, że odwołanie zostało złożone po terminie, gdyż ogłoszenie o zamówieniu publicznym wraz z SIWZ, zostało zamieszczone w dniu 30.04.2019 r., a zatem to termin na odwołanie od jego treści upłynął w dniu 15.05.2019 r. Odwołujący złożył odwołanie na SIWZ (sygn. akt KIO 856/19). Nie podniósł jednak w swoim odwołaniu kwestii

związanych z DŚU, pomimo że treść do której obecnie stawia zarzuty, pierwotnie znajdowała się w specyfikacji.

W świetle przedstawionego cytatu z PFU Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że nieprawdziwe jest twierdzenie, że Zamawiający zmienił swoje oczekiwania co do zakresu świadczenia, jaki wykonawcy mają uwzględnić w cenie oferty.

Skoro Zamawiający *expressis verbis* zapisał, że „Roboty należy prowadzić zgodnie z warunkami określonymi w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach” tzn., że nakazał „w cenie robót ująć wszelkie wynikające z tej decyzji obowiązki w tym instalacji dodatkowych urządzeń.”, twierdzenie przeciwne jest manipulacją i nie znajduje oparcia w treści PFU.

Kolejne pytanie, na odpowiedź co do której złożono odwołanie, to:

Pytanie 367:

*„Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko przed wydaniem DŚU oraz w przypadku powstania obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko? Jeżeli tak, to prosimy o wskazanie zasad, zgodnie z którymi następuje zmiana terminu wykonania Etapu I Umowy?”*

Udzielona odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje wydłużenia Etapu I.

Powyższa odpowiedź w żaden sposób nie zmodyfikowała SIWZ, ponieważ Zamawiający nigdy nie przewidywał możliwości wydłużenia Etapu I. Odwołanie w tym zakresie jest więc spóźnione.

Pytanie 368:

*„Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU lub postanowienia na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko obowiązku wykonania kompensacji przyrodniczej w związku z oddziaływaniem na obszar natura 2000? Zwracamy uwagę, że zgodnie z przywołanymi wcześniej Wytycznymi Komisji Europejskiej z 2018 r. oraz zgodnie z wytycznymi dotyczącymi oceny oddziaływania na obszary Natura 2000 wskazanymi w przywołanych w PFU „Standardowych wymaganiach dla dokumentacji środowiskowej” kompensację przyrodniczą co do zasady należy wykonać przed rozpoczęciem robót budowlanych” poprzez udzielenie odpowiedzi, z której wynikała będzie możliwość zmiany terminu realizacji Etapu I Zamówienia określonego w pkt 3 IDW w przypadku, gdy z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach lub postanowienia o potrzebie ponownej oceny oddziaływania na środowisko wynikać będzie obowiązek wykonania kompensacji przyrodniczej, tj. wykonanie zakresu robót ujętego w Etapie 1 nie będzie możliwe z przyczyn, za które wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności np. na zasadach określonych w 33 ust. 3 i ust. 4 Projektu Umowy.”*

Udzielona odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje wydłużenia Etapu I.  
Tak jak wyżej, udzielona odpowiedź w żaden sposób nie zmodyfikowała SIWZ.

Nie można przywrócić terminu na złożenie odwołania, poprzez negowanie udzielonych odpowiedzi w sytuacji, gdy odpowiedzi są jednoznaczne i nie modyfikują treści SIWZ, której postanowienia nie powinny budzić żadnych wątpliwości w związku z literalnym brzmieniem SIWZ. Okoliczność, że przy pomocy zapytań Wykonawcy próbują uzyskać dla siebie korzystne rozwiązania, nie może skutkować w przypadku udzielenia odpowiedzi innej niż oczekuje Wykonawca, przywróceniem terminu do wniesienia odwołania.

Odwołujący, w analizowanym przypadku doskonale znał treść SIWZ, a nawet złożył od niej odwołanie. Nic nie stało na przeszkodzie, aby objąć od razu odwołaniem kwestie, z którymi Wykonawca się nie zgadza, tak jak w przypadku rozwiązań dotyczących kolizji, czy wyników badań geologicznych.

Znamiennym jest, że Odwołujący domaga się dokonania zmiany odpowiedzi na pytania, które nie modyfikowały SIWZ, a nie zmiany SIWZ, próbując stworzyć wrażenie, że odpowiedź była inna niż dotychczasowe stanowisko Zamawiającego, czego nie potwierdza ani PFU, ani treść pytania.

Zamawiający podkreślił, że ma tutaj do czynienia z paralelnym stanem faktycznym i prawnym, jak w poprzednim odwołaniu, kiedy to Odwołujący podnosił, że nie jest w stanie złożyć oferty, ponieważ nie wie jaki będzie wynik badań geologicznych. Podobnie tutaj wykonawca po uzyskaniu odpowiedzi na pytania o innej treści niż oczekiwał, próbuje wykazywać, że nie jest w stanie przewidzieć zakresu robót, jaki będzie wymagany do wykonania w decyzji środowiskowej.

Takie twierdzenie jest nie tylko spóźnione, ale także niczym nieuzasadnione. Aktualne pozostają bowiem wszystkie tezy postawione w orzeczeniu KIO 856/19.

Zamawiający wskazał: Odwołujący opiera swoje odwołanie na następujących zarzutach:

1. naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 647 k.c., art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z warunkami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz. 2072 z późn. zm.) oraz art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15, § 18 ust. 2 pkt 2 ppkt 1-4, ust. 3 ppkt 2-5 rozporządzenia, poprzez zaniechanie ujęcia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym informacji wymaganych i koniecznych do sporządzenia oferty w zakresie dodatkowych urządzeń/infrastruktury lub podjęcia dodatkowych działań jakie wynikać mogą z Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach;



2. naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 31 ust. 2 i 3 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenie porównywalnych ofert;

3. art. 139 ust. 1 ustawy (?) domniemać należy, że Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> k.c. poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, wobec pozbawienia wykonawców możliwości zmiany terminu wykonania Etapu 1, określonego w pkt 3 IDW w przypadku zaistnienia okoliczności będących skutkiem działań/ zaniechań organów administracji;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec:

- zaniechania jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia,
- pozbawieniu Wykonawcy możliwości zmiany terminu wykonania Etapu I określonego w pkt 3 IDW na skutek działań organów administracji.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Zamawiający stwierdził, że są one chybione z następujących względów:

Ad 1. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób doszło do naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 647 k.c., a co więcej nieprawidłowo zastosował cytowany przepis. Artykuł 647 k.c. stanowi definicję umowy o roboty budowlane, ale ustawa Pzp jako *lex specialis* posiada własną definicję robót budowlanych, którą Odwołujący całkowicie pominął, a która wskazuje właśnie na elementy będące przedmiotem zamówienia, gdyż definicja ustawowa zawiera w sobie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Konsekwencją błędnego zastosowania art. 647 k.c. jest także błędne zastosowanie art. 29 ust. 1, art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z przepisami § 15 i § 18 ust. 2 pkt 2 ppkt 1-4, ust. 3 ppkt 2-5 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu dokumentacji projektowej.

Przechodząc do szczegółu Zamawiający wskazał, że przedstawione PFU jak najbardziej służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych, nadto obejmuje aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia, ogólne i szczególne właściwości funkcjonalno-użytkowe oraz

wymagania dotyczące architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia i zagospodarowania terenu.

Przytoczona podstawa prawna w ogóle nie koresponduje z postawionym zarzutem braku informacji wymaganych i koniecznych do sporządzenia oferty w zakresie dodatkowych urządzeń/infrastruktury lub podjęcia dodatkowych działań jakie wynikać mogą z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach.

Odnosząc się do meritum zarzutu, Zamawiający stwierdził, że zarzut jest nieprawdziwy i całkowicie chybiony i wynika jedynie z faktu, że Odwołujący nie zapoznał się szczegółowo ze wskazanymi w SIWZ dokumentami, będącymi podstawą złożenia oferty.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 29 ust. 3 Pr. bud. *„Pozwolenia na budowę wymagają przedsięwzięcia, które wymagają przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, oraz przedsięwzięcia wymagające przeprowadzenia oceny oddziaływania na obszar Natura 2000, zgodnie z art. 59 ustawy 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.”*

Z pkt 2 IDW wynika, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót przy czym pkt 1) jednoznacznie wskazuje się, że całość przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie: dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

W tym stanie rzeczy w postępowaniu w formule zaprojektuj i wybuduj siłą rzeczy, niezbędne uzgodnienia muszą być elementem projektu, który z kolei stanowi podstawę uzyskania pozwolenia na budowę, a następnie jest przedmiotem realizacji.

Nie jest jednak prawdziwym twierdzenie, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie ekranów, ponieważ wprost w odpowiedzi na pytanie 10 Zamawiający wskazał, że zadanie nie obejmuje budowy ekranów akustycznych. Wszelkie dywagacje w tym zakresie są więc zbędne. Co do przejść dla zwierząt również nie są to urządzenia objęte SIWZ, bowiem w pkt 3.6.11.5. Opracowanie raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko (opcjonalnie) zapisano, że:

*„O ile właściwy organ wyda postanowienie o potrzebie przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko Wykonawca w oparciu o przekazaną przez Zamawiającego inwentaryzację przyrodniczą opracuje raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, wraz ze wszystkimi niezbędnymi załącznikami, zgodnie z postanowieniem o zakresie raportu wydanym przez właściwy organ, wymogami prawa określonymi w ustawie 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. 2018 poz. 2081 ze zmianami) oraz zgodnie z aktualnymi regulacjami Zamawiającego, w tym zgodnie ze Standardowymi Wymaganiami dla Dokumentacji Środowiskowej, przyjętymi do stosowania uchwałą nr 836/2013 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 3 października 2013 r. wraz ze zmianami, dostępnymi na stronie internetowej Zamawiającego.”*

Natomiast z treści pkt 3.3. pkt 2 zd. 2 Standardowych Wymagań dla Dokumentacji Środowiskowej wynika, że „ocena oddziaływania przedsięwzięcia na elementy środowiska powinna uwzględniać wyniki ekspertyz, którymi dysponują PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.(...)” Ekspertyzy są zamieszczone w linku powszechnie dostępnym dla wszystkich wykonawców: [www.plk-sa.pl/dlaklientow-i-kontrahentow/Ochrona-srodowiska-](http://www.plk-sa.pl/dlaklientow-i-kontrahentow/Ochrona-srodowiska-) czyli tym samym, co „Standardowe wymagania dla dokumentacji środowiskowej.” Z treści ekspertyz natomiast wynika, że linia kolejowa nie stanowi bariery dla przemieszczających się zwierząt.

Skoro zatem Zamawiający wskazał, że linia kolejowa nie stanowi bariery dla przemieszczających się zwierząt, co znajduje potwierdzenie we wszystkich dotychczas pozyskanych decyzjach, to znaczy, że pytanie mogło dotyczyć jedynie wszelkich innych urządzeń lub działań, jakich konieczność realizacji powstanie wskutek nałożenia określonych warunków w DŚU. Nie są one jednak tak kosztotwórcze jak ekrany i przejścia dla zwierząt, które nie są objęte przedmiotem zamówienia. Wszelkiego innego rodzaju zalecenia wynikające z decyzji DŚU to promil kosztów całej inwestycji, nie mający żadnego znaczenia przy wycenie i w zakresie porównywalności ofert i są to zalecenia takiego rodzaju jak: budowa płotków ochronnych dla płazów, obowiązek zatrudnienia przyrodników czy ograniczenia w terminach realizacji inwestycji ze względu na okresy lęgowe zwierząt.

Wobec faktu, że Odwołujący nie podnosił innego zarzutu niż nieporównywalność wyceny ekranów i przejść dla zwierząt, Zamawiający stwierdził, że zbiór elementów, które zdaniem Odwołującego powodują nieporównywalność ocen jest pusty, co potwierdza nietrafność zarzutu w całości. Zamawiający podkreślił, że podał wszelkie niezbędne informacje dotyczące architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia.

Ad 2. Odnośnie do kolejnego zarzutu w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, Zamawiający wskazał, że zarzut ten powiela zarzut pierwszy, zarówno w zakresie podstawy faktycznej jak i prawnej, a zatem jest również chybiony. Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać nieporównywalność ofert, skoro w zakresie przedmiotu zamówienia nie ma ekranów akustycznych i przejść dla zwierząt.

Ad 3. Kolejny zarzut naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy (jak należy domniemać Pzp), Odwołujący nie wskazał w odwołaniu zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> k.c., również nie znajduje oparcia w faktycznej treści warunków umownych jakie były częścią SIWZ w postępowaniu. Abstrahując od okoliczności, że Zamawiający nigdy nie przewidywał wydłużenia Etapu I i w tym zakresie zarzut jest ewidentnie spóźniony, to nieprawdziwe jest twierdzenie, że

udzielenie odpowiedzi, że Zamawiający nie wydłuży Etapu I, modyfikuje treść § 33 ust. 3 Warunków umownych. Zamawiający nigdzie *expressis verbis* nie wprowadził takiej modyfikacji poprzez poinformowanie, że wykreśla tego rodzaju zapisy umowne.

Odwołanie w tym zakresie zawiera błąd logiczny, polegający na nieuzasadnionym uogólnieniu.

§ 33 Warunków Umowy nigdy nie pozwalał na automatyczne wydłużanie jakiegokolwiek Etapu realizacji umowy. Absolutnie nie można powiedzieć, że wydłużenie się procedury pozyskiwania decyzji administracyjnej, z automatu stanowi opóźnienie wydania decyzji przez organ administracyjny. Taki stan rzeczy może być wywołany różnymi czynnikami związanymi przede wszystkim ze złożeniem przez wykonawcę niekompletnego lub wadliwego wniosku o wydanie decyzji. Każda taka sytuacja musi być przedmiotem szczegółowego badania, ponieważ nie zachodzi tutaj automat, że jak konieczne jest przeprowadzenie ponownej oceny oddziaływania na środowisko, to wynika to z działania organu administracji, a nie z faktu, że to wykonawca nie przedstawił kompletnej, pełnej i prawidłowej dokumentacji, która legła u podstaw wydania decyzji.

§ 33 Umowy został wprowadzony, przede wszystkim ze względu na ryzyko przewlekłości postępowań administracyjnych, a nie po to, aby niwelować skutki konieczności ponownej oceny oddziaływania na środowisko.

Zamawiający podkreślił, że w PKP PLK S.A. nie zdarzyło się od 2014 r., aby kiedykolwiek była konieczna ponowna ocena oddziaływania na środowisko.

Oznacza to, że każda sytuacja będzie oceniana indywidualnie, w kontekście określonych zdarzeń faktycznych, a udzielona odpowiedź nie modyfikuje SIWZ.

Odwołujący złożył na rozprawie pismo z dnia 02.07.2019 r., w którym podniósł, jak niżej.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp (*cytowana treść przepisu*) wniósł o dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów:

- kalkulacji średniej ceny przejścia dla zwierząt wyciąg z oferty przetargowej Strabag Sp. z o.o. złożonej w przetargu Budowa autostrady A1 na odcinku,
- ofert handlowych podwykonawców na wykonania ekranów akustycznych.

Uzasadnienie wniosku dowodowego przedstawił następująco: złożone dokumenty mają na celu wykazanie wskazanych w odwołaniu średnich cen rynkowych wykonania ekranów akustycznych oraz przejść dla zwierząt, tj. robót, których konieczność może wyniknąć na skutek wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Średnice ceny wykonania powyższych robót pozwalają uzyskać wyobrażenie na temat różnicy cen ofert w zależności od ilości przyjętych do kalkulacji prac.

Jednocześnie oświadczył, że zastrzega tajemnicą przedsiębiorstwa złożone dowody i

wniósł aby Prezes KIO, skład orzekający KIO rozpoznający sprawę, jak i Zamawiający nie ujawniali informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa, powołując się na art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwo Izby – wyroki: z 18.08.2015 r., sygn. akt KIO 1647/15; z 26.02.2016 r., sygn. akt KIO 188/16; z 07.05.2014 r., sygn. KIO 802/14; z 23.04.2013 r., sygn. KIO 848/13.

Reasumując, Odwołujący wskazał: powyższe dane składa się zabezpieczone w zamkniętej kopercie, ponieważ zawierają one informacje, które mają wartość gospodarczą dla Odwołującego i pozwolą mu na przygotowanie korzystanej oferty.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący wyjaśnił, że złożone dokumenty – to informacje handlowe przedsiębiorstwa Odwołującego, z tych dokumentów mają wynikać koszty szacowania urządzeń ochrony środowiska, mają potwierdzać naruszenie wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu przepisów oraz, że oferty będą nieporównywalne.

Odwołujący wskazał na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 355. Stwierdził tak jak w odwołaniu, że w żadnym punkcie dokumentów nie zawarto wymogu uwzględnienia w cenie oferty urządzeń związanych z ochroną środowiska. Odwołujący podniósł, że nie jest w stanie skalkulować ceny oferty z uwagi na okoliczności przedstawione w odwołaniu i na posiedzeniu Izby, w tym z uwagi na odpowiedź - konkretnie i wyłącznie na pytanie nr 355. Wskazał, że w pkt 3.6.11.4 PFU Zamawiający zastrzegł sobie prawo przygotowania wniosku o wydanie decyzji środowiskowej.

W odpowiedzi na pytanie w toku składania wyjaśnień Odwołujący stwierdził, że w żadnym dokumencie, tworzącym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie było zamieszczone sformułowanie, że w cenie oferty należy uwzględnić koszty urządzeń wynikające z działań środowiskowych, również nie było takich regulacji w projekcie umowy.

Wskazując złożone dokumenty podniósł zakres kosztów, jaki dotyczy spornych urządzeń oraz, że na obecnym etapie po udzieleniu odpowiedzi przez Zamawiającego, wykonawca w zasadzie może oszacować cenę na zasadzie spekulacji co do zakresu, ilości, wartości urządzeń.

Co do odpowiedzi dotyczących zmiany terminów, podtrzymał dotychczasowe stanowisko i wyjaśnił, że w pierwotnym brzmieniu specyfikacji, co do terminu realizacji I Etapu, Odwołujący był przekonany, że jest możliwość zmiany terminu, natomiast po udzieleniu odpowiedzi, powziął wiadomość, że nie ma. Podkreślił, że odpowiedzi, udzielone na pytania nr 367 i 368, dokonały zmiany postanowień specyfikacji w zestawieniu z treścią

WU § 33 ust. 3 i 4.

Podnosząc, że zapoznał się z dokumentacją i na jej podstawie formułował zarzuty i żądania, powołał się na orzecznictwo Izby - sygn. akt KIO 411/13, 1607/16, 437/16, w którym wskazuje się jako naganne obarczanie wykonawców kosztami, jakie mogą wyniknąć, a są nieznane na etapie kalkulowania ceny oferty. Wniósł o uwzględnienie odwołania i doprecyzowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie dowodów, uzasadniając tym, że dotyczą one treści niezwiązanej z treścią odwołania, gdyż odwołanie wniesiono na treść odpowiedzi, udzielonych przez Zamawiającego na pytania nr 355, 367 i 368.

Wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na nieznaną specyfikacji przez Odwołującego. Kwestionując przedstawioną przez Odwołującego wypowiedź, powołał się na pkt 3.6.11.4 PFU.

Na pytanie w toku składania wyjaśnień, w którym dokumencie podano, że koszt urządzeń związanych z ochroną środowiska, niezbędnych do wykonania w związku z decyzją środowiskową o określonej treści obciąża wykonawcę, Zamawiający wskazał, że wynika to z treści § 31 ust. 4 projektu umowy (WU), w szczególności z akapitu, w którym zamieszczone są wyrazy (...) „związane z uzyskaniem wymaganych pozwoleń (...)”. Wskazał § 21 ust. 2 pkt 9 lit. c oraz PFU str. 78 pkt 3.6.11 akapit 4 rozpoczynający się od wyrazów „W projekcie budowlanym (...)” – gdzie sformułowano obowiązek wykonawcy przedstawienia wszystkich zaprojektowanych urządzeń ochrony środowiska, takich jak przejścia dla zwierząt itp., z wyłączeniem ekranów akustycznych, co wynika z odpowiedzi na pytanie nr 10. Wskazał również OPZ pkt 2 IDW i UW. Podkreślił, że realizacja inwestycji odbywa się w formule zaprojektuj i wybuduj. Wskazał tabelę zawierającą wykaz skrótów i objaśnień, zamieszczoną w PFU począwszy od str. 7 dokumentu i dalszych (...). W drugim wierszu od dołu, str. 7 PFU, wskazano opis „Regulacje Zamawiającego”. Zamawiający tutaj podał adres strony internetowej, na której znajdują się opisy dotyczące kwestii środowiska. To jest pkt 3.3 pkt 2 zdanie drugie („Standardowe wymagania dla dokumentacji środowiskowej”) – odwołanie do ekspertyz zamieszczonych w treści informacji; wskazano tam między innymi, że linia kolejowa nie stanowi bariery dla przejść dla zwierząt. Z powyższego wynika, że ani budowanie ekranów akustycznych, ani budowanie przejść dla zwierząt nie wchodzi w zakres zamówienia. Ewentualne inne urządzenia, które nie są kosztotwórcze i nie są przedmiotem zarzutów odwołania.

Odnosnie terminów będących przedmiotem odpowiedzi Zamawiającego, wskazał § 33 ust. 3 pkt 4 WU podnosząc, że w przypadku zaistnienia okoliczności opisanych w pkt 4, istnieje możliwość przesunięcia terminu realizacji. Wskazał przy tym, że ponowna ocena oddziaływania na środowisko nie jest dodatkową czynnością proceduralną nieprzewidzianą w zamówieniu, ponieważ została przewidziana w pkt 3.6.11.6 PFU i została też ujęta przez

Zamawiającego w kalkulacji harmonogramu. W istocie treścią tego sporu jest to, że Odwołujący chciał uzyskać przedłużenie terminu Etapu I w związku z ponowną oceną oddziaływania na środowisko. Ponowna ocena oddziaływania na środowisko jest przewidziana w harmonogramie i wskazana w pkt 3.6.11.6. PFU. § 33 projektu umowy (WU) nie został zmieniony. Wniósł o oddalenie odwołania.

### **Stan faktyczny i ocena Izby.**

Odwołujący, jako potencjonalny wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, jest czynnie legitymowany w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Odwołanie przysługuje wykonawcy od każdej niezgodnej z ustawą czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zamawiający udzielił odpowiedzi (wyjaśnień) na pytania dotyczące treści SIWZ w dniu --5 czerwca 2019 r., do czego był zobowiązany na podstawie ustawy. Odpowiedź Zamawiającego może podlegać kontroli w ramach środków ochrony prawnej.

Odwołanie, rozpoznane na rozprawie z przeprowadzeniem postępowania dowodowego, podlega oddaleniu.

Zamawiający, prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązany jest do opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 36 ust. 1-3 ustawy Pzp, z uwzględnieniem, w przypadku robót budowlanych, przepisów art. 31 ust. 1-3 ustawy oraz przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy Pzp – rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129).

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, w terminach określonych w ustawie, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający jest zobowiązany niezwłocznie udzielić wyjaśnień, także w terminach określonych w ustawie (art. 38 ust. 1 ustawy Pzp).

W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z wykonaniem dalszych czynności związanych ze zmianą specyfikacji, określonych w ustawie (art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy Pzp).

Zatem, w ustawie dopuszczono wyjaśnianie treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia oraz jej zmianę.

Wyjaśnianie polega na wskazaniu racji dla stwierdzonego zdania.

Słownik języka polskiego pod red. W. Doroszewskiego - wyjaśnianie to przedstawienie, omówienie istoty problemu bądź zagadnienia; wytłumaczenie, uczynienie zrozumiałym.

W odniesieniu do pojęcia wyjaśnienia treści SIWZ, można przyjąć, że jest to potwierdzenie, zaprzeczenie stanu faktycznego wskazanego w pytaniu (pytania zamknięte) lub wytłumaczenie, interpretacja opisu zamieszczonego w SIWZ (pytania otwarte).

Zmiana, to zastąpienie czegoś czymś.

Zmiana organizacyjna jest definiowana jako: każda istotna modyfikacja jakiejś części organizacji (R.W. Woodman), może dotyczyć każdego aspektu organizacji i może pociągnąć za sobą skutki daleko wykraczające poza obszar, w którym się odbywa.

Są to wszelkie przekształcenia, wprowadzane w celu zwiększenia efektywności funkcjonowania danej organizacji.

Zamawiający wymagał w SIWZ - Tom I IDW pkt 2 oraz Tom III PFU pkt 2 – „Krótki”/ „Ogólny opis przedmiotu zamówienia”: 1) Dokumentacji projektowej niezbędnej do prawidłowego wykonania wszystkich robót budowlanych i uzyskania dla niej wszystkich wymaganych opinii, uzgodnień, dopuszczeń, warunków, decyzji i pozwoleń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia; w ppkt 2) wskazał roboty budowlane; w pkt 3) przeprowadzenie oceny zgodności (...). W pkt 2.2. IDW wskazał, że „Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia przedstawiony został w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU), stanowiącym Tom III niniejszej SIWZ”.

W szczegółowej części PFU - pkt 3.6. „Roboty budowlane” w pkt 3.6.11 „Ochrona środowiska”, Zamawiający opisał wszelkie wymagania dotyczące podjęcia działań organizacyjnych w fazie budowy oraz środków technicznych w celu ograniczenia w racjonalny i niezbędny sposób wpływu na środowisko planowanego przedsięwzięcia w czasie budowy jak i po przekazaniu do użytkowania. Wskazał zakres niezbędnych działań dla osiągnięcia celu, który wynika z uzyskanych w ramach projektu decyzji administracyjnych w zakresie ochrony środowiska, w szczególności decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, decyzji wydanych na podstawie ustawy Prawo wodne. Zobowiązał wykonawców do złożenia oświadczenia, że dokumentacja projektowa, w tym projekt budowlany, jest zgodny z warunkami określonymi w innych decyzjach administracyjnych w zakresie ochrony środowiska, jeśli takie decyzje były wydane dla przedsięwzięcia, a także warunkami wynikającymi z decyzji o ustaleniu linii kolejowej i/lub decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Dalej wskazał, że w projekcie budowlanym, w osobnym tomie dotyczącym wyłącznie zagadnień ochrony środowiska, wykonawca



przedstawi: (tiret pierwsze) – „Wykaz wszystkich zaprojektowanych urządzeń ochrony środowiska, takich jak np. przejścia dla zwierząt (zarówno obiekty nowe jak i adaptowane), urządzenia i inne rozwiązania ochrony przed hałasem i drganiami, urządzenia gospodarki wodno-ściekowej i inne, ze szczególnym wskazaniem rodzaju, typu, lokalizacji i parametrów tych urządzeń”.

W pkt 3.6.11.1 PFU „Ochrona przed hałasem i drganiami” wskazał, m.in., że „W celu zapewnienia dotrzymania dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku, w pierwszej kolejności należy stosować rozwiązania ograniczania hałasu „u źródła”. Ekran akustyczny powinien być stosowany jedynie w ostateczności, w sytuacji gdy inne rozwiązania (np. sama modernizacja nawierzchni torowiska, inne techniczne środki) nie pozwolą na dotrzymanie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku.”

W pkt 3.6.11.2 PFU wskazał „Pozostałe urządzenia ochrony środowiska”.

Zamawiający zamieścił szczegółowe opisy w:

- pkt 3.6.11.4 „Wymagania w zakresie uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach”;
- pkt 3.6.11.5 „Opracowanie raportu o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko (opcjonalnie);
- 3.6.11.5.1 „Wymagania w zakresie uzyskania ostatecznej decyzji zmieniającej decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach lub nowej ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (w sytuacji zmiany projektu)”;
- 3.6.11.6 „Wymagania w zakresie ponownej oceny oddziaływania na środowisko”
  - wskazując w tym zakresie obowiązki wykonawców oraz zasady współdziałania z Zamawiającym.

W III Tomie SIWZ WU (Warunki umowy) w § 31 ust. 3 Zamawiający wskazał, że cena stanowi ryczałtowe wynagrodzenie za zakończone zadanie (Wykonanie przedmiotu Umowy), z zastrzeżeniem postanowień § 33, a także pozycji w RCO oznaczonych symbolem „O”, które będą rozliczane zgodnie z obmiarem. Oznacza to, że wykonawca, poza przypadkami tam określonymi, nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztu prac, innych czynności lub praw koniecznych do zgodnego z Umową wykonania całości przedsięwzięcia opisanego w PFU. W ust. 4 wskazał, że cena obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją Umowy, w tym związane z przygotowaniem odpowiednich dokumentów dla nadzoru budowlanego oraz innych organów administracji wymaganych odrębnymi przepisami, zapotrzebowaniem na opracowania geodezyjne oraz wykonawstwem robót i ich zabezpieczeniem, wszelkie koszty (w tym opłaty) związane z uzyskaniem wymaganych pozwoleń, zezwoleń lub decyzji właściwego organu administracji publicznej (również koszty związane z uzyskaniem zgody

właściciela gruntu, jeśli będzie to konieczne), koszty wynikające z umów przyłączeniowych, jak też kary administracyjne w związku z niezyskaniem wymaganego pozwolenia, zezwolenia lub decyzji właściwego organu administracji publicznej oraz wszelkie inne koszty z tym związane.

Związane z powyższym opisem pytanie wykonawcy dotyczące treści SIWZ, to:

Pytanie nr 355:

*„Czy jeżeli warunki określone w DŚU będą nakładały obowiązek realizacji dodatkowych urządzeń/infrastruktury lub podjęcia dodatkowych działań, nieujętych w SIWZ to stanowi to podstawę dla Wykonawcy do wystąpienia o zwiększenie wynagrodzenia określonego w 31 WU?”*

Odpowiedź Zamawiającego:

*„Zgodnie z zapisami PFU projekt budowlany ma uwzględniać postanowienia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Wykonawca ma przewidzieć w ofercie możliwość wykonania dodatkowych urządzeń/infrastruktury/dodatkowych działań. Zamawiający nie przewiduje zwiększenia wynagrodzenia.”*

Porównując wskazane treści PFU w zakresie wymagań związanych z ochroną środowiska (wyczerpująco opisane w zakresie podnoszonym w odwołaniu) z treścią § 31 ust. 3 i 4 (pełne i wyczerpujące opisanie zasad wynagrodzenia), z uwzględnieniem wyłączenia z tej regulacji zawartego w § 33 „Prawo zmiany umowy”, w tym zwłaszcza wskazywanego przez Odwołującego na rozprawie ust. 3 pkt 4, przewidującego możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty wykonawcy w przypadku nałożenia przez organ dodatkowych czynności proceduralnych nieprzewidzianych w zamówieniu, w sytuacji, gdy możliwość nałożenia dodatkowych czynności i jego skutki została jednoznacznie przewidziana w PFU, a zmiana wynagrodzenia za dodatkowe czynności proceduralne przewidziane w zamówieniu nie została przewidziana w § 33 ust. 3 pkt 4 WU

– brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że treść SIWZ udostępniona w dniu 30 kwietnia 2019 r. nie zawierała obowiązku wykonawcy wyceny i przedstawienia w cenie oferty kosztów dodatkowych urządzeń/infrastruktury określonych w DŚU.

Na podstawie odpowiedzi na pytanie nr 10, wniosku o potwierdzenie przez Zamawiającego, że w zakresie zadania nie jest zaprojektowanie i wykonanie ekranów akustycznych (odp. *Zadanie swym zakresem nie obejmuje budowy ekranów akustycznych*), brak jest uzasadnienia do przyjęcia na zasadzie analogii, że mogą podlegać wyłączeniu inne urządzenia/infrastruktura z zakresu ochrony środowiska podlegające uwzględnieniu w zakresie zamówienia i w cenie oferty. Odpowiedź na pytanie nr 10, oprócz kwestii porównawczej, nie stanowiła merytorycznego zakresu odwołania.

Kolejne 2 pytania, na które odpowiedź stanowiła podstawę zarzutów odwołania,

dotyczą zmiany (wydłużenia) terminu realizacji Etapu 1, to:

Pytanie 367:

*„Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko przed wydaniem DŚU oraz w przypadku powstania obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko? Jeżeli tak, to prosimy o wskazanie zasad, zgodnie z którymi następuje zmiana terminu wykonania Etapu I Umowy?”*

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający nie przewiduje wydłużenia Etapu I.

Pytanie nr 368:

*„Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU lub postanowienia na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko obowiązku wykonania kompensacji przyrodniczej w związku z oddziaływaniem na obszar natura 2000? Zwracamy uwagę, że zgodnie z przywołanymi wcześniej Wytycznymi Komisji Europejskiej z 2018 r. oraz zgodnie z wytycznymi dotyczącymi oceny oddziaływania na obszary Natura 2000 wskazanymi w przywołanych w PFU „Standardowych wymaganiach dla dokumentacji środowiskowej” kompensację przyrodniczą co do zasady należy wykonać przed rozpoczęciem robót budowlanych.”*

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający nie przewiduje wydłużenia Etapu I.

Te 2 pytania, podobnie jak 1. dotyczyły potwierdzenia lub zaprzeczenia przez Zamawiającego treści przedstawionych w SIWZ. W tym przypadku wydłużenia terminu określonego w pkt 3 IDW „Okres realizacji zamówienia (...) – Etap 1 – Wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej i uzyskanie pozwolenia (ostatniego) na budowę – 30 m-cy od podpisania umowy”.

Nałożenie przez właściwy do wydania DŚU organ obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko przed wydaniem DŚU oraz powstanie obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko, także czynności obciążających wykonawcę opisanych w „Standardowych wymaganiach dla dokumentacji środowiskowej”, zostało przewidziane w SIWZ, stąd brak jest podstaw do wskazywania § 33 ust. 4 WU, jako służącego do zmiany terminu realizacji Etapu 1 z automatyzmu, jak wskazał Zamawiający. Okoliczności te mogą być rozważane w przypadku wystąpienia w toku realizacji przesłanek opisanych w ust. 3.

Wskazany termin realizacji Etapu 1 wraz z okolicznościami z nim związanymi został ustalony z treści SIWZ udostępnionej w dniu 30 kwietnia 2019 r.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wskazane w zarzutach odwołania w granicach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 30 kwietnia 2019 r.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie dokonał zmiany SIWZ w stosunku do jej pierwotnej i jedynej w tym zakresie treści.

Zamawiający nie naruszył więc przepisów wskazanych w odwołaniu: 1. art. 14 Pzp w zw. z art. 647 k.c., art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 Pzp w zw. warunkami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego oraz art. 31 ust. 2 i 3 Pzp, § 15, § 18 ust. 2 pkt 2 (ppkt 1-4), ust. 3 (pkt 2-5) rozporządzenia, przez zaniechanie ujęcia w Programie Funkcjonalno-Użytkowym informacji wymaganych i koniecznych do sporządzenia oferty w zakresie dodatkowych urządzeń infrastruktury lub podjęcia dodatkowych działań jakie wynikać mogą z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach; 2. a w konsekwencji art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 31 ust. 2 i 3 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia złożenie porównywalnych ofert; 3. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego wobec pozbawienia wykonawców możliwości zmiany terminu wykonania Etapu 1 określonego w pkt 3 IDW w przypadku zaistnienia okoliczności będących skutkiem działań/zaniechań organów administracji; 4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót, w szczególności wobec:

- zaniechania jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia,
- pozbawieniu wykonawcy możliwości zmiany terminu wykonania Etapu 1 określonego w pkt 3 IDW na skutek działań organów administracji.

Wskazane podstawy prawne w przeważającej większości zostały wskazane w odwołaniu, którego rozpoznanie zostało zakończone wyrokiem Izby z dnia 27 maja 2019 r. sygn. akt KIO 856/19.

W aktualnym odwołaniu podstawy prawne nie były adekwatne do okoliczności faktycznych tworzących zarzuty.

Żądania Odwołującego o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. *modyfikacji SIWZ w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 355, tj.:*

*„Czy jeżeli warunki określone w DŚU będą nakładały obowiązek realizacji dodatkowych urządzeń/infrastruktury lub podjęcia dodatkowych działań, nieujętych w SIWZ to stanowi to podstawę dla Wykonawcy do wystąpienia o zwiększenie wynagrodzenia określonego w*

## § 31 WU?”

przez udzielenie odpowiedzi, z której wynikało będzie, że w przypadku, gdy z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowanych będzie wynikał obowiązek wykonania dodatkowych urządzeń/infrastruktury lub podjęcie dodatkowych działań nieujętych w SIWZ, to stanowić to będzie podstawę zmiany wynagrodzenia, np. przez wprowadzenie do wzoru umowy odpowiednich regulacji umownych lub w trybie zmiany umowy w oparciu o regulacje art. 144 Pzp ewentualnie w inny sposób, który pozwoli na kalkulację przez wykonawców kosztów wykonania dodatkowych urządzeń, infrastruktury, działań, które wynikać będą z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach w sposób pozwalający na złożenie porównywalnych, konkurencyjnych ofert;

2. *modyfikacji zmiany wprowadzonej przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie 367, tj. „Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU obowiązku przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko przed wydaniem DŚU oraz w przypadku powstania obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko? Jeżeli tak, to prosimy o wskazanie zasad, zgodnie z którymi następuje zmiana terminu wykonania Etapu 1 Umowy.”*

przez udzielenie odpowiedzi, z której wynikała będzie możliwość zmiany terminu realizacji Etapu 1 Zamówienia określonego w pkt 3 IDW w przypadku, gdy z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach wynikać będzie obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko lub w przypadku powstania obowiązku przeprowadzenia ponownej oceny oddziaływania na środowisko, tj. wykonanie zakresu robót ujętego w Etapie 1 nie będzie możliwe z przyczyn, za które wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, np. na zasadach określonych w § 33 ust. 3 i ust. 4 Projektu Umowy;

3. *modyfikacji zmiany wprowadzonej przez Zamawiającego odpowiedzią pytanie 368, tj. „Czy termin realizacji Etapu 1 Zamówienia określony w pkt 3 IDW (30 miesięcy od podpisania Umowy) ulega wydłużeniu w przypadku nałożenia przez organ właściwy do wydania DŚU lub postanowienia na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko obowiązku wykonania kompensacji przyrodniczej w związku z oddziaływaniem na obszar Natura 2000? Zwracamy uwagę, że zgodnie z przywołanymi wcześniej Wytocznymi Komisji Europejskiej z 2018 r. oraz zgodnie z wytycznymi dotyczącymi oceny oddziaływania na obszary Natura 2000 wskazanymi w przywołanych w PFU „Standardowych wymaganiach dla dokumentacji środowiskowej” kompensację przyrodniczą co do zasady należy wykonać przed rozpoczęciem prac budowlanych.“*

przez udzielenie odpowiedzi, z której wynikała będzie możliwość zmiany terminu realizacji Etapu 1 Zamówienia określonego w pkt 3 IDW w przypadku, gdy z Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach lub postanowienia o potrzebie ponownej oceny

oddziaływania na środowisko wynikać będzie obowiązek wykonania kompensacji przyrodniczej, tj. wykonanie zakresu robót ujętego w Etapie 1 nie będzie możliwe z przyczyn, za które wykonawca nie będzie ponosił odpowiedzialności, np. na zasadach określonych w § 33 ust. 3 i ust. 4 Projektu Umowy

– stanowiłoby nieuzasadnioną ingerencję w prawo Zamawiającego do opisanie SIWZ, w szczególności PFU i WU, odpowiadającej przedmiotowi zamówienia i uzasadnionym potrzebom oraz możliwościom Zamawiającego.

Stanowiłoby również zmianę SIWZ, a nie wyjaśnienie jej treści.

Dokumenty złożone przez Odwołującego nie stanowiły dowodu w sprawie, dotyczyły kalkulacji kosztów w zakresie opisanym w SIWZ, który nie stanowił obciążenia dla wykonawcy na skutek udzielenia wyjaśnień przez Zamawiającego.

Zatem, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 68 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego obejmujące uiszczoną opłatę skarbową od pełnomocnictw, zgodnie z § 3 pkt 2 na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy. Izba nie uwzględniła rachunku Zamawiającego z dnia 02.07.2019 r. na kwotę 244 zł (koszty dojazdu), ponieważ dokument nie zawiera danych wskazanych w § 14 ust. 1 pkt 1, częściowo pkt 2 i 5 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. Nr 165, poz. 1373; zm. z 2008 r. Nr 236, poz. 1633; z 2011 r. Nr 40, poz. 204; z 2015 r. poz. 2233).

**Przewodniczący:** .....