

WYROK

z dnia 19 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2014 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (01-040), przy ul. Stawki 40, Ferrovial Agroman S.A., Campo de las Naciones, Calle Ribera del Loria numero 4, 28042 Madryt, Hiszpania, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SALINI POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-545), przy ul. Marszałkowskiej 72, Salini Impregilo S.p.A., Via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan, Włochy, Todini Construzioni Generali S.p.A., Via della Dataria 22, 00187 Rzym, Włochy, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A. na rzecz Zamawiającego – Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych

i Autostrad Oddział w Warszawie kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Radomia w ciągu drogi krajowej nr 7 na parametrach trasy ekspresowej” (znak sprawy:89/2013), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 września 2013 r. pod nr 2013/S 170-294266.

Pismem z dnia 16 grudnia 2014 r. (znak pisma GDDKiA-0/WA/D-3/A.J./1368/2014) Zamawiający przekazał zmianę treści SIWZ nr 2, oraz treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Zmiana SIWZ oraz wyjaśnienia treści SIWZ zaskarżone zostały w dniu 24 grudnia 2014 r. odwołaniem wniesionym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (01-040), przy ul. Stawki 40, Ferrovia Agroman S.A., Campo de las Naciones, Calle Ribera del Loria numero 4, 28042 Madryt, Hiszpania (dalej: „Odwołujący”). W jego treści zarzucono Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 5 Pzp, art. 5 art. 353¹ i art. 387 § 1 K.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp, art. 11a ust. 3 ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, a także art. 71 i nast. ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko przez ustalenie w Warunkach Szczególnych Kontraktu nierealnego, odbiegającego od rzeczywistej możliwości czasowej, terminu realizacji Zamówienia (tj. Czasu na Ukończenie) oraz terminów pośrednich (tj. Kamieni Milowych), w tym obowiązku uzyskania stosownych zgód i zezwoleń, a więc oczekiwanie od Odwołującego realizacji świadczenia niemożliwego, przy jednoczesnym obarczaniu go nadmiernym ryzykiem związanym z niedotrzymaniem wspomnianych powyżej terminów, co prowadzi do zachwiania równowagi między stronami stosunku cywilnoprawnego, a więc jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego,
2. naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2, art. 31 ust. 2 i art. 140 Pzp

w zw. z art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 3 i art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dokonanego w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń, a także, przez wadliwy opis przedmiotu zamówienia, doprowadzenie do naruszenia tożsamości świadczenia z ofertą przez wprowadzenie możliwości rozszerzenia zakresu świadczenia wykonawcy na skutek ujawnionych w trakcie wykonywania umowy wad dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego i w konsekwencji obarczanie wykonawców wszelkimi ryzykami, które winni uwzględnić w ofercie, a które na etapie jej przygotowywania są niemożliwe do określenia i oszacowania.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych postanowień SIWZ w sposób wskazany w treści odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku – unieważnienie Postępowania, gdyż zawarta w wyniku jego rozstrzygnięcia umowa będzie nieważna z mocy prawa,
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący podał, że w związku z pkt 1 żądań odwołania wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zmodyfikowania postanowień SIWZ w następujący sposób:

1. zmianę terminu realizacji Zamówienia i terminów realizacji Kamieni Milowych, tj. o zmianę treści subklauzuli 8.13 Warunków szczególnych kontraktu oraz treści punktu 6 SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców i nadanie im poniższego brzmienia (oraz odpowiednio zmianę stosownych zapisów w pozostałych warunkach kontraktowych, w tym w § 3 Aktu Umowy oraz 1.1.3.3 i 8.2 Warunków szczególnych kontraktu):

- 1.1. pkt 6 SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców:

„[...]Zamawiający wymaga aby termin realizacji był nie dłuższy niż 45 miesięcy od daty zawarcia umowy. Do terminu realizacji nie wlicza się okresów zimowych (od 15 grudnia do 15 marca). Minimalny termin realizacji wynosi 42 miesiące od daty zawarcia umowy, zgodnie z przyjętym kryterium oceny ofert „Termin wykonania”[...]”.

- 1.2. subklauzula 8.13 Warunków szczególnych kontraktu:

„[...]Kamień milowy nr 1 – złożenie do właściwego organu administracji publicznej w terminie 22 miesiące od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRID/PnB oraz wykonanie w terminie 14 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem.

Kamień milowy nr 2 – złożenie Inżynierowi projektów wykonawczych, szczegółowych specyfikacji technicznych i przedmiarów robót na cały projektowany odcinek w terminie 28 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, jednak nie później niż na 7 dni przed pionowanym rozpoczęciem robót budowlanych.

Kamień milowy nr 3 – wykonane w terminie 32 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z subklauzulą 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty o wartości nie to niej niż 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej).

Kamień milowy nr 4 – wykonanie w terminie 30 miesięcy odcinka drogi od węzła Radom Południe (wraz z węzłem) do granicy opracowania ok. km 24+800 wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.[...]”.

2. zmianę treści odpowiedzi na poszczególne pytania z dnia 16 grudnia 2014 r., a w konsekwencji zmianę postanowień SIWZ w drodze doprecyzowania Przedmiotu Zamówienia tak, aby jego zakres był jednoznaczny i możliwy do zrealizowania w wyznaczonym terminie, tj.:

2.1. odpowiedź 50 – jednoznacznego wskazania czy Zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia wymaga wykonania remontu, czy też wymaga przebudowy istniejącej kanalizacji deszczowej,

2.2. odpowiedź 132 – w uzupełnieniu udzielonych wyjaśnień jednoznacznego wskazania w jaki sposób wykonawca ma wykazać zrealizowanie Kamienia Milowego nr 1 sytuacji, gdy Zamawiający dopuszcza brak konieczności zmiany decyzji ZRID w przypadku braku optymalizacji,

2.3. odpowiedź 317 – jednoznacznego wskazania, że jeżeli wykonane badania wykażą konieczność wymiany pełnej konstrukcji, roboty te będą przedmiotem zamówienia uzupełniającego (roboty dodatkowe).

2.4. odpowiedź 371 – jednoznacznego wskazania, że w przypadku gdy konstrukcja nawierzchni i podłoże nie spełniają wymogów nośności oraz parametrów materiałowych wymienionych w załączonych STWiORB, Zamawiający w ramach zamówienia uzupełniającego (roboty dodatkowe) zleci wymianę całej konstrukcji i doprowadzenie podłoża do wymagań STWiORB.

Odwołujący stwierdził, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, ponieważ posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą i w sposób profesjonalny zajmuje się wykonywaniem robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, wobec czego jest podmiotem zainteresowanym złożeniem oferty na realizację zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że przeszedł prekwalfikacje i pismem Zamawiającego otrzymanym w dniu 14 czerwca 2014 r. został zaproszony do złożenia oferty

w celu pozyskania zamówienia. Utrzymanie w obecnym brzmieniu kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ może narazić go na szkodę zarówno wtedy gdy mimo przedmiotowych postanowień złoży ofertę, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jak i w przypadku zaniechania złożenia oferty ze względu na kwestionowane zapisy. Z uwagi na niespójność i niejednoznaczność postanowień SIWZ i odpowiedzi na zadane przez oferentów pytania oraz narzucanego przez Zamawiającego wzorca umowy na realizację Zamówienia, jak również sprzeczność zaproponowanych przez Zamawiającego warunków umowy z przepisami prawa, Odwołujący nie może w sposób należyty oszacować wysokości wynagrodzenia, które będzie adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia oraz skali ryzyk nałożonych przez Zamawiającego na wykonawców.

Uzasadniając zarzut związany z dokonaną przez Zamawiającego zmianą postanowień SIWZ Odwołujący podał, że z przekazanych przez Zamawiającego informacji wynika, że uzyskana przez niego Decyzja Nr 2/211 Wojewody Mazowieckiego z dnia 6 lipca 2011 r. o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) dla Etapu I wygasa z dniem 25 listopada 2014 r., podczas gdy decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) dla Etapu II jest w trakcie uzyskiwania przez Zamawiającego, co uniemożliwia w chwili obecnej przystąpienie do realizacji umowy. Konsekwencją powyższego jest konieczność uzyskania nowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, która wydawana jest każdorazowo dla danej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej.

Zamawiający wyznaczył termin 33 miesięcy od dnia zawarcia umowy na realizację zamówienia, ale przy panującym zupełnie innym stanie faktycznym, tj. w momencie kiedy decyzja ZRID dla Etapu I nie wygasała, przez co wykonawca miał kilkanaście miesięcy więcej na etap realizacji zamówienia poświęcony robotom budowlanym. Odwołujący wskazał, że mając na uwadze obecny stan faktyczny, na podstawie dotychczasowych doświadczeń można stwierdzić, że Odwołujący będzie potrzebował dodatkowych 12 miesięcy na uzyskanie decyzji administracyjnych, które pierwotnie miały być dostarczone przez Zamawiającego. W przeciwnym wypadku Odwołujący nie będzie w stanie dotrzymać terminu realizacji nie tylko Kamienia Milowego nr 1, ale również pozostałych Kamieni Milowych z uwagi na ich wzajemną zależność od siebie. Przy pozostawieniu wspomnianego powyżej 33-miesięcznego terminu realizacji zamówienia, Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 35 § 3 i 36 K.p.a. oraz art. 647 K.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp przez przyjęcie niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania zamówienia, w szczególności biorąc pod uwagę przewidziane przepisami prawa okresy w jakich stosowne organy administracyjne mają wydać przewidziane w SIWZ decyzje administracyjne. Reasumując, Zamawiający określił terminy realizacji Kamieni Milowych w sposób nierealny i odbiegający od rzeczywistej możliwości czasowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Nadto w zakwestionowanej odwołaniem zmianie postanowień SIWZ nr 2 Zamawiający dokonał skrócenia okresu realizacji Kamienia Milowego nr 4 z 22 do 18 miesięcy. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż w Zamawiający nie uwzględnił wszystkich okoliczności mających wpływ na realizację zamówienia, a tym samym na kształt składanych ofert. Terminy realizacji Kamieni Milowych są niemożliwe do dotrzymania i nierealne w świetle zakresu zamówienia przez nie określonego, a oczekiwanie od wykonawców, iż kierowani chęcią uzyskania przedmiotowego zamówienia złożą oferty mimo istnienia olbrzymiego ryzyka, graniczącego niemal z pewnością, poniesienia kosztów kar umownych (wg. subklauzuli 8.7 Warunków szczególnych kontraktu), jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, ponieważ zostaje zachwiana równowaga stosunku cywilnoprawnego między stronami umowy, a tym samym stanowi naruszenie art. 353¹ K.c. Odwołujący zaznaczył, że ma przy tym świadomość, iż wyrażona w K.c. zasada swobody umów doznaje ograniczenia na gruncie zamówień publicznych, jednakże ograniczenie zasady swobody umów i pozostawienie zamawiającemu prawa kształtowania przyszłego stosunku prawnego nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Określenie w Postępowaniu nierealnych do dotrzymania terminów realizacji poszczególnych etapów zamówienia zaprzecza zasadzie uczciwej konkurencji, ponieważ może ona mieć miejsce jedynie w warunkach realnych możliwości wykonania zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że jeśli w przedmiotowej sprawie Izba nie uwzględni jego postulatów w omawianym zakresie, to nie tylko *de facto* i *de iure* zaakceptuje naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, lecz również w konsekwencji doprowadzi do zawarcia umowy, której przedmiotem będzie świadczenie niewykonalne. Omawianą sytuację należałoby rozpatrywać w kontekście przepisu art. 387 § 1 K.c. stanowiącego o nieważności umowy, gdy jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, a więc niewykonalne. Przyjęcie takiej supozycji może w konsekwencji skutkować ewentualnym zaistnieniem przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, obligujących Zamawiającego do unieważnienia Postępowania jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stąd też nieuwzględnienie zarzutów Odwołującego może w konsekwencji doprowadzić do konieczności unieważnienia całego Postępowania, ponieważ Izba utrwali niemożliwość realizacji świadczenia – czasowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Na uzasadnienie zarzutu związanego z udzielonymi wyjaśnieniami treści SIWZ Odwołujący wskazał, że zgodnie z licznym i ugruntowanym orzecznictwem Sądu Najwyższego, jak i Izby przedmiot zamówienia publicznego musi być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,

uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym ceny. Przedmiot zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, nieprecyzyjny, hipotetyczny, czy taki, który wprowadziłby w błąd wykonawcę. Opis i postanowienia umowy, także zgodnie z orzecznictwem, nie mogą przerzucać na wykonawcę ryzyka związanego z obowiązkami Zamawiającego, czy też z wadliwym lub nieprecyzyjnym opisem zamówienia oraz związanych z dokumentacją przekazywaną przez Zamawiającego, co ma miejsce w niniejszym przypadku. Tym samym, zgodnie z art. 29 ust. 1 oraz art. 31 ust. 2 Pzp, obowiązek rzetelnego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia m.in. w zakresie dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, spoczywa wyłącznie na Zamawiającym. Na potwierdzenie tej argumentacji Odwołujący przytoczył orzecznictwo Izby.

Zamawiający, pismem z dnia 16 grudnia 2014 r.(znak pisma: GDDKiA-0/WA/D-3/A.J./1368/2014) przekazał zmianę treści SIWZ nr 2, oraz udzielił wyjaśnień na pytania wykonawców, jednocześnie kształtując treść SIWZ z naruszeniem przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

W odpowiedzi na pytanie 50 Zamawiający poinformował wykonawcę, że w toku prac remontowych nawierzchni drogowej może zajść zarówno konieczność wyremontowania, jak i przebudowy istniejącej kanalizacji deszczowej. Pomiędzy terminami „remont”, a „przebudowa” istnieje jednak bardzo duża równica, gdyż zgodnie z art. 3 pkt 7a i pkt 8 ustawy Prawo budowlane, przez „przebudowę” należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów wymienionych w ustawie; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Natomiast „remontem” jest wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji. Z samego pobieżnego porównania obu definicji widać, iż zakres prac jest zgoła odmienny, przez co nie da się ująć ich wyceny w ramach jednej oferty.

Problem z wyceną pojawia się w również w przypadku odpowiedzi na pytania o numerach 317 oraz 371, gdzie Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyko odpowiedzialności za ewentualne błędy w dokumentacji projektowej, które mogą ujawnić się dopiero w toku wykonywania robót, informując, iż w przypadku gdy wykonane badania wykażą konieczność wymiany pełnej/całej konstrukcji to należy to zrobić w ramach „remontu” lub po prostu dokonać „wymiany całej konstrukcji”, podczas gdy prawidłową formą rozliczenia tego typu robót jest złożenie zamówienia uzupełniającego na roboty dodatkowe, nieobjęte pierwotnie dokumentacją projektową. Przy takich założeniach Zamawiającego Odwołujący nie jest w stanie prawidłowo sporządzić oferty, która nie narażałaby go na ryzyko poniesienia

dodatkowych, bezzwrotnych kosztów, gdyż na etapie jej sporządzania Zamawiający nie przedstawił mu dostatecznej ilości informacji.

Wątpliwości Odwołującego budzi również sformułowanie zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 132, gdzie Zamawiający „[...]dopuszcza brak konieczności zmiany decyzji ZRID w przypadku braku optymalizacji[...]”, podczas gdy realizacja Kamienia Milowego nr 1 (subklauzula 8.13 Warunków szczególnych kontraktu) zobowiązuje każdorazowego wykonawcę do złożenia kompletnego wniosku o ZRID/PnB w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Takie sformułowanie nastrocza wykonawcy trudności w sposobie wykazania zrealizowania Kamienia Milowego nr 1, czym naraża się na możliwość obciążenia go karami umownymi przez Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, że zmiany danych ilościowych na skutek omawianych wyżej czynności, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Takie postanowienie PFU narusza równowagę pomiędzy stronami stosunku cywilnoprawnego łączącego wykonawcę z Zamawiającym na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli Zamawiający nie uwzględnił wszystkich wymaganych prawem zamówień publicznych okoliczności mających wpływ na właściwe sporządzenie oferty, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp, to nie może przenosić odpowiedzialności z tego tytułu na wykonawców, skoro omawiane okoliczności mogą mieć wpływ zarówno na wycenę oferty, jak i czas, realizacji zamówienia. W konsekwencji może się więc okazać, iż zmiana danych ilościowych doprowadzi do sytuacji, która powinna być oceniana w kontekście przepisu art. 387 § 1 K.c., stanowiącego o nieważności umowy, gdy jej przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, a więc niewykonalne. Przyjęcie takiej supozycji może skutkować ewentualnym zaistnieniem przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, obligujących Zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jeżeli postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

W zakresie żądania zmiany terminów realizacji inwestycji (Czasu na Ukończenie oraz terminów pośrednich związanych z realizacją tzw. Kamieni Milowych) Zamawiający podał, że argumentacja w części dotyczącej terminu końcowego jest spóźniona. Termin realizacji zamówienia został bowiem określony w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 30 sierpnia 2013 r., wobec czego termin na odwołanie w tym zakresie minął w dniu 9 września 2013r.

Zamawiający stwierdził ponadto, że wbrew twierdzeniom Odwołującego stan faktyczny nie uległ zmianie, ponieważ ZRID dla Etapu I nie wygasła z dniem 25 listopada 2014 r., lecz jest ważna i nadal funkcjonuje w obrocie prawnym, a złożenie wniosku o wydanie ZRID dla Etapu II „skonsumowało” decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (dalej: „DŚU”). W związku z powyższym nie ma konieczności uzyskiwania nowej DŚU.

Odnosząc się do terminu realizacji Kamienia Milowego nr 1 Zamawiający wskazał, iż zarzut ten jest również spóźniony w zakresie terminu 10 miesięcy na złożenie do właściwego organu administracji publicznej wniosku o ZRID/PnB. Termin ten został bowiem określony w SIWZ przekazanej wykonawcom za pośrednictwem kuriera w dniu 13 sierpnia 2014 r. Wobec czego termin na odwołanie w tym zakresie minął w dniu 28 sierpnia 2014 r. Zamawiający dodał, że termin 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia na złożenie kompletnego wniosku o ZRID/PnB jest w istniejącym stanie faktycznym w pełni realny i możliwy do dotrzymania.

Ponadto Kamień Milowy nr 1, w zakresie dotyczącym wykonania Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem, zgodnie ze zmianą SIWZ dokonaną przez Zamawiającego w dniu 14 stycznia 2015 r. nakłada na wykonawcę jedynie obowiązek wykonania samej Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem (funkcjonalnej, technicznej, organizacyjnej, informatycznej) w formie opisowej wraz ze schematami graficznymi, kompletnej do uzyskania niezbędnych ostatecznych uzgodnień. Tak sformułowane postanowienie w zakresie Kamienia Milowego nr 1 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.

Zamawiający skonstatował, że wniosek Odwołującego o zmianę terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 i wydłużenie terminu wykonania Koncepcji z 2 do 14 miesięcy od Daty Rozpoczęcia jest niezasadny. Przedmiotowe postanowienie SIWZ jest określone w sposób precyzyjny i wyczerpujący, z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający zasygnalizował, że także zarzuty dotyczące Kamienia Milowego nr 2 i 3 są spóźnione z uwagi na fakt, iż ich treść została przekazana wykonawcom wraz z SIWZ w dniu 13 sierpnia 2014 r. i od tego czasu nie uległa zmianom. Wobec tego termin na odwołanie w tym zakresie również minął w dniu 28 sierpnia 2014 r.

Niezależnie od powyższego zauważył, iż wspomniane Kamienie Milowe są w pełni realne do wykonania w założonych przez Zamawiającego terminach, co potwierdzili sami wykonawcy (w tym Odwołujący) nie składając odwołania od treści SIWZ przekazanej w dniu 13 sierpnia 2014 r.

Odnosząc się natomiast do Kamienia Milowego nr 4 Zamawiający stwierdził, że wykonanie odcinka drogi S7 od węzła Radom Południe (wraz z węzłem) do km. 24+800, czyli odcinka o łącznej długości 1 km, wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, jest realne i możliwe do wykonania we wskazanym w SIWZ terminie 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Odwołujący nie wskazał żadnego dowodu, ani nawet nie uprawdopodobnił tezy, iż termin wykonania Kamienia Milowego nr 4 jest niemożliwy do dotrzymania. Tym samym twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należy uznać za gołosłowne, a sam zarzut za całkowicie bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutu związanego z udzielonymi odpowiedziami na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ Zamawiający wskazuje, że zarzut dotyczący odpowiedzi nr 50, 132, 317 oraz 371 jest nieaktualny z uwagi na sprostowanie i uzupełnienie ww. odpowiedzi przekazane wykonawcom w dniu 14 stycznia 2015 r. wraz ze zmianą SIWZ nr 7.

Niezależnie od powyższego Zamawiający oświadczył, że nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień zgodnie z subiektywnymi odczuciami lub oczekiwaniami wykonawców. Zamawiający nie ma także obowiązku wyjaśniania podnoszonych, rzekomych niejasności w treści SIWZ w sytuacji w której, w ocenie Zamawiającego, treść SIWZ jest jasna i nie powinna budzić wątpliwości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – SALINI POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-545), przy ul. Marszałkowskiej 72, Salini Impregilo S.p.A., Via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan, Włochy, Todini Costruzioni Generali S.p.A., Via della Dataria 22, 00187 Rzym, Włochy (dalej: Konsorcjum Salini”), wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Na rozprawie Odwołujący stwierdził, że wobec otrzymanej od Zamawiającego zmiany SIWZ polegającej na doprecyzowaniu odpowiedzi na pytania nr 50, 132, 317 oraz 371 nie popiera w dalszym ciągu zarzutu sformułowanego w tym zakresie w treści odwołania. W pozostałym zakresie wnosił i wywodził, jak w odwołaniu, prostując jednocześnie zawarty w odwołaniu wniosek co do ZRID i stwierdzając, że chodziło mu wygaśnięcie ZRID z uwagi na przepis art. 37 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2013.1409 j.t. z późn. zm.).

Zamawiający podtrzymał argumentację zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum Salini przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Odwołującego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy, na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła, że termin realizacji przedmiotu zamówienia ustalony został na czas nie dłuższy niż 33 miesiące od daty zawarcia umowy (tj. od Daty Rozpoczęcia), ale nie krótszy niż 30 miesięcy (SIWZ, Tom I „Instrukcja dla wykonawców wraz z formularzem”, Rozdział 1 „Instrukcja dla wykonawców (IDW)”, pkt 6). W Rozdziale 3 „Dane kontraktowe”, w pkt 8.13 określone zostały tzw. Kamienie Milowe, dotyczące wymaganej minimalnej ilości wykonania zamówienia:

1. Kamień milowy nr 1 – złożenie do właściwego organu administracji publicznej w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku o ZRID/PnB.
2. Kamień milowy nr 2 – złożenie Inżynierowi projektów wykonawczych, szczegółowych specyfikacji technicznych i przedmiarów robót na cały projektowany odcinek w terminie 16 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, jednak nie później niż na 7 dni przed pionowanym rozpoczęciem robót budowlanych.
3. Kamień milowy nr 3 – wykonane w terminie 20 miesiące od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z subklauzulą 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty o wartości nie to niej niż 30% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej).
4. Kamień milowy nr 4 – wykonanie w terminie 22 miesiące odcinka drogi od węzła Radom Południe (wraz z węzłem) do granicy opracowania ok. km 24+800 wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.[...].”

W wyniku zmiany SIWZ nr 2, dokonanej w dniu 16 grudnia 2014 r. Kamień Milowy nr 1 uzupełniono o wymóg stworzenia koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem w terminie 2 miesiące od Daty Rozpoczęcia, a nadto skrócono czas na realizację Kamienia Milowego nr 4 z 22 do 18 miesięcy.

Ponadto, w dniu 16 grudnia 2014 r., Zamawiający udzielił odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ dotyczący kwestii ważności ZRID, stwierdzając że jest ono ważne do dnia 24 listopada 2014 r.

Już po wniesieniu odwołania, tj. w dniu 14 stycznia 2015 r., Zamawiający sprostował odpowiedzi na pytania nr 50, 317 i 371 oraz uzupełnił odpowiedź na pytanie 132, a nadto

zmodyfikował postanowienie dotyczące Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem podtrzymując wymóg jej wykonania w formie opisowej ze schematami graficznymi, z zastrzeżeniem, że ma być ona kompletna do uzyskania ostatecznych niezbędnych uzgodnień.

Zarzut odwołania nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Zaznaczyć przy tym należy, że rozpoznaniu podlegał wyłącznie zarzut związany z terminami realizacji zamówienia, oznaczony w odwołaniu pkt 1), z uwagi na fakt, że drugi zarzut, dotyczący treści odpowiedzi, został cofnięty w związku z dokonaniem przez Zamawiającego ich sprostowaniem i uzupełnieniem, zatem w tym zakresie spór między stronami wygasł.

Dla rozstrzygnięcia o odwołaniu zasadniczą kwestią było wykazanie takiej zmiany okoliczności stanu faktycznego, która spowodowała, że pierwotnie zgodne z przepisami postanowienia SIWZ utraciły wspomniany walor, uzasadniając ich modyfikację w sposób oczekiwany przez Odwołującego.

Wskazanej okoliczności Odwołujący upatrywał w domniemanej utracie ważności ZRID, którą wywiódł z treści odpowiedzi Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2014 r. na wniosek o wyjaśnienie postanowień SIWZ o nr 370. Wniosek ów przybrał formę pytania, tu cytat: „[...]Czy Zamawiający jest świadomy, że Decyzja Nr 2/211 o zezwoleniu na realizację Inwestycji (dla Etapu I) wydana przez Wojewodę Mazowieckiego nr WIŚ.R/PP/7119-Rd/4/2010 z dn. 06.07.2011 straciła, zgodnie z Prawem budowlanym, swoją ważność?[...]”. W odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że „[...]Decyzja Nr 2/211 o zezwoleniu na realizację Inwestycji (dla Etapu I) wydana przez Wojewodę Mazowieckiego nr WIŚ.R/PP/7119-Rd/4/2010 z dn. 06.07.2011 jest ważna do 24.11.2014 r.[...]”.

W ocenie Izby na podstawie powyższego nie sposób było wyprowadzić wniosku, że ZRID zostało wyeliminowane z obrotu prawnego. W istocie przyjąć należało, że zarzuty i wnioski odwołania oparte zostały albo na niezrozumieniu udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi albo na jej błędnej interpretacji. Obowiązujące przepisy prawa rozróżniają bowiem przesłanki stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej, o których mowa w przepisie art. 156 § 1 K.p.a. i które badane są w postępowaniu nieważnościowym (Dział II, Rozdział 13 K.p.a.) od przesłanek jej wygaśnięcia, których w odniesieniu do ZRID, na mocy przepisu art. 11i ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz.U.2013.867 j.t. z późn. zm.), należy upatrywać w przepisie art. 37 ust. 1 Prawa budowlanego, na który to powoływał się Odwołujący. W kontekście tego przepisu Odwołujący niezasadnie utożsamiał przekazaną mu przez Zamawiającego informację dotyczącą treści decyzji, na podstawie której ma być realizowane zamówienie (tak bowiem, zdaniem Izby, należy interpretować odpowiedź,

której udzielił Zamawiający) z zaistnieniem okoliczności, że ZRID wygasło.

W konsekwencji argumentacja Odwołującego prowadzi do przekonania, że założył on *a priori*, jakoby budowa objęta ZRID nie została rozpoczęta przed upływem 3 lat od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna. Nie sposób jednak, w ocenie Izby, konkluzji takiej oprzeć na odpowiedzi Zamawiającego nr 370 z dnia 16 grudnia 2014 r., ponieważ ani w jej treści, ani nawet w treści wniosku nie zostały poruszone kwestie związane z realizacją inwestycji (rozpoczęciem budowy). Trzeba mieć na względzie, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego biorą podmioty legitymujące się statusem profesjonalnych uczestników obrotu gospodarczego. W związku z powyższym uzasadnione jest stosowanie względem nich wzorca podwyższonej staranności, która *ad casum* przejawiać powinna się w precyzyjnym sformułowaniu wniosku o wyjaśnienie kwestii związanej ze ZRID, a nadto w powstrzymaniu się od formułowania kategoriycznych wniosków, opartych w istocie na przypuszczeniach. Istotne jest przy tym, że Zamawiający nie ma obowiązku domyślania się intencji nie wynikających wprost z treści złożonego przez wykonawcę wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, czy dokonywania wykładni jego treści w sposób możliwie najszerszy, w konsekwencji czego wykonawcom udzielane byłyby odpowiedzi zawierające informacje dotyczące kwestii, których wyjaśnienia, czy doprecyzowania w ogóle nie oczekiwali. Stąd też stwierdzenie Odwołującego, że „[...]dopiero na rozprawie dowiedział się od zamawiającego, że ten rozpoczął realizację inwestycji, tym niemniej zamawiający informacji takiej nie zawarł w wyjaśnieniach treści SIWZ[...]” (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 5) jest pozbawione logiki, ponieważ wspomniana okoliczność nie była przedmiotem zainteresowania wykonawców, wobec czego nie sposób uznać, że powinna znaleźć się w wyjaśnieniach.

Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodowego (art. 190 ust. 1 Pzp), udowodnienie okoliczności, że ZRID wygasło spoczywało na Odwołującym, który to nie sprostął ciężarowi instruowania postępowania dowodowego. Na podstawie zacytowanego powyżej stwierdzenia przyjąć należało, że Odwołujący jedynie nie miał pewności co do tej okoliczności, nie zaś był przekonany o jej zaistnieniu. Trzeba mieć jednak na względzie, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego jednym z celów jest przywrócenie zgodności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami Pzp, a nie sposobem ustalenia okoliczności faktycznych towarzyszących wszczętej procedurze.

Izba nie podzieliła przy tym argumentacji Odwołującego, jakoby nawet przy zachowaniu należytej staranności nie był on w stanie ustalić okoliczności związanych z wygaśnięciem ZRID. W szczególności nie sposób podzielić zapatrywania, że omówiony powyżej wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ zastępować mógł chociażby wniosek o udostępnienie informacji publicznej dotyczącej ZRID.

Wobec powyższego, jedynie na marginesie, można zauważyć, że rację miał Zamawiający twierdząc, że zarzuty dotyczące Czasu na Ukończenie oraz terminów realizacji Kamieni Milowych nr 1-3 były spóźnione, ponieważ podane były już wcześniej (odpowiednio – w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ), a skoro towarzyszące im okoliczności stanu faktycznego nie uległy zmianie, to postanowienia te powinny być zaskarżone wcześniej, na co zwrócono uwagę w odpowiedzi na odwołanie. Jedyne termin, który przed wniesieniem odwołania uległ zmianie dotyczył czasu na realizację Kamienia Milowego nr 4, który to został skrócony, tym niemniej Odwołujący, poza zwróceniem uwagi na tą okoliczność, nie przedstawił żadnych argumentów uzasadniających jego wydłużenie. Odnosząc się natomiast do czasu na realizację Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem zawarte w odwołaniu żądanie zawarte w odwołaniu było bezzasadne chociażby z tego względu, że na rozprawie Odwołujący oświadczył, że jest w stanie dotrzymać 2-miesięcznego terminu na jej opracowanie (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 5).

W konsekwencji nie zasługiwało na uwzględnienie sformułowane w *petitum* odwołania żądanie ewentualne, dotyczące unieważnienia Postępowania w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. z uwagi na okoliczność, jakoby było ono dotknięte niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie wdając się w rozważania dotyczące zasadności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, w której jego przedmiotem jest świadczenie niemożliwe, Izba stwierdziła, że – wobec nieudowodnienia zmiany okoliczności stanu faktycznego – Odwołujący winien wykazać, że obowiązujące postanowienia SIWZ i towarzyszące im okoliczności stanu faktycznego czynią ze świadczenia, do którego zobowiązany będzie wyłoniony w toku Postępowania wykonawca, świadczenie niemożliwe. Także i w tym przypadku Odwołujący nie przedstawił Izbie żadnych argumentów uzasadniających takie zapatrywanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: