

WYROK
z dnia 27 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 października 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **12 października 2015 r.** wniesionego przez **wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie:**
 - 1) zmiany specyfikacji polegającej na wprowadzenia jako wiążących dla opisu przedmiotu zamówienia danych na temat kategorii ruchu i pomiaru ruchu z 2010 r.;**
 - 2) wprowadzenie w ust. 18.2 specyfikacji możliwości zmiany umowy i podwyższenia wynagrodzenia w sytuacji, gdy w trakcie realizacji umowy zmianie ulegną charakterystyczne parametry konieczne do zaprojektowania drogi (dane na temat pomiaru ruchu drogowego i związanej z tym kategorii ruchu drogi).**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya-Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów** na rzecz wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

KIO 2215/15

Zamawiający Województwo Podkarpackie – Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Budowa obwodnicy m. Oleszyce i m. Cieszanów w ciągu drogi wojewódzkiej nr 865 Jarosław-Oleszyce-Cieszanów-Bełżec«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **03.10.2015 r.** pod nrem **2015/S 192-346741**.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **12.10.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) dokonanie w sposób niezgody z prawem opisu przedmiotu zamówienia;
- 2) sformułowanie wzoru umowy w sposób niejasny i sprzeczny w zasadami współzycia społecznego.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

art. 14 Pzp w zw. z **art. 647 Kc**, **art. 7 ust. 1**, **art. 29 ust. 1** w zw. z **art. 31 ust. 2 i 3 Pzp**, **§ 15**, **§ 18 ust. 3 pkt 3** i **ust. 4** oraz **§ 19 pkt 4 lit f 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 (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 i z 2010 r. Nr 72, poz. 464) (dalej Rozporządzenie), przez nie zamieszczenie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej PFU) informacji wymaganych i koniecznych do sporządzenia oferty:

- wymagań **zamawiającego** dotyczących konstrukcji projektowanej i budowlanej drogi
 - informacji na temat pomiaru ruchu drogowego i hałasu
- a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia porównywalnych ofert, zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem robót.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i o:

- 1) nakazanie **zamawiającemu** dokonanie **zmiany specyfikacji** polegającej na wprowadzeniu jako wiążących dla opisu przedmiotu zamówienia danych na temat kategorii ruchu i pomiaru ruchu z **2010 r.**;
- 2) wprowadzenie w **pkt 18.2 specyfikacji** możliwości zmiany umowy i podwyższenia wynagrodzenia w sytuacji, gdy w trakcie realizacji umowy zmianie ulegną charakterystyczne parametry konieczne do zaprojektowania drogi (dane na temat pomiaru ruchu drogowego i związana z tym kategoria ruchu drogi).

Argumentacja **odwołującego**

Przedmiot zamówienia został określony w **pkt 3 Instrukcji dla Wykonawców (dalej IDW)**, **stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ** oraz **pkt 1.5 Ogłoszenia – Krótki opis zamówienia** na podstawie opracowanego Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej **PFU**) pn.: „Rozbudowa i budowa drogi wojewódzkiej nr 865 na odcinku Jarosław-Oleszyce-Cieszanów-Bełżec:

- a) **Etap IV** – Budowa odcinka drogi obwodowej m. Oleszyce w ciągu drogi wojewódzkiej **nr 865**,
 - b) **Etap VI** – Rozbudowa drogi wojewódzkiej **nr 865** na odcinku od skrzyżowania z drogą powiatową nr 1656 R do skrzyżowania z drogą powiatową nr 1655 R w m. Cieszanów wraz z budową drogi obwodowej m. Cieszanów
- z uwzględnieniem wytycznych zamawiającego dotyczących optymalizacji rozwiązań przyjętych w ww. dokumencie”.

W przygotowanym przez **zamawiającego** Programie Funkcjonalno-Użytkowym m.in. w **pkt II.1.1** Charakterystyczne parametry oraz w **pkt II.2.1** Cechy obiektu dotyczące rozwiązań konstrukcyjnych – **kategoria ruchu** dla odcinków drogi objętych przedmiotem zamówienia tj. **etapu IV** i **etapu VI** określona została jako **KR4**.

Kategoria ruchu oznacza obciążenie ruchem drogowym i jest jedną z podstawowych wartości mających wpływ na projektowaną konstrukcję drogi. **Kategoria ruchu** określona w **PFU** przyjęta została na podstawie aktualnie obowiązującej prognozy ruchu dla **2030 r.**

Jednocześnie w zakresie rozwiązań optymalizacyjnych, jakie uwzględnić ma **wykonawca** przygotowując ofertę, **zamawiający** w **pkt 3.2.2 IDW** wskazał, że przyjęte w **PFU** rozwiązania konstrukcji nawierzchni **należy traktować jako wstępne**. „Konstrukcję nawierzchni jezdni należy zaprojektować po przeprowadzeniu nowej prognozy ruchu i wyznaczeniu kategorii ruchu. Przyjęta kategoria nie powinna być niższa niż **KR3**. Prognozy ruchu należy wykonać w oparciu o: wyniki aktualnego Generalnego Pomiaru Ruchu lub przy jego braku pomiary własne (niezależne od danych zamieszczonych w **PFU**); dostępne, aktualne wskaźniki wzrostu ruchu. Na podstawie przeprowadzonej prognozy ruchu wykonawca wyznaczy kategorię ruchu, która z kolei będzie podstawą do zaprojektowania nawierzchni jezdni”.

Przyjęta optymalizacja wymaga więc od **wykonawcy** samodzielnego zaprojektowania konstrukcji jezdni dostosowanej do (i) nowej prognozy ruchu i wyznaczonej w oparciu o tę prognozę (ii) nowej kategorii ruchu (nie niższej niż **KR3**). Podstawą wyznaczenia tak nowej prognozy ruchu jak i nowej kategorii ruchu mają być wyniki aktualnego **Generalnego Pomiaru Ruchu**, a w przypadku jego braku **pomiary własne**. **Kategoria ruchu** drogi oraz prognoza ruchu są bowiem pochodnymi wyników pomiaru ruchu.

Za opracowanie **Generalnego Pomiaru Ruchu** zgodnie z **art. 20 pkt 15 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych** odpowiada zarządca drogi. Aktualnie sposób przeprowadzenia i częstotliwość dokonywania określonych w ww. ustawie pomiarów ruchu (generalny pomiar ruchu) określają wytyczne Ministerstwa Infrastruktury. Zgodnie z tymi wytycznymi aktualnie obowiązujący pomiar ruchu przeprowadzony był w **2010 r.** Kolejny zaś pomiar prowadzony jest w **2015 r.** Ponieważ Generalny Pomiar Ruchu za **2015 r.** jest w trakcie wykonywania nie są znane na chwilę obecną jego wyniki.

Analogicznie, zgodnie z **pkt 3.2.7 IDW zabezpieczenia akustyczne (ekrany, wymiana stolarki okiennej czy cicha nawierzchnia)** powinny być przyjęte w oparciu o nową prognozę ruchu.

Oznacza to, że **zamawiający** przenosi na wykonawcę obowiązek i związane z tym ryzyko określenia istotnych i charakterystycznych parametrów projektowej drogi tj. pomiaru ruchu drogowego, jaki będzie obowiązywać w przyszłości tj. czasie projektowania i realizacji oraz wymaga, aby w oparciu o takie przyszłe parametry zaprojektował i wykonał roboty budowlane objęte zamówieniem, a na obecnym etapie, aby wycenił wartość wykonania takich robót.

Analogicznie, w przypadku koniecznych dla projektowanej drogi zabezpieczeń akustycznych **zamawiający** wymaga, aby **wykonawca** uwzględnił na dzień złożenia oferty

rodzaj i koszt zabezpieczeń przyjmując za podstawę takich ustaleń „nową prognozę ruchu” tj. dokument nieistniejący w chwili obecnej, którego treści nie zna tak **wykonawca** jak i **zamawiający**. **Odwołujący** podkreślił, że z treści **pkt 3.2.2 IDW** wynika, że dopuszczenie określenia prognozy ruchu w oparciu o pomiary własne jest o tyle nierealne, że może mieć ona zastosowanie jedynie w przypadku, gdy brak jest Generalnego Pomiaru Ruchu. Ponieważ pomiar za **2015 r.** jest właśnie wykonywany, oznacza to, że **wykonawca** nie będzie mógł w trakcie wykonywania umowy oprzeć się na własnym pomiarze wskazującym np. na kategorii ruchu **KR3**. Zgodnie bowiem z **pkt 3.2.2 IDW** pomiar własny ma zastosowanie jedynie w przypadku braku Generalnych Pomiarów Ruchu, a te zostaną przygotowane przez zarządcę drogi i będą wiążące dla wykonawcy na etapie realizacji przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Ostatecznie oznacza to, że zostało określone czy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie drogi o kategorii ruchu **KR3**, **KR4** a może **KR5**.

Opis przedmiotu zamówienia, który nie zawiera podstawowych danych koniecznych do zaprojektowania przedmiotu zamówienia jest w ocenie odwołującego niezgodny z wymaganiami przepisów **ustawy** z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z **art. 29 ust. 1 Pzp**, zawierającym generalne wytyczne dotyczące sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

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 **programu funkcjonalno-użytkowego**. **Program funkcjonalno-użytkowy** 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 programu funkcjonalno-użytkowego określa wydane na podstawie delegacji zawartej w **art. 31 ust. 4 Pzp**, **rozporządzenie** 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. W ocenie **odwołującego Program Funkcjonalno-Użytkowy** przygotowany w celu opisu przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu nie spełnia wymagań **Rozporządzenia**, gdyż nie zawiera on wszystkich wymaganych informacji i dokumentów. **Zgodnie z § 18 ust. 3 pkt 3 i ust. 4 Rozporządzenia**

PFU powinno określać wymagania w zakresie konstrukcji projektowanego obiektu w tym opis cech dotyczących rozwiązań konstrukcyjno-budowlanych. Dodatkowo § 19 pkt 4 lit f Rozporządzenia, wśród innych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robot budowlanych wymienia pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości.

Zamawiający wymagając zaprojektowania drogi w kategorii ruchu innej niż określona w **PFU** nie podał jednocześnie danych koniecznych do takiego projektowania odsyłając **wykonawcę** w zakresie etapu projektowania do informacji nieistniejących w dniu przygotowania ofert. W konsekwencji oznacza to, że w zależności od tego czy **wykonawca** przy kalkulowaniu ceny oferty przyjmie zupełnie hipotetycznie kategorię ruchu **KR3, KR4** czy **KR5** różnie zaprojektuje konstrukcję jezdni i zabezpieczenia akustyczne, co w konsekwencji doprowadzi do nieporównywalności złożonych ofert.

Jednocześnie formułując postanowienia wzoru umowy, **zamawiający** wprowadził **wynagrodzenie ryczałtowe** i nie przewidział możliwości podwyższenia wynagrodzenia na wypadek konieczności wykonania robót dla kategorii ruchu wyższej niż możliwa do ustalenia w chwili obecnej. Zgodnie z **pkt 18.2 SIWZ** zmiana umowy w zakresie zmiany przedmiotu umowy polegać może jedynie na jego ograniczeniu przy jednoczesnym zmniejszeniu wynagrodzenia. W połączeniu z przyjętym **kryterium oceny ofert w którym cena stanowi 96%** oznacza to, że całość ryzyka związanego z koniecznością zaprojektowania drogi w kategorii wyższej niż **KR3** będzie ponosić **wykonawca**, podczas gdy tak jak dla **zamawiającego** tak i **wykonawcy** nie jest możliwe antycypowanie zmian w obowiązującej aktualnie prognozie ruchu.

Stanowisko **odwołującego** potwierdziła **Krajowa Izba Odwoławcza** w wyroku z 18 maja 2015 r., sygn. **akt KIO 897/15** w którym m.in. **Izba** stwierdza, że:

a) »Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje **zamawiającego** do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. **Istota tego przepisu sprowadza się 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 do przedmiotu zamówienia przez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że **wykonawca** powinien 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 wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego **wykonawca** nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji».

b) »Nie jest obowiązkiem **zamawiającego** przekazanie wszystkiego co ma w swojej dokumentacji, ale przygotowanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. **Oczywistym jest, że jeżeli dany dokument nie jest w posiadaniu zamawiającego, a jest konieczny do pełnego i jednoznacznego opisu (...) to powinien on, przed wszczęciem postępowania, samodzielnie przygotować niezbędną dokumentację lub zlecić jej przygotowanie podmiotowi trzeciemu.** Uzupełnieniem informacji o stanie technicznym modernizowanych pięter nie mogą być oględziny ani możliwość kontaktu **wykonawców** ze wskazanymi przez **zamawiającego** przedstawicielami szpitala (...)».

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 12.10.2015 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).**

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej **13.10.2015 r. (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).**

Żaden wykonawca nie złożył Prezesowi KIO pisma o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego

(dowód nr 1) „Wytyczne generalnego pomiaru ruchu” ze wskazaniem na stronę ostatnią, że dokument ten będzie dostępny dopiero po 31.05.2016 r.

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia **art. 14 Pzp** w zw. z **art. 647 Kc**, **art. 7 ust. 1**, **art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp**, **§ 15**, **§ 18 ust. 3 pkt 3 i ust. 4** oraz **§ 19 pkt 4 lit f 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, przez niezamieszczenie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym informacji wymaganych i koniecznych do sporządzenia oferty (1) wymagań **zamawiającego** dotyczących konstrukcji projektowanej i budowlanej drogi (2) informacji na temat pomiaru ruchu drogowego i hałasu, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający **wykonawcom** ubiegającym się o udzielenie zamówienie porównywalnych ofert, zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiając zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem robót – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że **zamawiający** opierając się na dostępnych badaniach z **2010 r.** określił w **PFU** kategorię ruchu drogi jako **KR4** cyt. **»Wstępnie założono następujące parametry drogi wojewódzkiej nr 865 [...]** Kategoria ruchu: **KR4** (przyjęta na podstawie prognozy ruchu dla 2030 r. najbardziej obciążonego odcinka drogi wojewódzkiej nr 865 Dachnów-Cieszanów, mając na uwadze wskazania w Planie Zagospodarowania Województwa Podkarpackiego gdzie proponuje się podniesienie istniejącej drogi do klasy drogi krajowej« (str. 7), **»Założono następujące podstawowe parametry projektowanych obwodnic [...]** kategoria ruchu: **KR4** (przyjęta na podstawie prognozy ruchu dla 2030 r. najbardziej obciążonego odcinka drogi wojewódzkiej nr 865 Dachnów-Cieszanów, mając na uwadze wskazania w Planie Zagospodarowania Województwa Podkarpackiego gdzie proponuje się podniesienie istniejącej drogi do klasy drogi krajowej)« (str. 8). Jednak **zamawiający**, ze względu na zmiany natężenia ruchu na nowej drodze w porównaniu z prognozami wskazuje **wykonawcom** żeby przeprowadzili samodzielnie cyt. **»nowe prognozy, aby po zastosowaniu algorytmu matematycznego dokonać prognozy na lata 2020 czy nawet 2030.** Do tego wystarczy aktualny pomiar z **2010 r.** **Zamawiający** uznaje, że formułując ofertę należy oprzeć się na **miarze ruchu z 2010 r.** Jednak **zamawiający** wykonuje nowy pomiar, który jeszcze **nie został ukończony w 2015 r.**« (str. 3 protokołu). Ponadto zamawiający cyt. **»Zamawiający** zwraca uwagę, że są to budowy nowych dróg

dlatego tym trudniej jest określić prognozę na następne lata. Dla **zamawiającego** jest istotne, że przyjęta kategoria ruchu przenosi się na opracowanie konstrukcji, zabezpieczeń antyhałasowych i położenie nawierzchni przy realizacji zamówienia. Za jakość projektu odpowiada **wykonawca**« (str. 3 protokołu).

Izba stwierdza, że odnośnie przygotowania postępowania i sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia obowiązują **zamawiającego** m.in. ogólny przepis **art. 29 ust. 1 Pzp**, który brzmi »Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, **uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**«. Jedną z tych okoliczności jest fakt, że zamawiający dysponuje aktualnym pomiarem natężenia ruchu z **2010 r.** i udostępnia ten pomiar. Jest powszechnie wiadome, że w związku ze zmianami jakie nastąpiły w motoryzacji i budowie dróg w Rzeczypospolitej w okresie od **2010 r.** do **2015 r.** możliwe jest niezbyt trafne prognozowanie zmian natężenia ruchu, a co za tym idzie nietrafne wykonanie przedmiotu zamówienia.

W sprawie nie jest istotne, że w sprawach zamówień na roboty budowlane **zamawiający** ma obowiązek stosować się do **art. 31 Pzp**, jednak nie wyklucza to obowiązku stosowania się zamawiających do przepisu **art. 29 Pzp**.

Zamawiający orientuje się, że w wykonaniu przedmiotu zamówienia zaistnieje nowy fakt – najnowsze wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu na drogach wojewódzkich będą dostępne po **31 maja 2016 r.**, o czym zakomunikowało Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju **16.10.2014 r.** – dowód nr 1 strona ostatnia.

Zamawiający pragnąłby aby wykonawcy od razu składali ostateczne oferty i nie przewiduje w umowie żadnych zmian nawet gdyby wyniki badań z **2015 r.** dalece odbiegały od podstawy do prognozowania czyli od dostępnych wyników z **2010 r.** Zmuszałoby to **wykonawców** do ponoszenia zbędnego ryzyka i projektowania oraz budowania nowej drogi w oparciu nie o najnowsze prognozy i badania, ale już 5-cio letnie, co wiązać się może z większym ryzykiem niewłaściwego zaprojektowania budowanej drogi. W takich przypadkach wykonawcy będą ponosić zbędne ryzyko, a i sam zamawiający może narazić się nawet na niewykonanie przedmiotu zamówienia, jeżeli wybrany wykonawca nie sprosta wykonaniu przedmiotu zamówienia skalkulowanemu zbyt optymistycznie bądź jeżeli zamawiający otrzyma tylko oferty sporządzone bardzo asekurancko przez wykonawców.

Jednocześnie **Izba** stwierdza, że **zamawiający** jest obowiązany do stosowania się do **art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.)**, który to przepis brzmi »Wydatki publiczne powinny być dokonywane [...] w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad [...] uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów«. Z tego względu zamawiający nie powinien

przerzucać zbyt wielkiej liczby ryzyk na wykonawców, ale powinien w miarę możliwości te ryzyka definiować i starać się je usuwać.

W rozpoznawanej sprawie takie zniwelowanie pewnej liczby ryzyk może nastąpić przez zawarcie we wzorze umowy postanowień o możliwej zmianie umowy w przypadku, gdy okaże się, że prognozy aktualne przed ukazaniem się wyników badań z 2015 r. (badania z 2010 r.) mimo zastosowania przez **wykonawców** właściwych algorytmów okażą się odbiegające od prognoz sporządzonych na podstawie badań z 2015 r.

Zamawiający naruszył **art. 29 ust. 1 Pzp**.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: