

Sygn. akt: KIO 634/11

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania z dnia **25 marca 2011 r.** wniesionego przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. z siedzibą w Konstancinie Jeziornej, ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa**
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 **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. z siedzibą w Konstancinie Jeziornej, ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych;~~
- ~~4) dokonać zwrotu kwoty XXX (słownie: XXX) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz XXX.~~

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13 i Nr 28, poz. 143) 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 Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej, ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Uzyskanie pozwolenia na budowę dla dwutorowej Linii 400 kV Ełk – granica RP«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13 i Nr 28, poz. 143) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

15.03.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S51-084046.

I. 25.03.2011 r. wykonawca ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 15B, 02-676 Warszawa wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec treści (i) ogłoszenia o zamówieniu publicznym, opublikowanego w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (TED) oraz (ii) treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie specyfikacją lub SIWZ), opublikowanej na stronach internetowych zamawiającego w ślad za ogłoszeniem o zamówieniu, w szczególności wobec postanowień:

- 1) sekcji II.1.5 g ogłoszenia o zamówieniu publicznym oraz odpowiednio: pkt 2.2. lit. j., pkt 3.4 ppkt 5 oraz pkt 3.5 ppkt 3 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), a także § 2.10 oraz § 2.13 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji) w zakresie, w jakim nakładają one na wykonawców obowiązek uiszczenia w imieniu Zamawiającego, a w konsekwencji uwzględnienia w ryczałtowej cenie ofertowej, wszelkich wynagrodzeń, opłat i odszkodowań w związku z pozyskiwaniem na rzecz Zamawiającego praw do nieruchomości na cele realizacji inwestycji;
- 2) pkt 2.2. lit. a w związku z punktem 6 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) w zakresie w jakim przewiduje on konieczność uzyskania ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia w terminie do 1 stycznia 2012 r., co w praktyce przesądza o konieczności wykorzystania projektu raportu o oddziaływaniu na środowisko, w którego posiadaniu zamawiający będzie do 31 sierpnia 2011 r., którego treść nie może być więc znana

wykonawcom, wobec czego nie są oni w stanie złożyć oferty spełniającej wymogi specyfikacji;

- 3) pkt 2.2 lit. c oraz pkt 3.2.1 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), a także § 2.3 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji) w zakresie, w jakim zakładają one zobowiązanie wykonawców do »wprowadzenia« inwestycji do wojewódzkich planów zagospodarowania przestrzennego, bez możliwości zmiany warunków umowy, w tym wydłużenia terminów realizacji umowy w przypadku, gdy do takiego wprowadzenia nie dojdzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy;
- 4) pkt 2.2. lit. d tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), a także § 2.4 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji) w zakresie obowiązku wprowadzenia przebiegu linii do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego (suikzp), bez możliwości zmiany warunków umowy, w tym wydłużenia terminów realizacji umowy w przypadku, gdy do takiego wprowadzenia nie dojdzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy;
- 5) pkt 2.2 lit. e oraz pkt 3.2.2 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) w części, w jakiej zakładają one zobowiązanie wykonawców do »wprowadzenia« inwestycji do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego poszczególnych gmin, bez możliwości zmiany warunków umowy, w tym wydłużenia terminów realizacji umowy w przypadku, gdy do takiego wprowadzenia nie dojdzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy;
- 6) pkt 2.2. lit. i tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) oraz pkt 5.1 tomu I części I specyfikacji (Wskazówki dla wykonawców), a także § 2.9 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji) w części, w jakiej nakłada na wykonawców obowiązek ustanowienia służebności przesyłu, ale wyłącznie w formie umownej (aktu notarialnego);
- 7) pkt 2.2 lit. m tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) w części, w jakiej nakłada on na wykonawców obowiązek uiszczenia w imieniu zamawiającego, a w konsekwencji uwzględnienia w ryczałtowej cenie ofertowej, wszelkich należności i opłat związanych z uzyskaniem decyzji o zmianie przeznaczenia gruntu oraz decyzji w sprawie zezwolenia na wycięcie drzew;
- 8) pkt 2.2 lit. n tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) w zakresie w jakim przewiduje on ustalenie i podanie wykonawcy formy uzgodnień z właścicielami, o których mowa w tym punkcie dopiero w trakcie procesu projektowania;
- 9) pkt 2.2 lit. t tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) oraz § 2.3 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji) w zakresie nałożenia na wykonawców obowiązku wykonania wszelkich »prac i czynności, których konieczność wykonania dla wykonania Umowy ujawni się w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy«;

- 10) pkt 3 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), w związku z punktem 1 tej części SIWZ – definicją pojęcia: „Nowa Rozdzielnia” w zakresie, w jakim dopuszcza on możliwość zmiany lokalizacji Nowej Rozdzielni – bez jednoczesnej możliwości odpowiedniej zmiany umowy w zakresie warunków jej realizacji w związku z wprowadzoną zmianą;
- 11) pkt 2.2 akapit 5 (pierwsze zdanie na str. 35) tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) w zakresie, w jakim nakłada na wykonawcę obowiązek zweryfikowania trasy Proponowanej Linii i w razie konieczności wprowadzenia zmian w jej przebiegu, bez jednoczesnej możliwości dokonania w takim przypadku odpowiedniej zmiany umowy w zakresie warunków jej realizacji;
- 12) § 6 ust. 2 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji) w zakresie w jakim obciąża on wykonawcę obowiązkiem »weryfikacji zgodności z prawem mpzp gmin, do których wprowadzono przebieg Linii pod względem ich treści oraz procesu przygotowywania i uchwalania« oraz w zakresie w jakim wymaga on od wykonawcy podjęcia wszelkich możliwych działań faktycznych i prawnych »w celu doprowadzenia ich przez odpowiednie organy do stanu zgodnego z prawem«.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 29 ust. 1 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności, jakie mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności przez obarczenie wykonawców niemożliwymi do zidentyfikowania i oszacowania na etapie przygotowania oferty ryzykami, które mogą mieć wpływ na ostateczny zakres świadczenia, co w konsekwencji uniemożliwia rzetelne przygotowanie ofert;
- 2) przepisu art. 29 ust. 2 Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez uniemożliwienie obiektywnej weryfikacji złożonych ofert, w tym co do złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, ze względu na zbyt ogólny i niedookreślony opis przedmiotu zamówienia, oraz przerwienie na wykonawców ryzyk w zakresie, który jest niemożliwy do zidentyfikowania, a tym samym oszacowania;
- 3) przepisu art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który nie zapewnia zachowania zasad uczciwej konkurencji, bowiem przewidziany przez zamawiającego podział ryzyk w ramach projektu, w tym obciążenie wykonawców niemożliwymi do precyzyjnego oszacowania, a jednocześnie z pewnością wysokimi kosztami nabycia praw do nieruchomości oraz opłat z tytułu zezwolenia na wycięcie drzew i zmianę przeznaczenia gruntów, płatnymi przez wykonawców na rzecz osób trzecich z góry,

może faktycznie uniemożliwić udział w postępowaniu wykonawcom, którzy ze względu na swoje doświadczenie i kwalifikacje byliby, obiektywnie rzecz oceniając, zdolni do wykonania przedmiotowego zamówienia;

- 4) przepisu art. 353¹ Kc, w związku z art. 139 ust. 1 Pzp przez opracowanie specyfikacji w zakresie istotnych postanowień umowy (wzoru umowy) w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i istotą udzielanego zamówienia, tj. obciążający wykonawcę ryzykami za czynności, których zakres nie jest możliwy do zidentyfikowania albo jest w całości niezależny od działań wykonawcy, a wobec tego przedmiot umowy w aktualnym jej brzmieniu nie jest możliwy do wykonania;

III. Zamawiający wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania:
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:
 - a) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.1 odwołania przez usunięcie obowiązku uiszczania przez wykonawców wynagrodzeń, opłat i odszkodowań w związku z pozyskiwaniem na rzecz zamawiającego praw do nieruchomości na cele realizacji inwestycji i obciążenie tym obowiązkiem zamawiającego,
 - b) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.2 odwołania przez przesunięcie terminu uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia na dzień 28 lutego 2013 r.,
 - c) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.3 odwołania (powyżej) przez usunięcie obciążenia wykonawców ryzykiem »wprowadzenia« inwestycji do wojewódzkich planów zagospodarowania przestrzennego,
 - d) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.4 odwołania (powyżej) przez usunięcie obciążenia wykonawców ryzykiem »wprowadzenia« inwestycji do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego (suikzp),
 - e) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.5 odwołania (powyżej) przez usunięcie obciążenia wykonawców ryzykiem »wprowadzenia« inwestycji do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego poszczególnych gmin,
 - f) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.6 odwołania (powyżej) przez wyraźne wskazanie możliwości ustanowienia służebności przesyłu także w innych niż umowna formie – zgodnie z postanowieniami sekcji I.5 lit. f ogłoszenia o zamówieniu,

- g) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.7 odwołania (powyżej) przez usunięcie obowiązku uiszczenia przez wykonawców wszelkich należności i opłat związanych z powyższymi decyzjami i obciążenie tym obowiązkiem zamawiającego,
 - h) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.8 odwołania (powyżej) przez określenie wymaganej formy uzgodnień z właścicielami, o których mowa w tym punkcie już na tym etapie postępowania,
 - i) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.9 odwołania (powyżej) przez usunięcie zastrzeżenia o obowiązku wykonania wszelkich prac i czynności, których konieczność wykonania dla wykonania Umowy ujawni się w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy, ewentualnie doprecyzowanie zastrzeżenia w sposób wskazujący na obciążenie wykonawców takim ryzykiem wyłącznie w zakresie zobowiązania do uzyskania pozwolenia na budowę w ramach aktualnie obowiązujących przepisów prawa, z zastrzeżeniem możliwości dokonania zmian warunków umowy w innych przypadkach,
 - j) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.10 odwołania (powyżej) przez wskazanie planowanej lokalizacji Nowej Rozdzielni już na etapie specyfikacji (sporządzania ofert), z jednoczesnym wprowadzeniem zastrzeżenia w zakresie zmiany warunków umowy w przypadku zmiany lokalizacji tej rozdzielni,
 - k) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.11 odwołania (powyżej) wprowadzenie możliwości dokonania odpowiedniej zmiany warunków umowy w zakresie warunków jej realizacji w przypadku, gdyby powyższa weryfikacja skutkowałą koniecznością dokonania zmian przebiegu linii lub innych dodatkowych czynności,
 - l) w odniesieniu do części ogłoszenia oraz specyfikacji wskazanych w pkt I.12 odwołania (powyżej) przez usunięcie postanowienia § 6 ust. 2 wzoru umowy;
- 3) ewentualne nakazanie zamawiającemu dokonania także innych zmian w ogłoszeniu o zamówienie publiczne oraz specyfikacji w zakresie koniecznym w związku ze zmianami postulowanymi w pkt 2 powyżej.

Argumentacja odwołującego

Ad postanowienia wskazane w punkcie 1.1 odwołania:

Zgodnie z postanowieniami sekcji II.1.5.g ogłoszenia o zamówieniu publicznym oraz odpowiednio: pkt 2.2 lit. j., pkt 3.4 ppkt 5 oraz pkt 3.5 ppkt 3 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), co znalazło także odzwierciedlenie w § 2.10 oraz § 2.13 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji) na wykonawcy ciąży obowiązek wypłaty w imieniu

zamawiającego wszelkich wynagrodzeń, opłat i odszkodowań na rzecz podmiotów trzecich w związku z pozyskiwaniem praw do nieruchomości na cele realizacji inwestycji.

Jak wprost wynika z postanowień specyfikacji koszt takich opłat, wynagrodzeń i odszkodowań winien być przez wykonawców skalkulowany już na etapie przygotowywania oferty i uwzględniony w ryczałtowej cenie ofertowej. Abstrahując od tego, czy w ogóle możliwe jest określenie, czy nawet oszacowanie takich kosztów przed zakończeniem negocjacji z właścicielami i sporządzeniem operatów szacunkowych wskazać należy, że na tym etapie inwestycji nie jest przesądzona nawet dokładna lokalizacja przedmiotowej linii. Wobec powyższego nie jest możliwe nawet określenie przez ile i jakiego rodzaju działki, ani w jakim zakresie przebiegać będzie planowana linia. Wskazać należy, że wystarczające dane w takim zakresie będą możliwe najwcześniej na etapie sporządzania projektu budowlanego.

W konsekwencji koszty te powinien ponosić inwestor (zamawiający), a nie wykonawcy – tym bardziej w przypadku konieczności oszacowania i przyjęcia ryzyka określenia wysokości tych kosztów. Aktualne brzmienie ogłoszenia o zamówieniu i postanowienia specyfikacji w tym zakresie naruszają przepisy art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Pzp i nie mogą pozostać w obrocie prawnym.

Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie prawa zamówień publicznych poglądem przeniesienie na wykonawcę ryzyk, których zakresu nie można określić lub niezależnych od wykonawcy nie może być uznane jako dokonanie właściwego opisu przedmiotu zamówienia. Zwłaszcza, gdy w grę wchodzi wynagrodzenie ryczałtowe. Takie wnioski można wyprowadzić w szczególności z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 14 lipca 2009 r. w sprawie o sygnaturze akt: KIO/UZP 812/09 oraz KIO/UZP 833/09).

Przepis art. 29 ust. 1 nakazuje dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. W wyniku zamówienia strony powinny zawrzeć umowę na z góry określony przedmiot zamówienia, który powinien być opisany zgodnie z wymogami art. 29 Pzp. Uzależnienie szczegółowego sposobu wykonania umowy oraz zakresu zobowiązania wykonawcy od zdarzeń przyszłych i nieprecyzyjnie zdefiniowanych powoduje, że w rzeczywistości opis przedmiotu zamówienia jest niewyczerpujący i może obejmować zbyt szeroki katalog możliwych scenariuszy, co powoduje, że nie jest możliwe sporządzenie rzetelnej, profesjonalnej oferty.

Powyższe pozostaje także nie bez wpływu na zachowanie zasad uczciwej konkurencji. W przypadku bowiem gdy przedmiot zamówienia jest sporządzony w sposób tak wieloznaczny jak w przedmiotowym przypadku trudno mówić o jakiegokolwiek możliwości weryfikacji i porównania złożonych ofert, w szczególności pod kątem złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Ad postanowienia wskazane w punkcie I.2 odwołania:

Zgodnie z punktem 2.2. lit. a tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) do obowiązków wykonawcy należy: »sporządzenia raportu oceny oddziaływania na środowisko projektowanej inwestycji, zgodnie z postanowieniem Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Białymstoku ustalającym zakres raportu OOS, wymaganiami oraz wytycznymi Komisji Europejskiej oraz Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju (EBOiR), przy ewentualnym wykorzystaniu projektu raportu oceny oddziaływania na środowisko przygotowanego przez odrębnego wykonawcę i przekazanego wykonawcy przez zamawiającego«.

Jednocześnie wobec ustalenia, zgodnie z punktem 6 opz, terminu uzyskania ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji na dzień 1 stycznia 2012 r. konieczne jest *de facto* skorzystanie z projektu raportu, który aktualnie znajduje się w posiadaniu zamawiającego.

Nieznajomość zawartości projektu raportu oddziaływania na środowisko powoduje, że złożona oferta wykonawcy może być wadliwa, gdyż przydatność projektu raportu do uzyskania decyzji środowiskowej nie może być oceniona przed złożeniem oferty. W wypadku konieczności sporządzenia nowego Raportu wraz z przeprowadzeniem inwentaryzacji przyrodniczej, gdyby projekt raportu okazał się wadliwy i uniemożliwił uzyskanie decyzji środowiskowej, wykonanie tych prac jest niemożliwe przy zakładanym terminie 01.01.2012 r. Dlatego niezbędna jest możliwość szczegółowego zbadania dokumentu projekt Raportu oceny oddziaływania na środowisko lub zmiana postanowień specyfikacji w sposób uzależniający termin uzyskania decyzji środowiskowej od oceny przydatności projekt Raportu przez wykonawcę do uzyskania decyzji środowiskowej oraz jej terminowego dostarczenia przez odrębnego wykonawcę.

Należy także zaznaczyć, iż art. 80 ust. 2 ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz ocenach oddziaływania na środowisko nakłada na właściwy organ obowiązek wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, po stwierdzeniu zgodności lokalizacji przedsięwzięcia z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, jeżeli plan został uchwalony. W punkcie 2.4. opz tabela 2.2 opisująca status w dokumentach planistycznych jasno stwierdza, że uchwalone plany są niezgodne z obecnie zakładanym przebiegiem trasy w gminach: Wieliczki, Bakalarzewo, Suwałki, Suwałki miasto. Dlatego odwołujący postuluje zmianę daty uzyskania ostatecznej decyzji środowiskowej na 28.02.2013 r. Przesunięcie 3 miesięczne w stosunku do wprowadzenia inwestycji do mpzp jest konieczne ze względu na czas potrzebny na stwierdzenie zgodności przebiegu inwestycji z mpzp przez właściwy organ oraz niezbędny czas na stwierdzenie ostateczności decyzji środowiskowej.

Ad postanowienia wskazane w punkcie I.3-I.5 odwołania:

Przedmiotowe postanowienia nakazują wykonawcy »wprowadzenie« przebiegu linii odpowiednio do wojewódzkich planów zagospodarowania przestrzennego, studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego (suikzp) oraz mpzp poszczególnych gmin, obarczając go jednocześnie ryzykiem skutecznego dokonania zmiany tych aktów prawa miejscowego. Wykonawca nie ma wpływu na tryb, ani terminy sporządzania tych aktów, a wobec tego kwestionowane postanowienie specyfikacji uznać należy za niedopuszczalne w świetle powołanych w punkcie II odwołania przepisów prawa. Konieczne wydaje się wobec powyższego wprowadzenie możliwości dokonania zmiany umowy w przypadkach, gdy do zmiany odpowiednich aktów prawa miejscowego nie dojdzie pomimo dołożenia przez wykonawcę należytych starań.

Ad postanowienia wskazane w punkcie I.6 odwołania:

Z pkt 2.2 lit. i tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) oraz pkt 5.1 tomu I części I specyfikacji (Wskazówki dla wykonawców), co znajduje odzwierciedlenie także w § 2.9 wzoru umowy wynika, że obowiązkiem wykonawcy jest ustanowienie służebności przesyłu w drodze zawarcia odpowiedniej umowy z właścicielami odpowiednich nieruchomości. Powyższe postanowienia są niezgodne z sekcją I.5 lit. f ogłoszenia o zamówieniu, w którym za dopuszczalne uznaje się także inne formy ustanowienia służebności, w tym pozyskanie odpowiedniego orzeczenia sądowego.

Ad postanowienia wskazane w punkcie I.7 odwołania:

Analogiczną argumentację jak w odniesieniu do pkt I.1 powyżej można przywołać także jako uzasadnienie kwestionowania postanowień specyfikacji w zakresie obarczenia wykonawcy obowiązkiem uiszczania należności i opłat związanych z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na wyłączenie gruntów rolnych i leśnych z produkcji oraz decyzji na wycinkę drzew. W każdym z tych przypadków wysokość tych opłat i należności będzie można ustalić bowiem najwcześniej na etapie sporządzenia projektu budowlanego, a właściwie dopiero po uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę.

Ad postanowienia wskazane w pkt I.8 odwołania:

Zgodnie z 2.2. lit. n tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) przewiduje się, że ustalenie i podanie wykonawcy formy uzgodnień z właścicielami w odniesieniu do właścicieli / administratorów mediów zostanie dokonane dopiero w trakcie procesu projektowania. Bezsprzecznie forma wymaganego uzgodnienia powinna być przedstawiona już na etapie postępowania przetargowego, gdyż postanowienia w niej

zawarte mają wpływ na wycenę oferty. Wycena elementów uzgodnienia musi być ujawniona przed złożeniem oferty, gdyż w innym wypadku oferta może być obarczona błędem nieuwzględniającym istotnego czynnika.

Ad postanowienia wskazane w pkt I.9 odwołania:

Zgodnie z punktem 2.2. lit. t tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) oraz § 2.3 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji) wykonawcę obciąża obowiązek wykonania wszelkich »prac i czynności, których konieczność wykonania dla wykonania Umowy ujawni się w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy. Zamawiający nie przewidział jednocześnie żadnej możliwości zmiany umowy w przypadku wystąpienia w trakcie realizacji umowy takich sytuacji, obciążając ryzykiem w tym zakresie wyłącznie wykonawcę. Wykonawcę można naturalnie obciążyć ryzykiem za czynności i prace, które wymagane są dla uzyskania prawomocnego i ostatecznego pozwolenia na budowę zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca nie może jednak podejmować ryzyka konieczności wykonania prac, które nie są przewidziane w obowiązującym prawie, a mogą wynikać z nieprzewidzianych okoliczności.

Ad postanowienia wskazane w pkt I.10 odwołania:

Z postanowień pkt 3 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), w związku z punktem 1 tej części specyfikacji, tj. definicją pojęcia: »Nowa Rozdzielnia« wynika, że nie jest aktualnie znana lokalizacja Nowej Rozdzielni.

Podanie lokalizacji rozdzielni na etapie prowadzonego postępowania przetargowego jest konieczne, gdyż wycena prac związanych z uwzględnieniem nowej lokalizacji, której odległość może wynosić do 3 km od Stacji Ełk powinna być uwzględniona w ofercie.

Ponadto w punkcie 3 opz zamawiający wymaga aby prace zostały wykonane dla całości przebiegu Linii, czyli od wskazanego przez zamawiającego miejsca usytuowania pól liniowych Nowej Rozdzielni do granicy RP z Litwą. Wskazujemy, że przedstawiony wymóg jest nieokreślony – nieznanie jest na etapie składania ofert miejsce lokalizacji Nowej Rozdzielni, tym samym niemożliwe jest zaoferowanie wykonania przedmiotu umowy w granicach związanych z normalnym ryzykiem działalności gospodarczej. W szczególności założenie kontynuowania toczącego się postępowania w sprawie wydania decyzji środowiskowej jest błędne. Z przedstawionych informacji wynika, że dla nieznanego przebiegu trasy linii nie jest prowadzone postępowanie środowiskowe i tym samym wymagane jest przeprowadzenie go od samego początku ze wszelkimi konsekwencjami tego faktu.

Ad postanowienia wskazane w pkt I.11 odwołania:

Zgodnie z pkt 2.2 akapit 5 (pierwsze zdanie na str. 35) tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) wykonawcę obciąża obowiązek zweryfikowania trasy Proponowanej Linii i w razie konieczności wprowadzenia zmian w jej przebiegu, bez jednoczesnej możliwości dokonania w takim przypadku odpowiedniej zmiany umowy w zakresie warunków jej realizacji. Takie ustalenie ryzyka wykonawcy nie może być uznane za prawidłowe w świetle reguł ustalania przedmiotu zamówienia, określonych w art. 29 Pzp.

Ad postanowienia wskazane w pkt I.12 odwołania:

Zgodnie z aktualnym brzmieniem § 6 ust. 2 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji) wykonawcę obciąża obowiązek dokonania »weryfikacji zgodności z prawem mpzp gmin, do których wprowadzono przebieg Linii pod względem ich treści oraz procesu przygotowywania i uchwalania«. Jednocześnie wprowadzono wymóg, aby wykonawca podejmował wszelkie możliwe działań faktyczne i prawne »w celu doprowadzenia ich przez odpowiednie organy do stanu zgodnego z prawem«.

Takie sformułowanie postanowień umowy uznać należy, za rażące naruszenie zasad zrównowazenia praw i obowiązków stron umowy cywilnoprawnej i jako takie niedopuszczalne także na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych.

25.03.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

28.03.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

28.03.2011 r. zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz pisemne dowody złożone podczas rozprawy przez strony i uczestnika postępowania.

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.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy bezpodstawnego nałożenia na wykonawców obowiązku uiszczania w imieniu zamawiającego wszelkich wynagrodzeń, opłat i odszkodowań w związku z pozyskiwaniem na rzecz zamawiającego praw do nieruchomości na cele realizacji inwestycji, czyli uwzględnienia w ryczałtowej cenie ofertowej tych kosztów [sekcja II.1.5.g ogłoszenia o zamówieniu, pkt 2.2. lit. j., pkt 3.4 ppkt 5, pkt 3.5 ppkt 3 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) oraz § 3.2.10 i § 3.2.13 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji), chociaż odwołujący omyłkowo wskazał w odwołaniu § 2.10 i § 2.13 wzoru umowy] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji, że wykonawcę będą obciążać wszystkie koszty, opłaty, należności, wynagrodzenia czy odszkodowania dla potrzeb realizacji przedmiotu zamówienia związanych z lokalizacją projektowanej Linii. Zamawiający doprecyzował również, że wykonawcy nie będzie przysługiwać prawo regresu w stosunku do zamawiającego tych wydatków. W związku z tak postawionym wymogiem to wykonawcę obciążać będzie ryzyko właściwego skalkulowania wszelkich należności i wypłaty ich w imieniu zamawiającego i wcześniejszego zawarcia tych sum w ryczałtowej cenie ofertowej. Odwołujący zarzucił tak postawionym wymogom przez zamawiającego naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Pzp.

Jednak z materiałów udostępnianych przez zamawiającego wykonawca może określić tereny przez jakie będzie przebiegać Linia oraz maksymalną długość tej Linii. Ponadto zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia jeden wariant przebiegu Linii (z 6 przewidywanych – str. 36 tomu I specyfikacji) wraz z informacją o wprowadzeniu lub potrzebie zmian w dokumentach planistycznych poszczególnych gmin. Zamawiający podał także informacje o stanie przygotowania raportu oddziaływania na środowisko. W związku z tym wykonawca może oszacować długość Linii i tereny jej przebiegu. Wobec tego wykonawca jest w stanie szacunkowo wycenić koszt należności związanych przede wszystkim z pozyskaniem praw do nieruchomości. Oczywiście szacunek taki jest obarczony mniejszą lub większą dozą błędu, a więc ryzyka, jednak może ta doza być minimalizowana doświadczeniem wykonawcy w pozyskiwaniu praw do nieruchomości, a wykazanie pewnego poziomu tego doświadczenia stanowi jeden z warunków udziału w postępowaniu. Również materiały udostępnione przez zamawiającego sprzyjają, aby wykonawca wybrał optymalny, jego zdaniem,

wariantu przebiegu trasy. Jest to obarczone ryzykiem, które wykonawca może wykluczyć wybierając wariant trasy najmniej korzystny dla zamawiającego, ale taka lokalizacja, bezpieczna z punktu widzenia wykonawcy, może okazać się mało konkurencyjną w stosunku do ofert innych wykonawców. A konkurencyjność ofert i postępowań stanowi istotę postępowań w sprawach zamówień publicznych.

Ponadto zamawiający przewidział możliwość przedłużenia terminu wykonania umowy w § 25 ust. 3 wzoru umowy (str. 129) w przypadku, gdy będzie wynikać z przyczyn niezależnych od wykonawcy zwłaszcza w zakresie uzyskiwania wymaganych decyzji administracyjnych, jeżeli ich wydawanie przekroczy ustanowiony prawem administracyjnym termin 60 dni.

Odwolujący przytoczył na poparcie swoich zarzutów wyrok o sygn. akt KIO/UZP 812.09 i 833/09 z 14 lipca 2009 r., jednak nie został on wzięty pod uwagę przez skład orzekający Izby gdyż stan faktyczny jest odmienny w obu rozpoznawanych sprawach.

Odwolujący nie wykazał, że nałożenie ryzyka związanego z wyceną oferty na wykonawcę w zakresie ustanowionym w rozpoznawanym postępowaniu przez zamawiającego stanowi naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów i w związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że nie stwierdził bezpodstawnego nałożenia na wykonawców obowiązku uiszczania w imieniu zamawiającego wszelkich wynagrodzeń, opłat i odszkodowań w związku z pozyskiwaniem na rzecz zamawiającego praw do nieruchomości na cele realizacji inwestycji, czyli uwzględnienia w ryczałtowej cenie ofertowej tych kosztów. Wobec tego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi niewłaściwego przewidzenia uzyskania ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowania warunkującej zgodę na realizację przedsięwzięcia w terminie do 1 stycznia 2012 r., co w praktyce przesądza o konieczności wykorzystania projektu raportu o oddziaływaniu na środowisko, w którego posiadaniu zamawiający będzie do 31 sierpnia 2011 r., a więc po upływie terminu składania ofert [pkt 2.2. lit. a w związku z punktem 6 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w pkt 2.2. lit. a tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), że do obowiązków wykonawcy należy sporządzenie »raportu oceny oddziaływania na środowisko projektowanej inwestycji [...] przy ewentualnym wykorzystaniu projektu raportu oceny oddziaływania na środowisko przygotowanego przez odrębnego wykonawcę i przekazanego wykonawcy przez zamawiającego«. Ze względu na ustanowienie terminu uzyskania ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji na dzień 1 stycznia 2012 r. konieczne jest skorzystanie z projektu raportu, który zostanie sporządzony do sierpnia 2011 r. a więc po terminie składania ofert.

Odwołujący wskazuje, że gdyby projekt raportu okazał się wadliwy i uniemożliwił uzyskanie decyzji środowiskowej, wykonanie tych prac jest niemożliwe przy zakładanym terminie 01.01.2012 r.

Zamawiający wskazał w pkt 2.2 lit. a specyfikacji tom I część II Opis przedmiotu zamówienia, że pozyskał postanowienie o zakresie raportu oddziaływania na środowisko i że wybrał wykonawcę odpowiedzialnego za przygotowanie tego projektu. W ten sposób zamawiający zapewnia przyszłemu wykonawcy przedmiotowego zamówienia wymagane materiały do sporządzenia raportu oddziaływania na środowisko, których przygotowanie wymaga poświęcenia najwięcej czasu. Obserwacje przyrodnicze prowadzone są dla wszystkich wariantów tras wskazanych w specyfikacji, co umożliwia dostęp do możliwie najszerszej wiedzy wykonawcom i nie blokuje im prawa do wyboru wariantu najkorzystniejszego z punktu widzenia celu umowy oraz możliwości zaproponowania konkurencyjnej ceny.

Ustalenie przez zamawiającego terminu uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację inwestycji na 1 stycznia 2012 r. nie powoduje bezwzględnej konieczności skorzystania z projektu raportu przygotowywanego przez inny podmiot. Wykorzystanie już wykonanych, kompleksowych badań może być racjonalne, jednak wykonawca może uzupełniać badania w okresie wiosna-jesień 2011 r. Wykonawca może wówczas zinwentaryzować rośliny i zwierzęta występujące na obszarze przewidzianym dla budowy Linii.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, a sposób jego realizacji to sfera wyboru wykonawcy, który może nie skorzystać z sugerowanych przez zamawiającego materiałów.

Odwołujący nie wykazał, że wprowadzenie Linii do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego gmin, uzyskanie decyzji lokalizacyjnych czy ich modyfikacja nie mogło być wykonane w terminie krótszym niż wskazany w odwołaniu.

Zamawiający uwzględnił w specyfikacji terminy wymagane prawem do uzyskania decyzji. Jednocześnie w § 25 ust. 3 wzoru umowy zamawiający przewidział możliwość przedłużenia terminu wykonania umowy, jeżeli terminy nie zostaną dotrzymane w wyniku działania organu. Również zamawiający nie przewidział kar za opóźnienie w realizacji zamówienia, lecz jedynie za zwłokę wykonawcy, co nie będzie upoważniać zamawiającego do nałożenia kar umownych, jeżeli termin zostanie naruszony przez organy wydające decyzje.

Ponadto zamawiający ubiega się o środki z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko [w ramach POIiŚ nr UPP-POIS.10.0100-00-016/08-01 z dnia 30.09.2008 r.]. Program przewiduje konkretne ramy czasowe, a więc zakreślanie przez zamawiającego konkretnych terminów na wykonanie poszczególnych elementów zamówienia wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego i terminy te nie mogą zostać przedłużone, a więc ze względu na uzasadnione wymaganie określonych terminów wykonania zamówienia skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu drugiego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci bezpodstawnego zobowiązania wykonawców do »wprowadzenia« inwestycji do wojewódzkich planów zagospodarowania przestrzennego, bez możliwości zmiany warunków umowy, w tym wydłużenia terminów realizacji umowy w przypadku, gdy do takiego wprowadzenia nie dojdzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy [pkt 2.2 lit. c i pkt 3.2.1 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) oraz § 2.3 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający żądał we wskazanym miejscach specyfikacji wprowadzenia inwestycji do wojewódzkich planów lub utrzymania ich tam. Jednak zamawiający stwierdził w pkt 2.5 tomu I części II specyfikacji, że trasa proponowanej Linii jest zawarta w wojewódzkich planach zagospodarowania przestrzennego. Dlatego wykonawca ma obowiązek dbania o znajdowanie się tej inwestycji w planach, a więc zamawiający nie musi przewidywać wydłużenia terminów realizacji umowy w przypadku, gdy do takiego wprowadzenia nie dojdzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy.

Wprowadzenie Linii ponownie do wojewódzkich planów zagospodarowania przestrzennego zachodzi jedynie w przypadku, gdy wykonawca zaniedba obowiązki związane z czuwaniem nad wprowadzaniem zmian do planów i dopuści do ewentualnego usunięcia Linii z planów. Wobec tego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie jest zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty bezpodstawnego nałożenia obowiązku wprowadzenia przebiegu Linii do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego, bez możliwości zmiany warunków umowy, w tym wydłużenia terminów realizacji umowy w przypadku, gdy do takiego wprowadzenia nie dojdzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy [pkt 2.2. lit. d tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), a także § 2.4 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie określił terminu na wprowadzenie Linii do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego. Zgodnie z przepisem art. 35 Kpa organy administracji publicznej są obowiązane do załatwienia sprawy bez zbędnej zwłoki, czyli w terminie nie przekraczającym w praktyce 60 dni.

Zamawiający przewidział możliwość przedłużenia terminu wykonania umowy w § 25 ust. 3 wzoru umowy, jeżeli terminy nie zostaną dotrzymane w wyniku działania organu i zamawiający nie przewidział też stosowania kar za opóźnienie w realizacji zamówienia, jeżeli termin zostanie naruszony przez organ wydający decyzję. Wprowadzenie Linii do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego w terminie ustawowym jest uzależnione od odpowiednio wczesnego złożenia właściwych wniosków i prawidłowego wykorzystania dostępnych środków ochrony prawnej, a więc od wykonawcy. Wobec tego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie jest zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty bezpodstawnego zobowiązania wykonawców do »wprowadzenia« inwestycji do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego poszczególnych gmin, bez możliwości zmiany warunków umowy, w tym wydłużenia terminów realizacji umowy w przypadku, gdy do takiego wprowadzenia nie dojdzie z przyczyn niezależnych od wykonawcy [pkt 2.2 lit. e oraz pkt 3.2.2 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przedstawił w tabeli nr 2.2. tom I część II na str. 37 specyfikacji proponowaną trasę Linii w dokumentach planistycznych. Wykonawca otrzymał więc informację o ewentualnym zakresie prac do wykonania.

Ponadto zamawiający wskazał, że termin na wprowadzenie Linii do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego to 01.12.2012 r. czyli kilkanaście miesięcy. Zamawiający nie określił oddzielnego terminu na wprowadzenie Linii do studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego.

Zamawiający przewidział też możliwość przedłużenia terminu wykonania umowy w § 25 ust. 3 wzoru umowy jeżeli terminy nie zostaną dotrzymane w wyniku działania organu. Zamawiający nie przewidział też kar za opóźnienie w realizacji zamówienia co wyklucza negatywne skutki dla wykonawcy jeżeli termin zostanie naruszony przez organ wydający decyzję.

Natomiast w przypadku, gdy w danej gminie nie uchwalono miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego zamawiający dopuścił mechanizm alternatywny tj. ustalenie lokalizacji Linii na podstawie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu czy decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego. Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut szósty bezpodstawnego nałożenia na wykonawców obowiązku ustanowienia służebności przesyłu, ale wyłącznie w formie umownej (aktu notarialnego) [pkt 2.2. lit. i tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) oraz pkt 5.1 tomu I części I specyfikacji (Wskazówki dla wykonawców) oraz § 2.9 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt 2.2. lit. j Tom I część II specyfikacji, wykonawca odpowiada za wypłaty w imieniu zamawiającego wynagrodzeń, opłat, należności lub odszkodowań wszystkim właścicielom nieruchomości w związku z lokalizacją na ich nieruchomościach projektowanej Linii oraz ustanowieniem służebności dla potrzeb Linii, związanych z wydaniem stosownych decyzji administracyjnych, podpisaniem stosownych umów w formie aktu notarialnego, uzyskaniem stosownych orzeczeń sądowych i wpisem służebności dla potrzeb Linii do ksiąg wieczystych nieruchomości oraz zapłaty w imieniu zamawiającego wszelkich kosztów, opłat, podatków, należności cywilnoprawnych i innych należności związanych z ustanowieniem tych praw do nieruchomości.

Zamawiający dopuszcza w specyfikacji ustanowienie służebności jako umów z właścicielami gruntów w formie aktu notarialnego, jak również ustanowienie służebności na drodze sądowej.

W związku z powyższym zarzut o ograniczeniu form ustanawiania służebności jedynie do umowy w formie aktu notarialnego nie jest zasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut siódmy bezzasadnego nałożenia na wykonawców obowiązku uiszczenia w imieniu zamawiającego, a w konsekwencji uwzględnienia w ryczałtowej cenie ofertowej, wszelkich należności i opłat związanych z uzyskaniem decyzji o zmianie przeznaczenia gruntu oraz decyzji w sprawie zezwolenia na wycięcie drzew [pkt 2.2 lit. m tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, że nałożenie ryzyka związanego z wyceną oferty na wykonawcę w zakresie ustanowionym w rozpoznawanym postępowaniu przez zamawiającego stanowi naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów i w związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że nie stwierdził bezpodstawnego nałożenia na wykonawców obowiązku uiszczenia w imieniu zamawiającego należności i opłat związanych z uzyskaniem decyzji o zmianie przeznaczenia gruntu oraz decyzji w sprawie zezwolenia na wycięcie drzew. Takie założenie może przyczynić się do oszczędniejszego wykonania umowy przez wykonawcę, który w efekcie będzie opłacać przedmiotowe koszty z kwoty swojego wynagrodzenia, co nie jest niezgodne z wskazanymi przez odwołującego przepisami.

Wobec tego zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut ósmy ustalenia i podania wykonawcy formy uzgodnień z właścicielami dopiero w trakcie procesu projektowania [pkt 2.2 lit. n tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt 2.2 lit. n tom I cz. II specyfikacji ustanowił, że do zadań wykonawcy będzie należeć cyt. »pozyskanie wszelkich uzgodnień i decyzji niezbędnych do uzyskania pozwolenia na budowę Linii, przeprowadzenia uzgodnień w imieniu zamawiającego z właścicielami infrastruktury, z którą krzyżuje się projektowana Linia (np. w zakresie: dróg, kolei, linii energetycznych, linii telekomunikacyjnych, gazociągów i innych). Forma uzgodnień z właścicielami zostanie określona przez zamawiającego w trakcie procesu projektowania. Dane kolizje zostaną przeprojektowane przez wykonawcę wraz z uzyskaniem dla nich pozwoleń na budowę«.

Zamawiający oczekuje dokonania przez wykonawcę uzgodnień z właścicielami infrastruktury, z którą krzyżuje się Linia.

Forma uzgodnień wynika z:

1) rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 2 kwietnia 2001 r. w sprawie geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu oraz zespołów uzgadniania dokumentacji projektowej (Dz. U. Nr 38 poz. 455);

2) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. Nr 120 poz. 1133 oraz z 2008 r. Nr 201 poz. 1239 i Nr 228 poz. 1513);

3) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 oraz z 2011 r. nr 32, poz. 159).

Jak wynika ze stanowiska zamawiającego celem tego wymagania jest uzyskanie zgody zarządzających odpowiednią infrastrukturą w wypadkach występowania nienormatywnych zbliżeń między projektowanym a istniejącym lub wcześniej zaprojektowanym uzbrojeniem terenu lub obiektami naziemnymi. Z dotychczasowego doświadczenia zamawiający wymaga, aby uzgodnienia były wykazane w formie pisemnej, jednak nie dopuszcza formy uzgodnień na zasadzie wypisania uwag na dokumentacji projektu budowlanego. Dlatego uzgodnienia takie powinny mieć charakter osobnego pisma od zarządcy infrastruktury lub w postaci opracowania osobnego projektu budowlanego dla danej kolizji, wraz z uzgodnieniem tejże dokumentacji z zarządcą danego obiektu. Wybór formy zależy więc będzie w dużej części od wymagań zarządcy infrastruktury i stąd nie mógł zostać wskazany w specyfikacji.

W związku z tym, że wymagania zamawiającego w tym zakresie nie przekraczają obowiązujących regulacji prawnych ani zwyczajów oraz zostały wskazane w specyfikacji, choć mało precyzyjnie, skład orzekający Izby nie może zgodzić się z zarzutem odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dziewiąty bezpodstawnego nałożenia na wykonawców obowiązku wykonania wszelkich »prac i czynności, których konieczność wykonania dla wykonania umowy ujawni się w trakcie realizacji Przedmiotu Umowy« [pkt 2.2 lit. t tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia) oraz § 2.3 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nabżył na wykonawców obowiązek pozyskanie pozwolenia na budowę Linii 400 kV Ełk-granica RP. Zamawiający określił dane wyjściowe oraz wymagania co do Linii, opisał także elementy mogące wpłynąć na przeprowadzenie procesu przygotowania inwestycji. Wskazana w opisie przedmiotu zamówienia lista czynności powinna, zdaniem zamawiającego, obejmować wszelkie czynności związane z przygotowaniem inwestycji. Jednakże ze względu na charakter umowy, której wynikiem ma być konkretny rezultat w postaci projektu budowlanego oraz pozyskania decyzji o pozwoleniu na budowę zamawiający oczekuje, że wykonawca wykona wszelkie prace, które prowadzą do pozyskania projektu i pozwolenia na budowę.

Kwestionowane przez odwołującego postanowienie jest często stosowane w umowach, które zakończyć mają się konkretnym rezultatem. Postanowienie to nie jest niezgodne z prawem, gdyż

podobne reguły zawierają powszechnie obowiązując przepisy prawa, a zwłaszcza art. 632 § 1 Kc odnoszący się do wynagrodzenia ryczałtowego.

Wymaganie to nie oznacza, że wykonawca będzie musiał spełnić świadczenia czy wykonać prace, które leżą poza zakresem przyszłych obowiązków wykonawcy. Postanowienie to ma za zadanie zamknąć zakres przedmiotu zamówienia określeniem jego rezultatu, w taki sposób, aby wykonawca nie wskazywał, iż poszczególne czynności nie należą do jego obowiązków bowiem nie zostały wyraźnie wskazane w treści opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dziesiąty bezpodstawnego sformułowania definicji pojęcia „Nowa Rozdzielnia” w zakresie, w jakim zamawiający dopuszcza możliwość zmiany lokalizacji Nowej Rozdzielni – bez jednoczesnej możliwości odpowiedniej zmiany umowy w zakresie warunków jej realizacji w związku z wprowadzoną zmianą [pkt 3 tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia), w związku z punktem 1 tej części SIWZ] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przewidział możliwość przedłużenia terminu wykonania umowy w § 25 ust. 3 wzoru umowy (str. 129) w przypadku, gdy będzie wynikać z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Zostało to szczegółowo omówione w uzasadnieniu do rozpoznania zarzutu pierwszego. Wobec powyższego zarzut dziesiąty nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut jedenasty bezpodstawnego nałożenia na wykonawcę obowiązku zweryfikowania trasy Proponowanej Linii i w razie konieczności wprowadzenia zmian w jej przebiegu, bez jednoczesnej możliwości dokonania w takim przypadku odpowiedniej zmiany umowy w zakresie warunków jej realizacji [pkt 2.2 akapit 5 (pierwsze zdanie na str. 35) tomu I części II specyfikacji (Opis przedmiotu zamówienia)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający przewidział możliwość przedłużenia terminu wykonania umowy w § 25 ust. 3 wzoru umowy (str. 129) w przypadku, gdy będzie wynikać z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Zostało to szczegółowo omówione w uzasadnieniu do rozpoznania zarzutu pierwszego. Wobec powyższego zarzut jedenasty nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut dwunasty bezpodstawnego obciążenia wykonawcy obowiązkiem »weryfikacji zgodności z prawem miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego gmin, do których wprowadzono przebieg Linii pod względem ich treści oraz procesu przygotowywania i uchwalania« oraz wymagania od wykonawcy podjęcia wszelkich możliwych działań faktycznych i prawnych »w celu

doprowadzenia ich przez odpowiednie organy do stanu zgodnego z prawem« [§ 6 ust. 2 wzoru umowy (tom I część III specyfikacji)] – nie zasługuje na uwzględnienie.

Uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, jak i uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę oparte jest na zgodności złożonych przez inwestora dokumentów z miejscowymi planami zagospodarowania przestrzennego. Uchybienia, które mogą powstać w procesie uchwalania tych planów mogą spowodować nawet podważenie decyzji o pozwoleniu na budowę.

Dla zamawiającego jest to istotne ze względu na dotrzymanie terminu zakończenia budowy Linii i dlatego zamawiający wymaga podjęcia działań do usunięcia uchybień. Ewentualne niezgodności z prawem mogą powodować uchylenie wszelkich decyzji związanych z procesem budowlanym na dalszych etapach inwestycji, a nawet spowodować unieważnienie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Linii już wybudowanej i eksploatowanej, co spowoduje konieczność odłączenia napięcia i będzie się wiązać ze znacznymi szkodami. Zamawiający stwierdza, że jest to bardzo ważny element procesu budowlanego w zakresie rozpoznawanej inwestycji. Dlatego zamawiający zwrócił szczególną uwagę wykonawców i ustanowił szczególne obowiązki wykonawców w obszarze zgodności z prawem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego.

Zasygnalizowanie w odpowiednim czasie uchybień w zakresie wyżej wymienionych aktów może mieć istotne znaczenie dla dalszej inwestycji z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie włącznie. W związku z tym wykonawca może w imieniu zamawiającego wystąpić o wprowadzenie odpowiednich zmian czy korekt do miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz aktywnie uczestniczyć w procesie ich tworzenia i poprawiania, jako zainteresowana strona. Daje to wykonawcy szerokie możliwości działania w celu należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Natomiast nakład pracy i środków koniecznych do spełnienia wszystkich wymagań zamawiającego i realizacji przedmiotu zamówienia jest możliwy do oszacowania i do złożenia oferty. Wobec powyższego zarzut odwołujący nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ani art. 353¹ kodeksu cywilnego.

Z powyższych względów oddalono 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 zamawiającego 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:

.....