

Sygn. akt: KIO 1725/10

Sygn. akt: KIO 1727/10

WYROK
z dnia 3 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący	Ryszard Tetzlaff
Członkowie	Agnieszka Trojanowska
	Bogdan Artymowicz
Protokolant:	Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 sierpnia 2010 r.** i **1 września 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **20 sierpnia 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych: **A.** w dniu 12 sierpnia 2010 r. przez **Konsorcjum firm: 1. STRABAG Sp. z o.o. (lider), 2. HEILIT WOERNER Budowlana Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków** (o sygn. akt: KIO 1725/10), **B.** w dniu 12 sierpnia 2010 r. przez **Konsorcjum Wykonawców: 1. EUROVIA POLSKA S.A. (lider); 2. WARBUD S.A.; 3. EUROVIA Verkehrsbau Union GmbH; 4. EUROVIA CS, a.s.; 5. JOHANN BUNTE Bauunternehmung GmbH & Co. KG; 6. BUNTE Polska Sp. z o.o.; 7. PBDiM „ERBEDIM” Sp. z o.o.; 8. PRM „Mosty-Łódź” S.A. i 9. „PUT INTERCOR” Sp. z o. o. (partnerzy) z adresem dla lidera konsorcjum i do korespondencji: EUROVIA POLSKA SA Oddział Warszawa, ul. Badyłarska 21, 02-484 Warszawa, Polska** (o sygn. akt: KIO 1727/10), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59,**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum Wykonawców: 1. BUDIMEX S.A. (lider); 2. FERROVIAL AGROMAN S.A. (partner); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa;** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz o sygn. akt: KIO 1727/10 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. A. Oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 1725/10; B. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 1727/10 i nakazuje zmianę postanowień SIWZ, tj. Warunków Szczególnych Kontraktu (tom II, Rozdz. 3 - część II) poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego mechanizmu rozliczenia robót, jakie mogą okazać się konieczne do wykonania po sporządzeniu: „raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko”, a także kosztów z ich wpływu na kolejność i termin wykonania robót kontraktowych oraz usunięcie w pkt 2.1.4.3 PFU fragmentu dodanego zmianą SIWZ nr 3 z 23.08.2010 r.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. Konsorcjum firm: 1. STRABAG Sp. z o.o. (lider), 2. HEILIT WOERNER Budowlana Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500

Pruszków; B. Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego **Konsorcjum firm: 1. STRABAG Sp. z o.o. (lider), 2. HEILIT WOERNER Budowlana Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków,**
 - B** koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum Wykonawców: 1. EUROVIA POLSKA S.A. (lider); 2. WARBUD S.A.; 3. EUROVIA Verkehrsbau Union GmbH; 4. EUROVIA CS, a.s.; 5. JOHANN BUNTE Bauunternehmung GmbH & Co. KG; 6. BUNTE Polska Sp. z o.o.; 7. PBDiM „ERBEDIM” Sp. z o.o.; 8. PRM „Mosty-Łódź” S.A. i 9. „PUT INTERCOR” Sp. z o. o. (partnerzy) z adresem dla lidera konsorcjum i do korespondencji: EUROVIA POLSKA SA Oddział Warszawa, ul. Badyłarska 21, 02-484 Warszawa, Polska,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: 1. STRABAG Sp. z o.o. (lider), 2. HEILIT WOERNER Budowlana Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków na rzecz Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty stron z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum Wykonawców: 1. EUROVIA POLSKA S.A. (lider); 2. WARBUD S.A.; 3. EUROVIA Verkehrsbau Union GmbH; 4. EUROVIA CS, a.s.; 5. JOHANN BUNTE Bauunternehmung GmbH & Co. KG; 6. BUNTE Polska Sp. z o.o.; 7. PBDiM „ERBEDIM” Sp. z o.o.; 8. PRM „Mosty-Łódź” S.A. i 9. „PUT INTERCOR” Sp. z o. o. (partnerzy) z adresem dla lidera konsorcjum i do korespondencji: EUROVIA POLSKA SA Oddział Warszawa, ul. Badyłarska 21, 02-484 Warszawa, Polska,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

Członkowie

.....

.....

U z a s a d n i e

**do wyroku z dnia 3 wrzesień 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10,
sygn. akt: KIO 1727/10.**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego pn. „*Projekt i budowa autostrady A 1 Stryków - węzeł „Tuszyn” na odcinku od km 295+850 (od węzła „Stryków 1” bez węzła) do km 335+937,65*”, Nr przetargu: GDDKiA/DRI/2010/R/1/BP/Ce, zostało wszczęte przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za nr 2010/S 80 -119348 w dniu 24.04.2010 r. W dniu 24.05.2010 r. upłynęła termin do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W dniu 2.08.2010 r. Zamawiający przekazał zakwalifikowanym do II etapu postępowania Wykonawcom zaproszenie do złożenia oferty wraz z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwane dalej: „*SIWZ*”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10:

W dniu 12.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 i art. 180 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) zwanej dalej: „*Pzp*”, Konsorcjum firm: 1. STRABAG Sp. z o.o. (lider), 2. HEILIT WOERNER Budowlana Sp. z o.o. (partner) z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków zwane dalej: „*Konsorcjum STRABAG*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10*” albo „*pierwszym Odwołującym*” wniosło odwołanie wobec postanowień SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.08.2010 r. (*faxem*). Zarzucił naruszenie: art. 7 ust 1, art. 29 ust 1 w zw. z art. 31 ust 2 i 3 Pzp, § 15, § 18 i 19 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 z późn. zm.) – zwanego dalej: „*Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.*”, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą niekompletnego, bo nie spełniającego wymagań niniejszego rozporządzenia, Programu Funkcjonalno - Użytkowego, a w konsekwencji niewypełnienie obowiązku:

- a) przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem planowanych robót
- b) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, umożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia porównywalnych ofert.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania uzupełnienia i modyfikacji SIWZ w sposób wskazany niżej w treści odwołania.

Przedmiotem zamówienia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu jest, zgodnie z pkt 5 SIWZ - Przedmiot Zamówienia oraz pkt II. 1.2 ogłoszenia - Rodzaj zamówienia oraz lokalizacja robót budowlanych (...), robota budowlana polegająca na zaprojektowaniu i wykonaniu zadania pn. „Projekt i budowa autostrady A1 Stryków - węzeł „Tuszyn” na odcinku od km 295+850 (od węzła „Stryków 1” bez węzła) do km 335+937,65”. Bez wątpliwości jest to więc jedna z trzech, zdefiniowanych przez ustawodawcę w art. 2 pkt 8 Pzp, sytuacji w którym przedmiot zamówienia kwalifikować należy jako robotę budowlaną.

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 ocenie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 Program Funkcjonalno - Użytkowy przygotowany w celu opisu przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu nie spełnia wymagań rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r., gdyż nie zawiera on wszystkich wymaganych informacji i dokumentów. Dokumenty i informacje brakujące w Programie Funkcjonalno Użytkowym, a wymagane zgodnie z rozporządzeniem 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 z późn. zm.):

a) Oświadczenia Zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane.

Zgodnie z § 19 pkt 2 przywołanego powyżej rozporządzenia część informacyjna programu funkcjonalno - użytkowego zwanego dalej: „PFU” obejmuje oświadczenie Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele

budowlane. Z obowiązku załączenia tego dokumentu do PFU zwolnieni zostali, zgodnie z § 19 a i § 19 b, jedynie ci Zamawiający, którzy udzielają zamówień:

- na roboty budowlane, dotyczące obiektów liniowych finansowanych z Funduszu Spójności, dla których wnioski o dofinansowanie zostały przekazane do Komisji Europejskiej przed dniem 30 września 2004 r., oraz

- na roboty budowlane dotyczące inwestycji w zakresie dróg publicznych realizowanych na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 193, poz. 1194 i Nr 199, poz. 1227 oraz z 2009 r. Nr 72, poz. 620) oraz inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego realizowanych na podstawie ustawy z dnia 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz. U. Nr 42, poz. 340 i Nr 161, poz. 1281).

Roboty budowlane objęte przedmiotowym postępowaniem, jak wynika z załączonej do SIWZ decyzji o ustaleniu lokalizacji autostrady A1, są realizowane w oparciu o ustawę z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2004, Nr 256 poz. 2571 z późn. zm.). Zamawiający nie podlega więc zwolnieniu z obowiązku załączenia do SIWZ oświadczenia o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. O tym, że posiadanie prawa do dysponowania nieruchomością, na której prowadzona ma być inwestycja jest jednym z podstawowych obowiązków inwestora świadczy treść art. 647 kc oraz przepisy ustawy z 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2006 r., Nr 156 poz. 1118 z późn. zm.). Zgodnie ze wskazanym przepisem kc, regulującym podstawowe obowiązki uczestników procesu inwestycyjnego, po stronie Zamawiającego jest „(...) *dokonanie wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazanie terenu budowy i dostarczenie projektu(...)*”. Aby wypełnić obowiązek przekazania terenu budowy, a tym samym aby umożliwić wykonawcy realizacji jego zobowiązań umownych, Zamawiający posiadać musi prawo do dysponowania gruntem, na którym prowadzona ma być inwestycja. Potwierdzają to przepisy Prawa budowlanego, zgodnie z którym pozwolenie na budowę może być wydane wyłącznie temu, kto złożył oświadczenie, pod rygorem odpowiedzialności karnej, o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością (art. 32 ust 4 pkt 2). Brak oświadczenia, o którym mowa w § 19 pkt 2 przywołanego powyżej rozporządzenia jest więc tym bardziej istotny, że wskazywać może na trudności w wywiązywaniu się inwestora z jego przyszłych obowiązków wynikających z umowy, jaką zamierza on zawrzeć w wyniku prowadzonego postępowania. Reasumując, nie załączenie do PFU dokumentu wymaganego zgodnie z §19 pkt 2 przywołanego powyżej rozporządzenia stanowi o niezgodnym z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 Pzp opisie przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 wnosi o zobowiązanie inwestora do uzupełnienia PFU o ten dokument.

b) Wyniki badań gruntowo - wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektu.

Zgodnie z § 19 pkt 4 część informacyjna PFU obejmuje inne, niż wymienione w pkt 1 - 3, posiadane przez Zamawiającego informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych. W szczególności, zgodnie z § 19 pkt 4 lit. b), są to wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów. O tym, że Zamawiający jest w posiadaniu wyników takich badań świadczy fakt, że do PFU dołączony został dokument o nazwie Podstawowa Dokumentacja Techniczna (PDT) - Projekt Wstępny, którego elementem jest: - Dokumentacja Geologiczno - Inżynierska (Aneks nr 6).

Zgodnie jednak z pkt 1.1.1. PFU - „Zasadniczy zakres robót do wykonania”, Zamawiający wyłączył te dokumenty z opisu przedmiotu zamówienia. Jak stwierdza bowiem pkt 1.1.1. PFU „Dokumenty zawarte w niniejszym PFU stanowią opis przedmiotu zamówienia zgodnie z Rozporządzeniem ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej „(...) z wyjątkiem dołączonych w celach poglądowych nie stanowiących wytycznych i danych wyjściowych do projektowania (...) następujących opracowań: Podstawowa Dokumentacja Techniczna - Projekt Steny (...)”. Tym samym Zamawiający, wbrew wskazanym wyżej przepisom Pzp i przywołanego rozporządzenia, wyłączył posiadane przez siebie wyniki badań gruntowych i wodnych, z katalogu dokumentów, które stanowić powinny wiążący dla wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publiczny element opisu przedmiotu zamówienia. Wprowadzony w to miejsce pod poz. II. 3.3. PFU punkt o nazwie: „Opis Warunków gruntowo - wodnych”, stwarzać może jedynie pozory wypełnienia przez Zamawiającego obowiązków o których mowa jest w § 19 pkt 4 lit b) przywołanego powyżej rozporządzenia. Informacje zawarte bowiem w tym miejscu PFU są w ocenie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 bardzo ogólne. Jedynie celem przykładu można wskazać, że w tej części PFU Zamawiający jako „wynik” badań gruntowo - wodnych podaje następujące informacje: „(...)Na przedmiotowym odcinku występuje generalnie plejstocenijski poziom wód gruntowych(...) Głębokość jego występowania jest zróżnicowana(...). Płytki poziom wód jest bardzo zmienny (...)”. Nie wymaga wiedzy specjalistycznej stwierdzenie, że informacje te nie mogą być traktowane jako wynik jakichkolwiek badań geologicznych czy wodnych przeprowadzonych dla tego rejonu. Potwierdza to analiza wspomnianych wyżej Elementów Podstawowej Dokumentacji Technicznej, tj. Dokumentacji Geodezyjnej i Geologiczno - Inżynierskiej. Stwierdzenie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 o nie wywiązaniu się Zamawiającego z ciążących na nim obowiązków związanych z opisem przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, zdaje się potwierdzać nałożony na wykonawcę w pkt 3.3. PFU obowiązek opracowania uzupełniającej dokumentacji gruntowo - wodnej (str. 188). Informacje zawarte w wynikach badań gruntowo - wodnych mają decydujące znaczenie dla zaprojektowania posadowienia obiektów mostowych, drogowych i kubaturowych co z kolei przekłada się w istotny sposób na cenę

oferty. Z uwagi na powyższe, nie załączenie do PFU dokumentu wymaganego zgodnie z § 19 pkt 4 lit b) przywołanego powyżej rozporządzenia, w sytuacji gdy znajduje się on w posiadaniu Zamawiającego, stanowi o niezgodnym z art. 29 ust 1 w zw. z art. 31 Pzp opisie przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 wnosi o zobowiązanie Zamawiającego, do włączenia Załącznika 2.7 do Podstawowa Dokumentacja Techniczna /dokument 11/ Aneks 6 - Dokumentacja Geologiczno - Inżynierska do PFU.

c) Zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków.

Zgodnie z § 19 pkt 4 lit c) przywołanego powyżej rozporządzenia, wśród innych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robot budowlanych powinny znaleźć się zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków. Podobnie jak w przypadku wyników badań gruntowo - wodnych (dokumentów opisanych w pkt b) uzasadnienia odwołania), Zamawiający zamieścił w PFU w pkt. 3.4 „Zalecenia konserwatorskie” informacje, które w ocenie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 nie wypełniają dyspozycji § 19 pkt 4 lit c) przywołanego powyżej rozporządzenia posiadając jednocześnie bardziej szczegółowe dane, które wyłączone zostały z opisu przedmiotu zamówienia. Jednak te zalecenia są w istocie zaleceniami sformułowanymi przez Zamawiającego, a nie przez konserwatora zabytków, czego wymaga zapis przywołanego powyżej rozporządzenia. Jako element PFU Zamawiający zamieścił Raport oddziaływania na środowisko zastrzegając jednocześnie, iż nie stanowi on wytycznych i danych wyjściowych do projektowania a dołączony został jedynie w celach poglądowych (str.14 PFU). Treść raportu oddziaływania na środowisko (pkt. 4.4) potwierdza, iż Zamawiający jest w posiadaniu bardziej szczegółowych danych niż te, które zamieścił w pkt 3.4 PFU ale potraktował je jako niewiążące dla tego postępowania. Również ustawa o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko z dnia 3 października 2008 r. (Dz. U Nr 199 poz. 1227 z późn. zm.), które określa m.in. co zawierać powinien raport oddziaływania na środowisko potwierdza, że jego koniecznym elementem jest w przypadku dróg będących przedsięwzięciami mogącymi zawsze znacząco oddziaływać na środowisko określenie założeń do:

- ratowniczych badań zidentyfikowanych zabytków znajdujących się na obszarze planowanego przedsięwzięcia, odkrywanych w trakcie robót budowlanych,
- programu zabezpieczenia istniejących zabytków przed negatywnym oddziaływaniem planowanego przedsięwzięcia oraz ochrony krajobrazu kulturowego, Z uwagi na powyższe, nie załączenie do PFU dokumentu wymaganego zgodnie z § 19 pkt 4 lit c) przywołanego powyżej rozporządzenia, stanowi o niezgodnym z art. 29 ust 1 w zw. z art. 31 Pzp opisie przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 wnosi o zobowiązanie Zamawiającego, do załączenia do PFU zaleceń konserwatorskich

konserwatora zabytków.

d) dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska.

Zgodnie z § 19 pkt 4 lit e) przywołanego powyżej rozporządzenia, wśród innych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robot budowlanych powinny znaleźć się dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska. Dane takie zawarte są w Podstawowej Dokumentacji Technicznej i Raporcie Oddziaływania na Środowisko m.in. pkt 4.1.4, 5.1.2, 6.1.6, 9.2, oraz załącznik 1 do Raportu „*Pisma i uzgodnienia*”, które to jednak dokumenty na podstawie powołanego już wyżej zapisu PFU nie są traktowane, jako element opis przedmiotu zamówienia. Informacji takich Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 nie odnajduje w tej części PFU, która traktowana jest przez Zamawiającego jako opis przedmiotu zamówienia będący podstawą przygotowania oferty. Nie załączenie, więc do PFU dokumentu wymaganego zgodnie z § 19 pkt 2 przywołanego powyżej rozporządzenia stanowi o niezgodnym z art. 29 ust 1 w zw. z art. 31 Pzp opisie przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 wnosi o zobowiązanie Zamawiającego, do załączenia do PFU jako elementu wiążącego dla opisu przedmiotu zamówienia Załącznika nr 2.8. Raportu Oddziaływania na środowisko.

e) pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości.

Zgodnie z § 19 pkt 4 lit f) przywołanego powyżej rozporządzenia, wśród innych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robot budowlanych powinny znaleźć się pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości. W ramach wypełnienia tego obowiązku w pkt 3.6. PFU Zamawiający zamieścił klauzulę o nazwie Pomiary ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości (str. 195 PFU). Zamieści tam, w formie tabelarycznej, informacje dotyczące jedynie prognozy ruchu. Po pierwsze więc, brak jest w PFU informacji, w zakresie wymaganych przywołanego powyżej rozporządzeniem, pomiarów hałasu i innych uciążliwości. O tym zaś, że informacje takie znajdują się w posiadaniu Zamawiającego świadczą załączone SIWZ Raporty oddziaływania na środowisko. Dane w nich zawarte nie mogą być jednak podstawą dla sporządzenia oferty, ponieważ nie stanowią one, zgodnie z postanowieniami PFU (str.14) wiążącego opisu przedmiotu zamówienia. Po drugie sam PFU, w zakresie tych części które Zamawiający uznał za wiążące, jest dokumentem niespójnym czy też wewnętrznie sprzecznym. I tak, zgodnie z pkt 1.2.1 PFU Wymagania Wynikające z decyzji środowiskowej i decyzji lokalizacyjnej, „*Ekrany akustyczne zaprojektowane przez Wykonawcę (opracowane na podstawie prognoz opartych na zaktualizowanym ŚDR (Średniodobowy Ruch))*”- (str. 64). W SIWZ Zamawiający nie podał jednak zaktualizowanego Średniodobowego Ruchu (ŚDR), który stanowić miałby podstawę do zaprojektowania ekranów akustycznych. ŚDR podany został natomiast w Raporcie oddziaływania na środowisko, jednak Zamawiający

jednoznacznie wyłączył ten dokument i zawarte w nim informacje z danych wyjściowych do projektowania. W konsekwencji oznacza to, że w zależności od tego czy wykonawca przy kalkulowaniu ceny oferty przyjmie dane ŚDR z Raportu oddziaływania na środowisko (mimo, że jest to dokument niewiążący, ale żaden inny element PFU nie definiuje czynnika jakim jest ŚDR), czy też podejmie się sam wyliczenia tego czynnika w oparciu o dane zawarte w tabeli z pkt 3.6 PFU (co stanowiło będzie nie znajdujące uzasadnienia w przepisach obowiązującego prawa przeniesienie na Wykonawcę obowiązków Zamawiającego związanych z opisem przedmiotu zamówienia) ekrany akustyczne będą zaprojektowane różnie i różna będzie ich wartość. W konsekwencji doprowadzi do nieporównywalności złożonych ofert. Powyższe wskazuje, że Zamawiający nie umieścił w PFU informacji wymaganych zgodnie z § 19 pkt 2 przywołanego powyżej rozporządzenia, przez co naruszył art. 29 ust 1 w zw. z art. 31 Pzp. W tym zakresie Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 wnosi o zobowiązanie Zamawiającego, do załączenia do PFU jako elementu wiążącego dla opisu przedmiotu zamówienia Załącznika Raportu oddziaływania na środowisko albo przynajmniej podanie Średniodobowego Ruchu, w oparciu o którą to wartość Wykonawca powinien przygotować ofertę.

f) inwentaryzacja lub dokumentacja obiektów budowlanych podlegających przebudowie.

Zgodnie z § 19 pkt 4 lit g) przywołanego powyżej rozporządzenia, wśród innych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robot budowlanych powinny znaleźć się inwentaryzacja lub dokumentacja obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie (...) w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych (...) oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek. Zgodnie z PFU pkt 1.1.2.1 str. 20 w ramach budowy węzła Tuszyn Wykonawca przebudować ma istniejące obiekty inżynierskie tj. obiekty WA 280, WA 281 oraz WA 282. PFU, w szczególności pkt 3.7, który jak wynika z jego opisu zawierać powinien informacje wymagane § 19 pkt 4 lit g) przywołanego powyżej rozporządzenia, nie zawierają danych dotyczących tych obiektów. W związku z powyższym Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zamieszczenia w SIWZ informacji wymaganych zgodnie ze wskazanym przepisem przywołanego powyżej rozporządzenia w zakresie obiektów przewidzianych do przebudowy.

g) porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych.

Zgodnie z §19 pkt 4 lit h) przywołanego powyżej rozporządzenia, wśród innych informacji i dokumentów niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych powinny znaleźć się porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych,

cieplnych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych. Dokumenty nie zostały załączone do SIWZ. O tym zaś, że są one w posiadaniu Zamawiającego świadczy, że załączone są one do Podstawowej Dokumentacji Technicznej-Dokument VI (nie załączony na płytach CD) i Raportu Oddziaływania na Środowisko załącznik 1 do Raportu „Pisma i uzgodnienia”, które nie zostały jednak załączone do wiążącego opisu przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zamieszczenia w SIWZ informacji wymaganych zgodnie ze wskazanym przepisem Rozporządzenia w szczególności znajdujących w Podstawowej Dokumentacji Technicznej i Raportu Oddziaływania na Środowisko.

Rozbieżności pomiędzy dokumentami składającymi się na SIWZ, świadczące o niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia. Na przekazaną przez Zamawiającego SIWZ składają się m.in. Warunki Szczególne Kontraktu (Tom II Umowy, Rozdział 3) oraz Załącznik do Oferty - Dane Kontraktowe (Tom I, Rozdział 2). Zgodnie z Warunkami Szczególnymi - kl. 8.2 oraz Załącznikiem do Oferty (Dane Kontraktowe) należy zaprojektować i zdobyć pozwolenie na budowę na MOP typu II i III. Natomiast zgodnie z PFU pkt 1.1.2.5 (str. 43-44) należy zaprojektować MOP typu docelowego tylko na etapie koncepcji, zaś na etapie projektu budowlanego i złożenia wniosku o pozwolenie na budowę / ZRID należy opracować jedynie: *„projekty budowlane obejmujące roboty ziemne, odwodnienie i doprowadzenie instalacji (przyłączy) niezbędnych do funkcjonowania MOP II i III”*, czyli nie jest wymagane zaprojektowanie i zdobycie pozwoleń na np. stację benzynową czy budynki hotelarsko-gastronomiczne. W związku z tymi zapisami nie jest jasne czy należy przedstawić jedynie koncepcję docelowych rozwiązań, zaś do pozwolenia na budowę złożyć MOP I, czy zarówno w koncepcji, jak i w projekcie do pozwolenia na budowę należy przewidzieć MOP-y docelowe. W tym zakresie Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do usunięcia wskazanej wyżej sprzeczności w SIWZ.

Rozważenia zasadności zgłoszonych w odwołaniu zarzutów wymaga odniesienia się do wskazanych we wstępie uzasadnienia zasad, według których opisywany powinien być przedmiot zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. I tak zgodnie z art. 29 Pzp przedmiot zamówienia, niezależnie od tego czy jest to dostawa, usługa czy robota budowlana, opisany powinien być w sposób:

- jednoznaczny i wyczerpujący
- za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,
- uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Interpretacja treści art. 29 Pzp niejednokrotnie dokonywana była i jest zarówno w literaturze jak i orzecznictwie, z których wynika, że wymóg jednoznaczności i wyczerpującego charakteru opisu przedmiotu zamówienia spełnia opis dokonany w taki

sposób, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione (za M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III w: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata). Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich wpływających na nią czynników. Co istotne, jak wypowiedział się SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13.05.2005 r. (sygn. akt: II Ca 109/05) oceny prawidłowości sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia pod kątem jego kompletności dla sporządzenia oferty dokonywać należy z punktu widzenia Wykonawcy. Zważywszy na fakt, że oferta złożona przez Wykonawcę, w przypadku wyboru jej jako najkorzystniejszej określa zakres zobowiązania Wykonawcy, to punkt widzenia Wykonawcy powinien być decydujący dla określenia, czy opis przedmiotu zamówienia jest dla niego jasny i precyzyjny. W przypadku robót budowlanych elementy konieczne dla prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia wskazuje wprost przywoływane powyżej rozporządzenie. W odniesieniu do projektów realizowanych w formule „projektuj i buduj” wymagane przywołanego powyżej rozporządzeniem dokumenty określają bowiem te wymagania i okoliczności które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 potwierdza wyrok z dnia 12.01.2007 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-6/07) w którym skład orzekający stwierdził, że postępowanie prowadzone przez Zamawiającego w oparciu o program funkcjonalno - użytkowy, nie zawierający wszystkich informacji wymaganych w oparciu o 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, obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i podlega unieważnieniu.

W ocenie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 wskazane w części pierwszej uzasadnienia braki oraz rozbieżności Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowią o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niepełny, z pominięciem podania informacji mających wpływ na przygotowanie oferty. Potraktowanie, jako niewiążących istotnych informacji posiadanych przez Zamawiającego np. z zakresu warunków wodno - gruntowych, emisji hałasu stanowi w ocenie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 próbę przeniesienia na Wykonawcę ryzyka związanego z błędami tych informacji, pomimo, że za ich powstanie w żaden sposób nie ponosi odpowiedzialności Wykonawca.

Zamawiający w dniu 13.08.2010 r. (e-mailem) wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Wykonawców: 1. BUDIMEX S.A. (lider); 2. FBRROVIAL AGROMAN S.A.(partner); z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum BUDIMEX S.A.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 po stronie Odwołującego” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10, w całości popierając zarzuty i żądania w nim podniesione. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10.

W dniu 16.08.2010 r. (wpływ faxem do Prezesa KIO) Konsorcjum Wykonawców: 1) Astaldi S. p. A., Oddział w Polsce (lider), 2) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. (partner) zwane dalej: „Konsorcjum Astaldi S. p. A.” albo „Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 po stronie Odwołującego” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10, wnosząc o uwzględnienie odwołań w całości. Kopia zgłoszeń została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10. Wskazane w odwołaniu uchybienia opisu przedmiotu zamówienia świadczyć mogą o niezasadnej próbie przerzucenia na Wykonawców obowiązków Inwestora w procesie budowlanym, takich jak w szczególności wykazania prawa dysponowania nieruchomością na cele budowlane przez Inwestora (co również jest obowiązkiem wynikającym z Prawa Budowlanego), szczegółowego dokumentu obrazującego wyniki badań gruntowo-wodnych (co jest niezbędne dla zaprojektowania obiektów mostowych), zaleceń konserwatora zabytków, danych dotyczących zanieczyszczeń atmosfery, wyników pomiarów ruchu drogowego, hałasu in. Zasadne są również wskazane rozbieżności w SIWZ, co w praktyce może spowodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

W dniu 24.08.2010 r. przed otwarciem posiedzenia (wpływ bezpośredni do KIO) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w zakresie jak poniżej,
2. obciążenia Odwołującego kosztami postępowania.

Zarzut 1a - brak oświadczenia zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Sformułowanie omawianego zarzutu nastąpiło przy mechanicznym zastosowaniu jedynie werbalnej metody wykładni norm prawnych. Autor zarzutu stwierdził bowiem, że PFU nie zawiera oświadczenia zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, wymaganego przepisem § 19 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury

z dnia 2.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego. Przy takim sposobie wykładni pominięte zostało, że celem tego przepisu jest wyeliminowanie z obrotu sytuacji, w których zamawiane jest wykonywanie robót budowlanych przy braku uprawnień do dysponowania nieruchomością, na której roboty te mają być wykonywane. W istocie rzeczy omawiany przepis w/w rozporządzenia spełnia dla wykonawcy robót budowlanych funkcję gwarancyjną, zapewniającą wykonanie przez zamawiającego obowiązku przekazania placu budowy. W wypadku robót budowlanych będących przedmiotem przetargu konieczność wykorzystania gwarancyjnej funkcji przepisu § 19 pkt 2 w/w rozporządzenia, nie występuje. Roboty budowlane objęte przetargiem prowadzone są na podstawie ustawy z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym. Zgodnie z przepisami powołanej ustawy skutkiem decyzji o ustaleniu lokalizacji autostrady jest nabycie z mocy prawa przez Skarb Państwa nieruchomości stanowiących własność samorządu terytorialnego (art. 27 ustawy), wygaśnięcie zarządu i rozwiązania użytkowania ustanowionego na nieruchomości Skarbu Państwa (art. 33 ust. 1 ustawy), powstanie uprawnień do wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym umów dzierżawy i najmu (art. 33 ust. 2) oraz, po wszczęciu postępowania wywłaszczeniowego natychmiastowe zajęcie nieruchomości (art. 31 ust. 1). Funkcje gwarancyjne § 19 pkt 2 w/w rozporządzenia spełniane są zatem przez inne normy i to o randze ustawowej. Przy zastosowaniu wykładni funkcjonalnej i systemowej należy zatem dojść do wniosku, że nie ma potrzeby składania oświadczenia o prawie dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Oświadczenie takie w sposób wystarczający zastępowane jest przez spełniające jego funkcję przywołane powyżej przepisy ustawy z dnia 27.10.1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym. Mając jednak na uwadze fakt, że Zamawiający, jak przedstawiono powyżej, dysponuje gruntami przeznaczonymi do realizacji inwestycji w ramach linii rozgraniczających oraz celem eliminacji wszelkich wątpliwości odnośnie interpretacji zapisu § 19 pkt 2 w/w rozporządzenia, stosowne oświadczenie zostało dołączone do Programu Funkcjonalno Użytkowego zmianą treści SIWZ nr 3 z dnia 23.08.2010 r. W odniesieniu to terenów nie objętych decyzją lokalizacyjną, poza liniami rozgraniczającymi, które mogą okazać się niezbędne do realizacji inwestycji obowiązuje procedura ich pozyskania na podstawie Zezwolenia na Realizację Inwestycji Drogowej (ZRID). Zgodnie z w/w rozporządzeniem w przypadku realizacji inwestycji według w/w procedury, opisane w § 19 pkt 2 oświadczenie nie jest wymagane.

Zarzuty wywiedzione w odwołaniu w punktach od 1b do 1g oparte są na podstawie nie spełnienia wymagań w stosunku do PFU przewidzianych w kolejnych jednostkach redakcyjnych przepisu § 19 pkt 4 w/w rozporządzenia. Przedstawione przez pierwszego Odwołującego rozumienie wymagań zawartych w § 19 jest całkowicie błędne. Należy bowiem zauważyć, iż zgodnie z art. 31 ust. 3 Pzp 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. Jest to zatem definicja dosyć ogólna, która pokazuje jednak istotę PFU, które powinno w szczególności opisywać zadanie budowlane, które ma zostać zrealizowane przez Wykonawcę. Ustawodawca pozostawia jednak Zamawiającemu dużą swobodę w zakresie elementów, jakie taki opis powinien zawierać. Ustawodawca ograniczył się bowiem jedynie do ogólnego stwierdzenia, iż w opisie takim podaje się dwa elementy tj.:

- przeznaczenie ukończonych robót oraz

- stawiane wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Z powyższym brzmieniem ustawy współgra rozdział 4 w/w rozporządzenia.

W § 16 Rozporządzenia wskazano, iż PFU powinien zawierać stronę tytułową, część opisową i część informacyjną. Najistotniejszym elementem PFU jest jednak część opisowa, która zgodnie z § 18 ust. 1 pkt 2 zawiera opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem element stanowiący określoną w art. 31 ust. 3 Pzp podstawę PFU. Jednocześnie, korzystając z zawartej w art. 31 ust. 4 pkt 3 Pzp delegacji, Minister, stworzył zamawiającemu możliwość dalszego uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia. Z tego względu w/w rozporządzenie zawiera także trzy obligatoryjne elementy konieczne dla stworzenia tzw. części informacyjnej PFU - zawarte w § 19 pkt 1-3. Poza tym Minister Infrastruktury pozostawia jednak zamawiającemu pewną swobodę w zakresie informacji i dokumentów, które należy umieścić w części informacyjnej PFU, co znalazło swój wyraz w § 19 pkt 4 w/w rozporządzenia. Zgodnie z treścią tego punktu część informacyjna PFU obejmuje w szczególności inne posiadane przez zamawiającego informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych. Powyższe sformułowanie daje, jak wskazał, Zamawiającemu dużą elastyczność w zakresie formułowania części informacyjnej PFU. Przede wszystkim katalog ten jako katalog otwarty pozwala bowiem zamawiającemu rozszerzyć zakres tej części PFU. Z drugiej jednak strony, jeśli Zamawiający nie dysponuje wszystkimi informacjami i dokumentami zawartymi w § 19 pkt 4 w/w rozporządzenia, wówczas może zadania w tym zakresie powierzyć Wykonawcy. W ten sposób, w zależności od tego, jakie informacje i dokumenty posiada zamawiający, takie też - bardziej lub mniej skomplikowane będzie zadanie, które zostanie powierzone wykonawcy. W ten sposób, Wykonawcę może obciążać obowiązek pozyskania niezbędnych informacji i dokumentów w większym lub mniejszym stopniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, jak podniósł, przekazał wykonawcom wszelkie informacje i dokumenty, które znajdowały się w posiadaniu GDDKiA i które są niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych. Adresatem § 19 pkt 4 w/w rozporządzenia jest zamawiający wykonanie robót budowlanych, w związku z czym nie może budzić wątpliwości, że zamawiający powinien przedstawić w PFU tylko te informacje i dokumenty, które posiada. Zgodnie z wynikającym z art. 6 kc oraz z art. 190 ust. 1 Pzp obowiązkiem

wykazania faktów przez osoby, które wywodzą z tego faktu skutki prawne, odwołujący wnosząc o dołączenie konkretnych dokumentów do PFU powinien wykazać, że zamawiający posiada te właśnie konkretne dokumenty, a wykazanie posiadania nie może być zastąpione jakiegokolwiek rodzaju domysłem czy spekulacją. Ponadto, aby posiadane przez zamawiającego informacje i dokumenty podlegały obowiązkowi włączenia do PFU, kumulatywnie powinna zostać spełniona i wykazana przesłanka niezbędności do zaprojektowania robót. Zarzut 1 b - wyniki badań gruntowo - wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektu. Nałożony w wykonawcę w pkt 3.3 PFU obowiązek opracowania uzupełniającej dokumentacji gruntowo - wodnej nie potwierdza stanowiska odwołującego o nie wywiązaniu się zamawiającego z obowiązku określonego w § 19 pkt 4 b w/w rozporządzenia. Skoro PFU wymaga opracowania uzupełniającej dokumentacji to jedynym racjonalnym uzasadnieniem wprowadzenia takiego obowiązku jest ocena, że istniejąca dokumentacja nie jest przydatna do zaprojektowania robót budowlanych. O braku obiektywnie rozumianej przydatności istniejącej dokumentacji rozstrzyga okoliczność sporządzenia jej w roku 1998, co powoduje jej daleko idącą dezaktualizację, która pozwala jedynie na zamieszczenie w PFU ogólnych uwag cytowanych w odwołaniu. Brak przydatności determinuje, że istniejąca dokumentacja nie może zostać uznana za niezbędną. Zauważyć ponadto trzeba, że w trakcie prac projektowych to wykonawca decyduje w jakim miejscu według projektu mają być posadowione obiekty, a wyniki badań gruntowo - wodnych nie są wyłącznym kryterium wyboru miejsca posadowienia konkretnego obiektu. Kryterium o wiele bardziej znaczącym może być np. ukształtowanie terenu, czy też występowanie naturalnych przeszkód. Wobec powyższej argumentacji Zamawiający uznał, że wymieniony przez odwołującego w punkcie 1b odwołania dokument nie jest niezbędny do zaprojektowania robót budowlanych i z tej przyczyny nie dołączył go do PFU. Zarzut 1 c - zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków. Pierwszy Odwołujący nie wykazuje, ażeby Zamawiający posiadał dokument stanowiący zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków. Zamiast wykazania posiadania takiego dokumentu, w odwołaniu zawarte jest spekulatywne domniemanie, iż: „treść raportu oddziaływania na środowisko (pkt 4.4) potwierdza, iż Zamawiający jest w posiadaniu bardziej szczegółowych danych.”. Nie zostały przy tym powołane konkretne treści raportu, które miałyby potwierdzać posiadanie bardziej szczegółowych, lecz bliżej przez autora odwołania nie sprecyzowanych danych. W żadnym bądź razie wywód zawarty w zarzucie 1c nie wykazuje, że zamawiający jest w posiadaniu zaleceń konserwatorskich konserwatora zabytków. Również z przepisów powoływanej w odwołaniu ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz ocenach oddziaływania na środowisko z 3 października 2008 r., w tym zwłaszcza z cytowanego w odwołaniu art. 66 ust. 1 pkt 10 nie wynika, aby konsekwencją ustawowych wymagań co do treści raportu oddziaływania na środowisko (ROŚ) było uzyskanie zaleceń konserwatorskich konserwatora zabytków. Zarzut

1d - dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska. W pkt 1d odwołanie zarzuca nie to, że dane dotyczące zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska nie zostały włączone do PFU, lecz to że nie zostały zamieszczone one w opisowej części PFU. Stanowisko takie jest sprzeczne z systematyką w/w rozporządzenia, które w § 19 określa elementy części informacyjnej PFU zaś treść części opisowej wymienia w § 18. W istocie rzeczy odwołanie domaga się by element części informacyjnej znalazł się w części opisowej, co z uwagi na bezwzględnie obowiązujący charakter przepisów w/w rozporządzenia jest niedopuszczalne. Zarzut 1 e - pomiary ruchu drogowego hałasu i innych uciążliwości. Przede wszystkim autor odwołania przyznaje, że stosowna klauzula została zawarta w pkt 3.6 PFU, po to by od natychmiast wskazać, że są to informacje niezgodne z zakresem wymaganym w w/w rozporządzeniu. Godzi się zatem przypomnieć, że w § 19 pkt 4 w/w rozporządzenie nie wymaga podawania określonego zakresu informacji wymaga natomiast podania informacji posiadanych przez Zamawiającego. Autor odwołania podnosi, że informacje, których dotyczy zarzut 1e są w posiadaniu Zamawiającego, po to by natychmiast zauważyć, że nie mogą być podstawą sporządzenia ofert, ponieważ nie stanowią wiążącego opisu przedmiotu zamówienia. Argument taki należy oczywiście uznać za nietrafny, ponieważ dane stanowiące część informacyjną PFU nie mogą być w jakimkolwiek przypadku traktowane jako element części opisowej PFU. Zarzut 1f - inwentaryzacja lub dokumentacja obiektów budowlanych podlegających przebudowie. Autor odwołania nawet nie podejmuje próby wskazania, że Zamawiający posiada inwentaryzację lub dokumentację wymienionych w tej części odwołania obiektów inżynierskich. Ponadto jedyna merytoryczny fragment tej części odwołania (drugi akapit) sformułowany został w sposób wadliwy gramatycznie, co uniemożliwia nawet podjęcie starań o zrozumienie tego fragmentu tekstu. Zarzut 1g - porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i energetycznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych. Zakwestionować należy po raz kolejny użyty argument jakoby elementy części informacyjnej PFU miały stanowić element części opisowej. Ponadto sformułowania zawarte w omawianej części odwołania są nieprecyzyjne i niekonsekwentne. Autor odwołania zarzuca bowiem, że: *„Dokumenty nie zostały załączone do SIWZ”* jednakże w podsumowaniu *„wnosi o zobowiązanie zamawiającego do zamieszczenia w SIWZ informacji”*. Oczywista i uwzględniona w § 19 pkt 4 w/w rozporządzenia jest różnica pomiędzy dokumentami a informacjami, niewątpliwie jednak żądanie zarówno zamieszczenia informacji, jak i dołączenia dokumentów, powinno precyzować jakie informacje i dokumenty mają zostać zamieszczone lub dołączone. Zarzut 2 - Rozbieżności pomiędzy dokumentami składającymi się na SIWZ, świadczące o niejednoznaczności

w opisie przedmiotu zamówienia. Zarzut wywiedziony w tej części odwołania uznać należy za uzasadniony. W związku z powyższym Zamawiający zmianą treść SIWZ nr 3 z dnia 23.08.2010 r. dokonał modyfikacji Subklauzuli 8.2 Szczególnych Warunków Kontraktu w następujący sposób: Skreślono drugi akapit Subklauzuli 8.2 o treści: „*W ramach tego Czasu na Ukończenie, w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe jest wydzielony Czas na złożenie kompletnych wniosków do decyzji o pozwolenia na budowę, złożenie kompletnych wniosków do zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w zakresie budowy MOP' ów kategorii II i III, ukończenie Projektu budowlanego i uzyskanie prawomocnych decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę, uzyskanie prawomocnych zezwoleń na realizację inwestycji drogowych*”. Wprowadzono następujący zapis: „*W ramach tego Czasu na Ukończenie, w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe jest wydzielony Czas na złożenie kompletnych wniosków do decyzji o pozwolenia na budowę, złożenie kompletnych wniosków do zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w zakresie budowy MOP'ów kategorii II i III, obejmujących roboty ziemne, odwodnienie i doprowadzenie instalacji (przyłączy) niezbędnych do funkcjonowania MOP II i III, ukończenie Projektu budowlanego i uzyskanie prawomocnych decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę, uzyskanie prawomocnych zezwoleń na realizację inwestycji drogowych*”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10:

W dniu 12.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie Pzp, Konsorcjum firm: 1. EUROVIA POLSKA S.A. (lider); 2. WARBUD S.A.; 3. EUROVIA Verkehrsbau Union GmbH; 4. EUROVIA CS, a.s.; 5. JOHANN BUNTE Bauunternehmung GmbH & Co. KG; 6. BUNTE Polska Sp. z o.o.; 7. PBDiM „ERBEDIM” Sp. z o.o.; 8. PRM „Mosty-Łódź” S.A. i 9. „PUT INTERCOR” Sp. z o. o. (partnerzy) z adresem do korespondencji: EUROVIA POLSKA SA Oddział Warszawa, ul. Badyłarska 21, 02-484 Warszawa, Polska zwane dalej: „*Konsorcjum EUROVIA*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10*” albo „*drugim Odwołującym*” wniosło odwołanie wobec postanowień SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.08.2010 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 5 Kkc w zw. z art. 14 Pzp poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia, które nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
2. naruszenie art. 353¹ w zw. z art. 14 Pzp poprzez ingerencję w konstrukcję i treść umowy łączącej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (umowy konsorcjum) oraz w treść umów z podwykonawcami,
3. naruszenie art. 151 ust. 3 Pzp poprzez sprzeczne z nim uregulowanie terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
4. naruszenie art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 Pzp poprzez:

- 1) żądanie niemożliwych do spełnienia warunków usuwania wad,
- 2) wyznaczenie terminów na przygotowanie dokumentacji projektowej, które nie mogą zostać dotrzymane,
- 3) narzucenie technologii wykonania nawierzchni, która jest niemożliwa do zastosowania na części trasy (łącznicach).

Żądał:

1. wykreślenia z Programu Funkcjonalno-Użytkowego zwanego dalej: „PFU”, z pkt 2.1.4.3. „Elementy zabezpieczenia” (str. 152) zdania: *„W przypadku zwiększenia ilości i/lub parametrów zabezpieczeń akustycznych w stosunku do decyzji środowiskowej roszczenia nie będą uwzględnione”*;
2. zdjęcia z wykonawcy zamówienia publicznego ryzyka związanego ze sporządzeniem *„raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko”* (subklauzula 5.1 Szczególnych Warunków Kontraktu; zwanych dalej: „SWK”) i wynikającymi z niego konsekwencjami dla zakresu, kolejności i terminów realizacji robót kontraktowych - alternatywnie Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 oczekuje wprowadzenia przez Zamawiającego do SWK mechanizmu rozliczenia robót, jakie mogą okazać się konieczne do wykonania po sporządzeniu *„raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko”*, a także kosztów wynikających z ich wpływu na kolejność i termin wykonania robót kontraktowych;
3. jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego rejonów terenu budowy objętych ochroną akustyczną;
4. wykreślenia z subklauzuli 1.14 SKW przepisów lit. b i lit. d;
5. wykreślenia z subklauzuli 4.4 SKW zdania *1/1/ przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie (Konsorcjum) umowy z Podwykonawcami, zawierane będą w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum*;
6. wykreślenia z subklauzuli 4.4 SKW fragmentu zaczynającego się od słów: *„Na końcu Subklauzuli dodaje się następujące zapisy”*: a kończącego na słowach: *„wymienionych w umowie do reprezentowania stron Umowy”*;
7. wykreślenia z subklauzuli 4.2 SKW zdania: *„jeśli Zabezpieczenie Wykonania będzie wniesione w formie innej niż pieniężna, to Wykonawca będzie samodzielnie, bez odrębnego wezwania przez Zamawiającego przedłużał ważność zabezpieczenia wykonania aż do czasu usunięcia wszelkich wad lub szkód”*;
8. korekty Załącznika numer 1 do umowy - Gwarancja jakości w taki sposób, aby:
 - 1) w przypadku wystąpienia wady określonej w poz. A - wykonawca był zobowiązany w terminie 72 godz. do zapewnienia przejezdności, a czas na całkowite usunięcie wady/awarii był uzależniony od jej rozległości i charakteru,
 - 2) w przypadku wady/awarii określonej w poz. B - wykonawca był zobowiązany do całkowitego usunięcia awarii w terminie 14 dni,

- 3) doszło do wyraźnego rozróżnienia pomiędzy wadami określonymi w poz. C (wady nie wpływające bezpośrednio na eksploatację jakiegokolwiek części obiektu) oraz wadami określonymi w poz. D (wady pozostałe),
 - 4) dopisać warunki atmosferyczne do przyczyn, które mogą spowodować zmianę przez Zamawiającego terminu na usunięcie wady;
9. wydłużenia Czasu na Ukończenie do 35 miesięcy od daty zawarcia kontraktu;
 10. wydłużenia terminu na złożenie kompletnych wniosków do decyzji na pozwolenia na budowę do 12 miesięcy od Daty Rozpoczęcia;
 11. wydłużenia terminu złożenia kompletnych wniosków do zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w zakresie budowy MOP'ów kategorii II i III do 11 miesięcy od Daty Rozpoczęcia;
 12. wydłużenia terminu na uzyskanie prawomocnej (ostatecznej) decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę do 16 miesięcy od Daty Rozpoczęcia;
 13. wydłużenia terminu na uzyskanie prawomocnych (ostatecznych) zezwoleń na realizację inwestycji drogowych do 16 miesięcy od Daty Rozpoczęcia;
 14. zmiany konstrukcji nawierzchni na łącznicach z betonowej na bitumiczną.

Względem zarzutu 1:

PFU w pkt 2.1.4.3. „*Elementy zabezpieczenia*” (str. 152) zawiera zapis dotyczący ekranów akustycznych o treści: „*W przypadku zwiększenia ilości i/lub parametrów zabezpieczeń akustycznych w stosunku do decyzji środowiskowej roszczenia nie będą uwzględnione*”. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 stwierdza, że zapis taki pozbawia go możliwości dokonania prawidłowej wyceny oferty przetargowej równocześnie przyznając Zamawiającemu prawo do zwiększenia ilości i zmiany parametrów ekranów w sposób nieograniczony. Zapis taki pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym: „*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*”. Przytoczony fragment PFU pozostawia część przedmiotu zamówienia niedookreśloną.

Analogiczna sytuacja występuje w przypadku subklauzuli 5.1 SKW *Ogólne zobowiązania projektowe*, zgodnie z którą: „*Wykonawca będzie odpowiedzialny za raport ponownej oceny oddziaływania na środowisko wobec Zamawiającego, właściwych organów administracji oraz wobec osób trzecich*”. Na wykonawcę zamówienia przerzucono tym samym bliżej nieokreślony zakres obowiązków i robót. *Raport ponownej oceny oddziaływania na środowisko* może mieć wpływ na zakres i rodzaj robót koniecznych do wykonania, co stanowi dodatkowe ryzyko wykonawcy. Zakres i rodzaj tych robót są nieznane w momencie składania oferty przetargowej, co ewidentnie narusza wymóg stawiany Zamawiającemu przez art. 29 ust. 1 Pzp - aby przedmiot zamówienia był opisał *uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie*

oferty. Nieznany jest też czas, jaki będzie potrzebny na sporządzenie i zatwierdzenie raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko - a wszelkie związane z tym konsekwencje Zamawiający przerzucił na wykonawcę.

Ponadto, Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 zwraca uwagę, że subklauzula 6.5 SKW *Godziny pracy* zawiera zapis: „Jeżeli wymaga tego technologia Robót, wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia Robót przez 7 dni w tygodniu przez całą dobę, za wyjątkiem prac w rejonie terenów chronionych akustycznie, gdzie w okresie całego roku praca mogą być prowadzone tylko w godzinach 600-2200”. Jednocześnie, drugi Odwołujący stwierdza, że Zamawiający nie określił, które rejony terenu budowy są chronione akustycznie. W efekcie może się okazać, że właśnie na tych obszarach będzie niezbędne wykonanie prac wymagających ciągłości technologicznej. Wskazany brak precyzji Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp i obciąża wykonawcę ryzykiem, którego nie powinien ponosić.

Względem zarzutu 2:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 wskazuje, że subklauzula 1.14 SKW *Solidarna odpowiedzialność* ingeruje wprost w sposób, w jaki wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne, w tym Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, mogą ułożyć łączący ich stosunek prawny. Zdaniem Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, zapis: „(b) Partner wiodący wskazany w Ofercie będzie miał pełnomocnictwa do podejmowania decyzji wiążących wykonawcę i każdą z tych osób oraz zapis (d) Partner wiodący działając w imieniu tych osób, będzie podejmował zobowiązania, a także będzie otrzymywał instrukcje zgodnie z posiadany pełnomocnictwem, przez cały czas wykonywania umowy, również w okresie przewidzianym w kodeksie cywilnym na składanie roszczeń finansowych” są sprzeczne z wyrażoną w art. 353¹ kc zasadą swobody umów. Zamawiający winien respektować tę zasadę, albowiem - zgodnie z art. 14 Pzp: „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”. Sposób podejmowania zobowiązań przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne (członków konsorcjum) nie powinien być przedmiotem regulacji Zamawiającego - jest to wyłączna kompetencja wykonawców, zawarowana w art. 353¹ kc, zgodnie z którym: „strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”. Wypada przy tym również zwrócić uwagę, że obostrzenia wprowadzone we wskazanym zakresie przez Zamawiającego nie mają niczego wspólnego z solidarną odpowiedzialnością takich wykonawców-której dotyczy subklauzula 1.14 SKW.

Analogiczne - do powyższych - są zastrzeżenia drugiego Odwołującego do treści subklauzuli 4.4 SKW. Odwołujący kwestionuje jej zapis treści: *„W przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie (Konsorcjum) umowy z Podwykonawcami, zawierane będą w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum”*. Dla Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 jest niewątpliwe, że żaden przepis polskiego prawa nie stanowi, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne stają się jednym podmiotem. Tworzone przez wykonawców konsorcjum nie ma ani zdolności prawnej, ani zdolności do czynności prawnych. Podmiotem praw i obowiązków w dalszym ciągu pozostają poszczególni, tworzący je wykonawcy. W związku z powyższym to poszczególni wykonawcy powinni zawierać umowy z podwykonawcami, dotyczące realizowanego przez siebie zakresu robót. Wszelkie przeciwne regulacje kontraktu czy oczekiwania Zamawiającego są naruszeniem art. 353¹ kc.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 zwraca ponadto uwagę na fragment subklauzuli 4.4 SKW, który przewiduje, jakie zapisy muszą znaleźć się w umowach z podwykonawcami, a jakie - nie mogą się w nich znaleźć. Dla Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 nie ulega wątpliwości, że regulacje kontraktu w tym zakresie nie znajdują żadnego oparcia w obowiązujących przepisach oraz stanowią naruszenie zasady swobody umów. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 przypomina w tym zakresie, że to wykonawca, a nie jego podwykonawca, odpowiada za wykonanie zamówienia publicznego, składa zabezpieczenie tego wykonania oraz udziela gwarancji jakości lub rękojmi za wady. Wszystkie te okoliczności czynią ingerencję Zamawiającego w materię umów podwykonawczych nie tylko sprzeczną z prawem, ale bezzasadną i zbyteczną.

Względem zarzutu 3:

Zgodnie z Subklauzulą 4.2 Zabezpieczenie Wykonania: *„jeśli Zabezpieczenie Wykonania będzie wniesione w formie innej niż pieniężna, to Wykonawca będzie samodzielnie, bez odrębnego wezwania przez Zamawiającego przedłużał ważność zabezpieczenia wykonania aż do czasu usunięcia wszelkich wad lub szkód”*. W ocenie drugiego Odwołującego zapis ten sprzeczny z art. 151 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym ostatnia część kwoty zabezpieczenia, niezależnie od formy zabezpieczenia: *„jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady”*. Sprzeczne z przytoczonym przepisem Pzp wymagania Zamawiającego, przeniesione do kontraktu, nie zasługują na uwzględnienie.

Względem zarzutu 4:

W ocenie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, zawarty w *„Załączniku Nr 1 do umowy - Gwarancja jakości”* zapis zobowiązujący wykonawcę do usunięcia w całości awarii powodującej brak możliwości eksploatacji jakiegokolwiek części obiektu w ciągu 72 godzin, jest nie do zrealizowania. Zamawiający przypisał w ten sposób niezwykle

krótki okres czasu na usunięcie najistotniejszej i najbardziej kompleksowej wady, nie licząc się z technicznymi możliwościami usunięcia wady, jej potencjalną złożonością ani zakresem. Zamawiający oczekuje od wykonawcy, że - niezależnie od wszystkiego - zrealizuje obowiązek wynikający z gwarancji jakości w z góry określonym czasie, bez możliwości jego wydłużenia. Zdaniem Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, taki zapis narusza wprost wyrażony w art. 387 § 1 kc zakaz umowy o świadczenie niemożliwe do spełnienia. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 zwraca przy tym uwagę na nieracjonalność zapisów kontraktu - wykonawcy pozostawiono bowiem aż 14 dni na usunięcie wad o zdecydowanie niższej randze (wady nie wpływające bezpośrednio na eksploatację jakiegokolwiek części obiektu).

Wnosimy o korektę zapisu tak, aby:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 wskazuje też, że Zamawiający używa tak niejednoznacznych pojęć, że trudno dopatrzeć się różnicy pomiędzy wadami określonymi w pozycji C (wady nie wpływające bezpośrednio na eksploatację jakiegokolwiek części obiektu) i pozycji D (wady pozostałe). Wyjaśnienie i doprecyzowanie w tym zakresie są niezbędne.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 stwierdza, że nie jest możliwe przesądzenie *a priori* o czasie usunięcia wady bez znajomości jej charakteru i bez uwzględnienia technologii robót jak również panujących warunków atmosferycznych. Każde oczekiwanie Zamawiającego w tym zakresie będzie naruszać art. 387 § 1 kc, do respektowania którego Zamawiający jest zobowiązany przez art. 14 Pzp.

W nawiązaniu do art. 387 § 1 kc Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 stwierdza, że zakreślony przez Zamawiającego Czas na Ukończenie, wynoszący początkowo 32 miesiące od Daty Rozpoczęcia, a następnie skrócony przez Zamawiającego na 32 miesiące od zawarcia kontraktu, nie pozwala na wykonanie:

- map do celów projektowych,
- dokumentacji geologiczno-inżynierskiej
- dokumentacji hydrogeologicznej,

a - co za tym idzie - uniemożliwia wykonanie dokumentacji projektowej w terminach narzuconych przez Zamawiającego. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 zwraca uwagę na analogiczny problem związany z uzyskaniem pozwolenia wodnoprawnego do którego materiały można przygotować po wykonaniu projektów odwodnienia oraz obiektów inżynierskich tj. mostów i przepustów. Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 wskazuje też, że procedury związane z wykonaniem projektów podziałów nieruchomości, umożliwiającymi dodatkowe wykupy terenu dla robót realizowanych poza liniami rozgraniczającymi, mogą zostać rozpoczęte dopiero w chwili znacznego zaawansowania dokumentacji projektowej. Czas jaki Zamawiający pozostawił na wykonanie

w/w czynności jest zbyt krótki, aby - w terminie kontraktowym - uzyskać prawo do dysponowania terenem.

Jak wynika z doświadczenia Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, przewidziane w kontrakcie terminy dla wykonania wszystkich w/w czynności, lub czynności od nich zależnych, są zbyt krótkie o co najmniej trzy miesiące. Powoduje to, że stawiane przez Zamawiającego wymagania są niemożliwe do spełnienia, a zatem naruszają art. 387 § 1 kc.

W tym samym kontekście Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 zwraca uwagę na postawiony przez Zamawiającego wymóg, aby nawierzchnia na łącznicach węzłów drogowych została wykonana z betonu (PFU, pkt 2.1.2.5., str. 132). Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 stwierdza, że w konstrukcji łącznic - z racji ich przeznaczenia - występujące znaczne spadki podłużne oraz poprzeczne niwelety. Spadki te spowodują - obrazowo rzecz ujmując - że w trakcie wykonywania nawierzchni na tych fragmentach trasy, w szczególności podczas poddawania nawierzchni wibracji, stanowiącej część technologii wykonania, beton nie pozostanie na miejscu, ale spłynie, deformując nawierzchnię. Na odcinkach dróg o tak dużych spadkach poprzecznych i podłużnych, jakie występują na łącznicach, nawierzchnia winna być wykonana z innego, sztywniejszego materiału, np. mieszanek mineralno-bitumicznych. W przeciwnym razie nigdy nie uzyska ona pożądanego kształtu ani ułożenia - niezależnie od tego, jak wykonawca przygotuje projekt.

W dniu 24.08.2010 r. przed otwarciem posiedzenia (wpływ bezpośredni do KIO) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w zakresie jak poniżej,
2. obciążenia Odwołującego kosztami postępowania.

Odnosnie zarzutu 1.

Żądanie 1.

Drugi Odwołujący żądał wykreślenia z pkt 2.1.4.3 PFU „*Elementy zabezpieczenia*” (str. 152) zdania: „*W przypadku zwiększenia ilości i/lub parametrów zabezpieczeń akustycznych w stosunku do decyzji środowiskowej roszczenia nie będą uwzględnione*”. W opinii Zamawiającego, w/w zdanie, zostało przez drugiego Odwołującego wyjęte z fragmentu PFU o treści: „*Na obiektach mostowych należy projektować ekrany akustyczne z materiałów przezroczystych. Ilość i parametry techniczne ekranów zgodnie z zestawieniami w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i innych częściach PFU. W przypadku występowania na obiekcie stanowiącym dodatkowo przejście dla dużych lub średnich zwierząt ekran akustyczny, będzie pełnił funkcję osłony przeciwoślnościowej. Ekran powinien być wówczas wykonany z materiałów nieprzezroczystych co najmniej do wysokości 2,50 m. W przypadku zwiększenia ilości i/lub parametrów zabezpieczeń akustycznych w stosunku do*”

decyzji środowiskowej roszczenia nie będą uwzględniane.". Jak wynika z pełnej treści tego fragmentu PFU, przedmiot zamówienia jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, natomiast kwestionowane zdanie ewidentnie nie ma żadnego związku z opisaniem, czy też jak to wywodzi drugi Odwołujący „z niedookreśleniem przedmiotu zamówienia”. Jednakże biorąc pod uwagę ewentualność wystąpienia okoliczności przewidzianych w umowie (Warunkach Kontraktowych), które mogłyby stanowić podstawę do zmian zawartej umowy, po rozważeniu ww. zarzutu oraz żądania drugiego Odwołującego Zamawiający zmianą treść SIWZ nr 3 z dnia 23.08.2010 r. dokonał usunięcia dotychczasowego zapisu o brzmieniu: *„W przypadku zwiększenia ilości i/lub parametrów zabezpieczeń akustycznych w stosunku do decyzji środowiskowej roszczenia nie będą uwzględnione”*. W to miejsce wstawiono następujące: *„Wykonawca przy obliczaniu Ceny Oferty zobowiązany jest wziąć pod uwagę możliwość zwiększenia ilości i/lub parametrów zabezpieczeń akustycznych w stosunku do decyzji środowiskowej oraz uwzględnić ryzyko z tym związane w Cenie Oferty”*.

Żądanie 2.

Drugi Odwołujący żądał zdjęcia z Wykonawcy zamówienia publicznego ryzyka związanego ze sporządzeniem raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko i wynikającymi z niego konsekwencjami dla zakresu, kolejności i terminów realizacji robót kontraktowych - alternatywnie drugi Odwołujący oczekuje wprowadzenia przez zamawiającego do umowy mechanizmu rozliczenia robót, jakie mogą okazać się konieczne do wykonania po sporządzeniu raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko, a także kosztów wynikających z ich wpływu na kolejność i termin wykonania robót kontraktowych. Zamawiający stoi na stanowisku, iż poza okolicznościami przewidzianymi w umowie (Warunkach Kontraktowych), które mogłyby stanowić podstawę do zmian zawartej umowy, Wykonawca przyjmuje na siebie obowiązek przygotowania pod względem dokumentacyjnym, uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych i wybudowania przedmiotowego odcinka autostrady A1 w ramach wynagrodzenia ryczałtowego i związku z tym zmiany ilości planowanych robót nie będą miały znaczenia dla wysokości wynagrodzenia Wykonawcy. Powyższe dotyczy także skutków zmian jakie mogą wyniknąć po opracowaniu przez Wykonawcę i zatwierdzeniu przez właściwe organy raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Wykonawca jest zobowiązany dotrzymać czasu określonego w zamówieniu - to jest 13 miesięcy na sporządzenie i uzyskanie zatwierdzenia dokumentów niezbędnych dla rozpoczęcia robót. W ramach tego czasu Wykonawca powinien zaplanować i wygospodarować czas na sporządzenie i zatwierdzenie raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko, biorąc pod uwagę odpowiednie tempo prac przy raporcie oraz obowiązujący zgodnie z przepisami tryb i czas na jego zatwierdzenie.

Żądanie 3.

Drugi Odwołujący żądał jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego rejonów terenu budowy objętych ochroną akustyczną. Ponadto, drugi Odwołujący zwracał uwagę, że

zgodnie z umową wykonawca nie może w tych rejonach prowadzić prac wymaganych przez technologię robót poza dozwolonymi godzinami (od 6:00 do 22:00). Zarzut drugiego Odwołującego jest bezprzedmiotowy, w ocenie Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie stwarza żadnego ryzyka dla Wykonawców ograniczając czas pracy w rejonach objętych ochroną akustyczną i z tego powodu nie widzi potrzeby określenia rejonów terenu budowy objętych ochroną akustyczną, poza tym co jest podane w Programie funkcjonalno-użytkowym. Wykonawca zgodnie z obowiązkami wynikającymi z umowy powinien odpowiednio zorganizować wszelkie czynności na terenie budowy i w związku z tym tak zaplanować roboty w rejonach objętych ochroną akustyczną aby nie zachodziła potrzeba naruszenia dozwolonych godzin pracy. Należy także podkreślić, że ewentualne ryzyko zaburzenia pracy Wykonawcy spowodowane ograniczeniami spowodowanymi ochroną akustyczną Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić zarówno w cenie zawartej w ofercie, jak i w czasie potrzebnym na wykonanie inwestycji.

Odnosnie zarzutu 2.

Żądania 4-6.

Ustanowienie jednego z członków Konsorcjum „*Partnerem wiodącym*” jest zasadne i ma na celu przede wszystkim usprawnienie realizacji Kontraktu. „*Partner wiodący*” będzie pełnomocnikiem wszystkich członków konsorcjum przez cały czas realizacji Kontraktu. Jako pełnomocnik „*Partner wiodący*” będzie składał oświadczenia woli oraz podejmował inne działania w imieniu całego konsorcjum oraz przyjmował w imieniu konsorcjum oświadczenia pozostałych stron Kontraktu (Zamawiającego, podwykonawców).

Umowy z podwykonawcami winny być zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich członków Konsorcjum. Jest to konsekwencją uregulowań wynikających z art. 23 Pzp oraz art. 647¹ § 5 k.c, z których wynika solidarna odpowiedzialność wszystkich uczestników konsorcjum wobec zamawiającego oraz podwykonawcy w zakresie zapłaty wynagrodzenia dla podwykonawców. Skoro zatem zgodnie z art. 23 Pzp wykonawcą jest konsorcjum, to również umowy z podwykonawcami powinny być zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich uczestników konsorcjum, nie zaś pomiędzy podwykonawcami, a poszczególnymi członkami tego konsorcjum. Umowy te w imieniu wszystkich członków konsorcjum będzie zawierał „*Partner wiodący*” jako pełnomocnik wszystkich członków konsorcjum.

Należy zwrócić uwagę, że art. 647¹ § 2 k.c. uzależnia możliwość zawarcia umowy z podwykonawcą od zgody inwestora, a ponadto przyznaje inwestorowi uprawnienie do składania sprzeciwu lub zastrzeżeń do umowy lub projektu umowy pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą, a co za tym idzie, zamawiający jako inwestor ma prawo do określenia ogólnych zasad na jakich będzie akceptował treść zawieranych umów z podwykonawcami. Z tego względu należy uznać, iż Zamawiający może na etapie formułowania warunków kontraktu w SIWZ określić jakie wymagania powinna spełnić umowa z podwykonawcą, a jakich postanowień taka umowa nie może zawierać. Wbrew twierdzeniom odwołującego

takie postanowienie nie narusza ani właściwości (natury) stosunku prawnego, ani zasad współżycia społecznego. Nie jest również spowodowane zamiarem ograniczenia zasady swobody umów lecz służy zabezpieczeniu interesów wszystkich stron stosunku prawnego, jaki powstaje w wyniku umowy z podwykonawcą. Celem takiego uregulowania jest jasne określenie zasad na jakich będą zatwierdzani podwykonawcy, co służy przyspieszeniu całej procedury zatwierdzania takich podmiotów w trakcie realizacji Kontraktu. W przypadku gdyby wykonawca nie wypłacił podwykonawcy należnego mu wynagrodzenia, wówczas Zamawiający jako solidarnie odpowiedzialny za jego wypłatę wypłaci takie wynagrodzenie. W takiej sytuacji Zamawiającemu przysługuje prawo do potrącenia kwoty równej wartości wypłaconego podwykonawcy wynagrodzenia z kwotą wynagrodzenia należną wykonawcy. Z tego względu umowy z podwykonawcami powinny być zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich wykonawców wspólnie realizujących Kontrakt. Wówczas potrącenie ma miejsce pomiędzy tymi samymi podmiotami. Sytuacja w której odpowiedzialność za wypłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy miałaby zostać ograniczona jedynie do jednego członka konsorcjum, który taką umowę podpisałby we własnym imieniu, nie znajduje również uzasadnienia w zestawieniu z przepisami Pzp. Taka sytuacja stanowiłaby bowiem o uprzywilejowanej sytuacji członków konsorcjum w stosunku do wykonawcy samodzielnie realizującego Kontrakt, co mogłoby zostać uznane za naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób swobodę zawierania umów naruszają zapisy stanowiące jakie postanowienia ma zawierać umowa Wykonawcy z Podwykonawcą. Przedmiotowe zapisy mają jedynie zabezpieczyć interes Zamawiającego z uwagi na solidarną odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę należnego podwykonawcy wynagrodzenia w przypadku niewykonania tego obowiązku przez wykonawcę. Potwierdzenie takiego stanowiska znajduje uzasadnienie w orzecznictwie KIO. W wyroku z dnia 23.10.2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 1467/09, Izba orzekła, iż analogiczne zarzuty odwołującego dotyczące treści Subklauzuli 1.14 oraz 4.4 nie zasługują na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu 3.

Żądanie 7.

Przedmiotowy zarzut jest bezzasadny. Art. 147 ust. 2 Pzp stanowi, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zgodnie z powyższym Zamawiający ma prawo żądać „zabezpieczenia” przez cały czas trwania umowy aż do jej należytego wykonania. Ponadto postanowienia Kontraktu (subklauzula 4.2, akapit piąty) wyraźnie stanowią, iż Kwotę pozostawioną na zabezpieczenie roszczeń z tytułu Rękojmi za Wady. Zamawiający zwróci nie później niż w terminie 15 dni po upływie okresu Rękojmi za Wady, co w pełni zgodne jest z dyspozycją art. 151 ust 3 Pzp.

Oдноśnie zarzutu 4.

Drugi Odwołujący żądał zmiany konstrukcji nawierzchni na łącznicach z betonowej na bitumiczną. Drugi Odwołujący wywodził, że w konstrukcji łącznic występujące znaczne spadki podłużne oraz poprzeczne niwelety spowodują, że w trakcie wykonywania nawierzchni na tych fragmentach trasy, w szczególności podczas poddawania nawierzchni wibracji, stanowiącej część technologii wykonania, beton nie pozostanie na miejscu, ale spłynie, deformując nawierzchnię. Zamawiający nie widzi przeszkód w stosowaniu nawierzchni z betonu cementowego na łącznicach. Taka technologia jest zgodna z przepisami wymienionymi w PFU, obowiązującymi w Polsce. Również przepisy innych krajów nie wprowadzają takich ograniczeń. W przypadku dużych pochyleń pojawiają się obostrzenia wykonawcze, ale to nie jest kwestia postanowień PFU, a raczej projektu wykonawczego, czy specyfikacji technicznej dla robót. Zamawiający nie zna nawierzchni o modułach sztywności/sprężystości wyższych niż wykonanych z betonu cementowego, ponadto z wiedzy Zamawiającego moduł sztywności nawierzchni asfaltowych jest czterokrotnie niższy niż nawierzchni z betonu cementowego.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.08.2010 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz sygn. akt: KIO 1727/10 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy (w dniu 24.08.2010 r., jak i 1.09.2010 r.) w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ wraz z płytkami nr 1 i 2 (w szczególności z Dokumentacją Geologiczno-Inżynierską /Aneks nr 6/ będącą elementem Załącznika nr 2.7/Podstawowej Dokumentacji Technicznej-Projekt wstępny/Dokumenty II/Aneksy na płycie /CD/ nr 1, a także dokumentami na płycie /DVD/ nr 2 w katalogu Załącznika nr 2.8\Zalacznik_1_Pisma_i_uzgodnienia w pliku Lodz_Urz_Och_Zabytkow. pdf oraz w pliku Pisma, uzgodnienia. pdf; danymi w załącznikach do Raportu oddziaływania na Środowisko, tj. Załącznik 2.8, Załącznika 1 do ROŚ „Pisma_i_uzgodnienia”; danymi zawartymi są w Podstawowej Dokumentacji Technicznej i Raporcie Oddziaływania na Środowisko m.in. pkt 4.1.4, 5.1.2, 6.1.6, 9.2, oraz załączniku 1 do Raportu: „Pisma i uzgodnienia”; Raportem oddziaływania na środowisko z 2007 r.; danymi Podstawowej Dokumentacji Technicznej-Dokument VI i Raportu oddziaływania na środowisko załącznik 1 do Raportu: „Pisma i uzgodnienia”; Instrukcją dla Wykonawców - tomem I, Warunkami Kontraktu - tomem II łącznie z Warunkami na urządzenie i budowę z projektowaniem /FIDIC 1999/ oraz Załącznikiem nr 1 do umowy - Gwarancja jakości, PFU – tomem III i Wykazem Płatności - tomem IV SIWZ); zmianą treści SIWZ nr 3 z dnia 23.08.2010 r. wraz z załącznikiem (oświadczenie), zestawem pytań i odpowiedzi nr 4 z dnia 30.08.2010 r. i zmianą treści SIWZ nr 5 z dnia 30.08.2010

r., zmianą treści SIWZ nr 6 z dnia 31.08.2010 r., dołączonymi płytami nr 3 /DVD/ i 4 /CD/, odwołaniem w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, przystąpieniem do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, odpowiedziami do odwołań w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, stanowiskiem Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 z dnia 27.08.2010 r. wraz z załącznikami (wydrukiem z czterech str. strony internetowej Zamawiającego oraz wyciągiem z informacji o działalności Instytutu Techniki Budowlanej – 2009 /6 stron/), stanowiskiem Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 z dnia 27.08.2010 r., opinią dotyczącą stosowania nawierzchni betonowych na łącznicach w węzłach autostradowych z dnia 31.08.2010 r., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszych spraw odwoławczych mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do ich złożenia.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 mają interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp we wnoszeniu odwołania, gdyż kwestia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i ewentualnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, ma istotne i bezpośrednie znaczenie dla Wykonawców, którzy ubiegają się o to zamówienie.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10: - Konsorcjum BUDIMEX S.A.

Natomiast, Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10: - Konsorcjum Astaldi S. p. A. Zgłoszenie przystąpienia w przywołanym terminie miało miejsca faxem (wersja przesłana e-mailem - nie była opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym – jak wymaga przepis rozporządzenia wskazanego poniżej - co potwierdził także zgłaszający przystąpienie na posiedzeniu),

a następnie zostało potwierdzone pisemnie – po 3 dniowym terminie. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Zgodnie bowiem z art. 73 ust. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 Pzp forma pisemna jest zachowana, w przypadku, gdy pod oświadczeniem woli znajdzie się podpis osoby składającej to oświadczenie. Podpis ten ma być podpisem oryginalnym, a nie odbitym przez urządzenie faksujące. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. O ile braki formalne odwołań (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 Pzp, jak i w trybie odpowiadającym tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci:

- a) braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
 - b) interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także
 - c) nie przekazania kopii przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu,
- nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.

Podobnie, Izba nie uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, z tym że, z uwagi na nie zachowanie terminu ustawowego, w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10: - Konsorcjum NDI. Z przekazanego na posiedzeniu Izby wydruku e-maila wynika, że stosowne wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp miało miejsce w dniu 13.08.2010 r. Potwierdzenie odbioru e-maila nie świadczy o jego otrzymaniu w dniu 16.08.2010 r., a nie 13.08.2010 r. Zaś zgłaszający przystąpienie nie wykazał, ani w treści przystąpieniu, ani też na posiedzeniu (nikt się nie stawił), że miało to miejsce w dniu 16.08.2010 r.

Izba postanowiła również nie uwzględnić wniosku Zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 355 KPC stosownie do art. 185 ust. 7 Pzp oraz art. 13 § 2 KPC. Wskazując w tym zakresie, że przytoczona podstawa prawna wraz z odesłaniem jest niewłaściwa, podnosząc, że przepisy KPC inne niż dotyczące przepisów o sadzie polubownym nie mają zastosowania (art. 185 ust. 7 Pzp). W tym zakresie Izba powołuje się także na orzecznictwo KIO (por. wyrok KIO z dnia 09.04.2009 r., sygn. akt:

KIO/UZP 394/09, wyrok z dnia 30.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 741/09, czy też wyrok z dnia 7.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1203/09): „(...) wskazując, że art. 184 ust. 6 Pzp (aktualnie art. 185 ust.7 Pzp – dopisek autora) stanowiący odesłanie w zakresie nieuregulowanym przepisami ustawy do przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem polubownym nie daje podstawy do odpowiedniego stosowania przepisów kpc o trybie procesowym, tj. poprzez art. 13 § 2 kpc do art. 317 § 1 kpc (w tym stanie faktycznym art.355 kpc – dopisek autora), a to z tego względu (na to – dopisek autora), że na mocy art. 1184 § 2 zd. 2 kpc sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu (przepisami kpc). Tym samym niedopuszczalne jest na gruncie ustawy szczególnie w odniesieniu do ustawy KPC jaką jest Pzp odpowiednie stosowanie innych części kpc jak tylko przepisów o sądzie polubownym”. Izba wskazuje dodatkowo na prezentatę pisma, z którego wynika, że zostało ono złożone w sposób właściwy, tj. do Prezesa KIO (wpływ bezpośredni), w tym samym dniu, co do Prezesa UZP. W tym drugim wypadku prezentata została przekreślona i parafowana. Izba wskazuje także na wspólną kancelarie Prezesa UZP i KIO. Poza tym, Izba wzięła także pod uwagę orzecznictwo KIO wydane w nowym stanie prawnym (por. postanowienie KIO z dnia 4.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 273/10: „Odwołujący błędnie oznaczył adresata odwołania, tj. zamiast Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp) wskazał Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, co Izba uznała za mylne oznaczenie odwołania, które nie stanowi przeszkody do jego rozpoznania (art. 187 ust. 3 zdanie ostatnie ustawy Pzp)”.

Odwołujący (w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10) wnosił o odroczenie rozprawy (24.08.2010 r.) celem zapoznania się z odpowiedzią na odwołanie i analizą zawartej w niej treści, w tym także wskazywanych tam zmian oraz uzupełnień SIWZ dokonanych w dniu 23.08.2010 r. przez Zamawiającego przed otwarciem posiedzenia w niniejszej sprawie. Uwzględniając złożony wniosek, Izba działając na podstawie § 27 ust.1 w związku z art. 24 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (w tym także z innych ważnych przyczyn) odroczyła rozprawę w niniejszym postępowaniu odwoławczym (w dniu 24.08.2010 r.), tj. do dnia 01.09.2010 r. Zgodnie z § 27 ust. 2 pouczała również strony do stawienia się w nowym terminie bez osobnego wezwania.

Po przeprowadzeniu rozprawy (w dniu 24.08.2010 r., jak i w dniu 01.09.2010 r.) skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ + płytki nr 1/CD/ i 2/DVD/ (Dokumentacje Geologiczno-Inżynierską /Aneks nr 6/ będącą elementem Załącznika nr 2.7/Podstawowej Dokumentacji Technicznej- Projekt wstępny/Dokumenty II/Aneksy na płycie DVD nr 1, a także dokumenty na płycie DVD nr 2 w katalogu Załącznika nr 2.8\Zalacznik_1_Pisma_i_uzgodnienia w pliku

Lodz_Urz_Och_Zabytkow.pdf oraz w pliku Pisma, uzgodnienia.pdf; dane w załącznikach do Raportu oddziaływania na Środowisko, tj. Załącznik 2.8, Załącznikua 1 do ROŚ "Pisma_i_uzgodnienia"; dane zawarte w Podstawowej Dokumentacja Technicznej i Raporcie Oddziaływania na Środowisko m.in. pkt 4.1.4, 5.1.2, 6.1.6, 9.2, oraz załączniku 1 do Raportu: „Pisma i uzgodnienia”; Raport oddziaływania na środowisko z 2007 r.; dane Podstawowej Dokumentacji Technicznej-Dokument VI i Raportu oddziaływania na środowisko załącznik 1 do Raportu: „Pisma i uzgodnienia”; Instrukcję dla Wykonawców - tom I, Warunki Kontraktu - tom II łącznie z Warunkami na urządzenia i budowę z projektowaniem /FIDIC 1999/ oraz Załącznikiem nr 1 do umowy - Gwarancja jakości, PFU – tom III i Wykazem Płatności - tom IV SIWZ), zmianę treści SIWZ nr 3 z dnia 23.08.2010 r. wraz z załącznikiem (oświadczeniem), zestaw pytań i odpowiedzi nr 4 z dnia 30.08.2010 r. i zmianę treści SIWZ nr 5 z dnia 30.08.2010 r., zmianę treści SIWZ nr 6 z dnia 31.08.2010 r., dołączonymi płytami nr 3 /DVD/ i 4 /CD/, odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, przystąpienie do odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, odpowiedzi do odwołań w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 z dnia 27.08.2010 r. wraz z załącznikami (wydruk z czterech str. strony internetowej Zamawiającego oraz wyciąg z informacji o działalności Instytutu Techniki Budowlanej – 2009 /6 stron/), stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 z dnia 27.08.2010 r.

Izba nie dopuściła dowodu z opinii dotyczącej stosowania nawierzchni betonowych na łącznicach w węzłach autostradowych z dnia 31.08.2010 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie o sygn. akt: KIO 1725/10 podlega oddaleniu, zaś odwołanie o sygn. akt: KIO 1727/10 zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10:

W dniu 27.08.2010 r. pierwszy Odwołujący (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przedłożył stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10.

Pierwszy Odwołujący wniósł o uzupełnienie PFU o oświadczenia Zamawiającego o prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. W jego ocenie, oświadczenie to, zgodnie z § 19 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dn. 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz.2072 z późn. zm.), powinno stanowić element części

informacyjnej PFU. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, pomimo nie uznania argumentów pierwszego Odwołującego, wskazał jednocześnie, iż oświadczenie to złożył i przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wraz z modyfikacją SIWZ dokonaną pismem z dnia 23.08.2010 r. Przedstawione Oświadczenie Zamawiającego, z którego wynika prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, w ocenie Odwołującego czyni zadość żądaniu odwołania.

W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego w sprawie uwag ogólnych do zarzutów wskazał, iż Zamawiający w sposób wybiórczy dokonał analizy przepisów regulujących zasady dokonywania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane realizowane w formule „projektuj i buduj”.

Pierwszy Odwołujący podnosi, iż Zamawiający w przedstawionej argumentacji pomija § 15 w/w rozporządzenia, który doprecyzowując postanowienia art. 31 Pzp, stwierdza iż program funkcjonalno - użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Przepis ten wyraźnie wskazuje, czemu ma służyć program funkcjonalno - użytkowy, aby spełniał wymagania obowiązującego prawa.

Powołany § 15 w/w rozporządzenia określa jakie elementy zawierać powinien program funkcjonalno - użytkowy. I tak zdaniem pierwszego Odwołującego, jeżeli PFU nie zawiera danych umożliwiających ustalenie (i) planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, (ii) przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia jej ceny i wykonania prac projektowych, nie sposób twierdzić, że dokument ten spełnia cel w jakim został opracowany i spełnia wymagania dotyczące jednoznacznego i precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż Ustawodawca pozostawia Zamawiającemu „dużą swobodę” w tym zakresie. Przeciwnie, „elastyczność” - powołana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w zakresie formułowania części informacyjnej PFU, ograniczona jest koniecznością sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób:

a) jednoznaczny i wyczerpujący (art. 29 Pzp)

b) umożliwiający przygotowanie oferty szczególnie w zakresie ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Zamawiający interpretując § 19 pkt 4 w/w rozporządzenia stwierdza, że w sytuacji, w której nie dysponuje wszystkimi informacjami i dokumentami może powierzyć wykonawcom wykonanie zadania w tym zakresie. Tym samym Zamawiający *a contrario* przyznaje, że posiadając takie dane i odsyłając do nich w opisie przedmiotu zamówienia - a na takim twierdzeniu opiera się złożone odwołanie, powinien traktować je jako wiążące. Zdaniem pierwszego Odwołującego również zawarte w § 19 pkt 4 w/w rozporządzenia stwierdzenie o konieczności załączenia do części informacyjnej PFU „(...) *innych posiadanych informacji i dokumentów w zakresie niezbędnym do zaprojektowania (...)*”

rozumieć należy, jako obowiązek załączenia posiadanych dokumentów obiektywnie niezbędnych do zaprojektowania robót budowlanych. Taki charakter mają w ocenie odwołującego żądane przez niego dokumenty.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, iż w przedmiotowym postępowaniu przekazał wykonawcom wszelkie informacje i dokumenty, które znajdowały się w jego posiadaniu i są niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, pierwszy Odwołujący wskazuje, iż przeczy temu treść pkt 1.1.1. PFU (str. 14) zgodnie, z którym z zakresu przekazanych Wykonawcy dokumentów Zamawiający wyłączył z opisu przedmiotu zamówienia. Podstawową Dokumentację Techniczną (PDT) - Projekt Wstępny - autostrada A 1 - odcinek węzeł „Stryków” - węzeł Tuszyn.”)

- Raport oddziaływania na środowisko A 1
- Decyzja środowiskowa S8
- Raport oddziaływania na środowisko S8
- Koncepcje Węzła Wrocław.

Co do tych dokumentów, Zamawiający wskazał, że dołączone są w celach poglądowych, nie stanowią jednak opisu przedmiotu zamówienia. Samo więc załączenie tych dokumentów nie może stanowić o wypełnieniu obowiązku wynikającego z art. 29 i 31 Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie (dotyczącego wyników badań gruntowo-wodnych) wskazał, że nietrafne są argumenty o możliwości decydowania przez wykonawcę w trakcie prac projektowych w jakim miejscu posadowione powinny być obiekty. Lokalizację determinuje bowiem: (1) decyzja lokalizacyjna, (2) lokalizacja ewentualnej przeszkody, np. ciek, linii kolejowej itp. Twierdzeniu Zamawiającego o tym, że posiadana przez niego dokumentacja nie jest przydatna i w konsekwencji nie może być traktowana jako niezbędna w rozumieniu § 19 pkt 4 lit. b) zaprzecza:

1) fakt, że dokumentacja ta jest wciąż obowiązująca. Ponadto Zamawiający jest w posiadaniu zaktualizowanej dokumentacji, która została wykonana w 2008 i plan badań został zatwierdzony przez Ministerstwo Środowiska, zaś badania zostały zakończone - co oznacza, że wyniki badań również zostały zatwierdzone decyzją administracyjną Ministerstwa Środowiska. (dowód: informacja ze strony internetowej Zamawiającego). Ponieważ w ww. sprawie została wydana decyzja administracyjna i nie ma podstaw do unieważnienia (art. 156 KPA) lub zmiany wydanej już decyzji (art. 155 KPA - żadne z przesłanek leżących u podstaw wydania decyzji nie straciły na ważności - lokalizacja inwestycji oraz jej podstawowe parametry techniczne nie uległy zmianie), zgodnie z art. 156 § 1 pkt 3 KPA wystąpienie o nową decyzję naraża strony na odmowę wydania takich decyzji gdyż dotyczy to sprawy już wcześniej rozstrzygniętej przez organ administracji. Zatem Zamawiający powinien załączyć zarówno badania jak i uzyskaną akceptację Ministerstwa do dokumentacji przetargowej jako część PFU, będącą wiążącym dokumentem.

2) nałożony na wykonawcę obowiązek sporządzenia dokumentacji uzupełniającej. Dokumentację uzupełniającą, jak wskazuje sama jej nazwa, sporządza się w zakresie brakującym. Nie sposób uzupełnić dokumentacji, która nie istnieje. Aby wykonawca był w stanie wykonać obowiązek uzupełnienia dokumentacji - musi mieć co uzupełnić - czyli dokumentację podstawową. W ocenie pierwszego Odwołującego niecelowe wydaje się również nakładanie obowiązku sporządzenia dokumentacji uzupełniającej dla dokumentu nieaktualnego czy też nieprzydatnego.

3) warunki gruntowo - wodne mogą ulec zmianie w wyniku gwałtownych zmian wywołanych, np. trzęsieniem ziemi, ruchami tektonicznym. Trudno jest więc zgodzić się z Zamawiającym, że dokumentacja z roku 1998 r. jest już nieprzydatna.

Co istotne Zamawiający nie zaprzeczył, że znajduje się w posiadaniu dokumentacji, o której mowa w §19 pkt 4 w/w rozporządzenia. Ponadto z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego wynika, że w 31 marca 2008 r. GDDKiA podpisała umowę na *„Wykonanie opracowań projektowych geologicznych uszczegóławiających dla autostrady A 1 na odcinku od km 295+850 węzeł Stryków do km 399+743 granica województwa śląskiego wraz z istniejącym odcinkiem autostrady A 1 węzeł „Tuszyn - węzeł Piotrków” od km 336+00 do km 347+700”*. Z zamieszczonych na stronie informacji wynika, że prace w ramach umowy zostały w 100% wykonane, a opracowania projektowe zostały przekazane w terminie. Potwierdza to stanowisko pierwszego Odwołującego, iż Zamawiający znajduje się w posiadaniu nie tylko przekazanej dokumentacji, ale też nowszego opracowania, które stanowić powinny ważący opis przedmiotu zamówienia. (dowód: informacja ze strony internetowej Zamawiającego).

Stanowisko pierwszego Odwołującego potwierdza także publikacja z działalności Instytutu Techniki Budowlanej za rok 2009. Jak wynika z informacji zawartych na str. 17 i 18 powołanego opracowania Instytut Techniki Budowlanej (czyli jeden z członków Konsorcjum, wykonującego opracowania projektów geologicznych dla GDDKiA) wykonywał prace badawcze polegające na sporządzeniu projektu prac geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz geotechnicznych warunków posadowienia w celu zaprojektowania autostrady A 1 na odcinku od węzła Stryków do granicy województwa łódzkiego. Jak wskazał ITB - *„Opracowanie wykonano odnośnie do 103. km autostrady oraz 52 obiektów inżynierskich, głównie II i III kategorii geotechnicznej. Opracowanie wykonywano w konsorcjum z Państwowym Instytutem Geologicznym - Państwowym Instytutem Badawczym, Instytutem Badawczym Dróg i Mostów oraz firmą SEGI A.T. Sp. z o.o. na zlecenie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad.”* Z informacji Instytutu wynika, że prace wykonane w ramach w/w projektu obejmowały *„szereg prac związanych z dokumentowaniem: prace geodezyjne z użyciem techniki GPS, badania terenowe (otwory badawcze, sondowania dynamiczne i statyczne, kartowanie geologiczne), badania geofizyczne, badania laboratoryjne (przebadano około 2000 próbek), a także prace*

związane z interpretacją wyników oraz z opracowaniem tekstu dokumentacji i załączników graficznych." Łącznie zostało opracowane 21 tomów dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i 5 tomów geotechnicznych warunków posadowienia normy geotechniczne, z uwzględnieniem wcześniejszych doświadczeń przy realizacji podobnego. (dowód: Wycinek z publikacji z działalności Instytutu Techniki Budowlanej za 2009 r. - oznaczenie publikacji oraz str. 13 do 16). Dokumentacja gruntowo - wodna jest źródłem informacji obiektywnie niezbędnych do prawidłowego wykonania prac projektowych i dalszego wykonania robót budowlanych, jak również wyliczenia ceny oferty. Brak informacji związanych z warunkami gruntowymi stanowi znaczące utrudnienie dla oszacowania ryzyka związanego z realizacją projektu i wyliczenia ceny oferty, np. ilości robót w zakresie wymiany i wzmocnienia gruntu, rodzaje posadowienia obiektów inżynierskich. Rozkład odpowiedzialności i ryzyk kontraktowych zawarty jest w warunkach kontraktowych przedstawionych przez Zamawiającego. Zamawiający zawarł w kl. 4.12 warunków kontraktu zapis stwierdzający, że w przypadku napotkania nieprzewidywalnych warunków fizycznych wykonawca jest uprawniony do przedłużenia czasu na ukończenie oraz płatności poniesionych kosztów. Kl. 4.12 definiuje: „warunki fizyczne” oznaczają naturalne i wytworzone przez człowieka warunki fizyczne oraz inne fizyczne przeszkody i zanieczyszczenia które napotyka Wykonawca na Placu Budowy przy realizacji Robót, włączając warunki pod powierzchniowe i hydrologiczne. Taki zapis implikuje konieczność zawarcia w PFU materiałów odniesienia, które pozwalają przewidzieć warunki podpowierzchniowe, w tym gruntowo-wodne. Brak tych materiałów uniemożliwia przygotowanie rzetelnej oferty, w szczególności obliczenia ceny oferty i określenia zakresu prac projektowych. W związku z tym narusza regulacje art. 29 Pzp oraz § 15 w/w rozporządzenia.

Informacje (tzn. zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków), których jak twierdzi Zamawiający nie posiada, znajdują się na płycie DVD nr 2 (spis zawartości płyty strona 197 i 198 PFU) w katalogu Załącznik 2.8\Zalacznik_I_Pisma_i_uzgodnienia w pliku Lodz_Urz_Ochr_Zabytkow. pdf oraz w pliku Pisma, uzgodnienia. pdf. Takie dane znajdują się również w załącznikach do Raportu oddziaływania na Środowiska - Płyta DVD Załącznik 2.8, Załącznik 1 do ROŚ „Pisma_i_uzgodnienia”. Pierwszy Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt 1.1.1. PFU (str. 14) dokument ten Zamawiający wyłączył z opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym wykonawca nie ma możliwości skorzystania z tych danych przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający wbrew swojemu zobowiązaniu nie przekazał wykonawcom całości dokumentacji, tym samym aktualne pozostają w tym zakresie zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na zarzuty odnośnie danych dotyczących zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska wskazywałoby na niewłaściwą

interpretację zarzutu, zgłoszonego przez pierwszego Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie podnosi bowiem on w odwołaniu zarzutu zamieszczenia w, niewłaściwej części PFU, tj. nie zamieszczenie ich w części, opisowej PFU danych dot. zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska. Treścią zarzutu jest wyłączenie tych danych, z opisu przedmiotu zamówienia pomimo umieszczenia ich w PFU. Zamawiający w sposób nieuprawniony posługuje się zamiennie, pojęciem *opisu przedmiotu zamówienia* i *części opisowej PFU*.

W odwołaniu stwierdza się, że: *„Dane takie zawarte są w Podstawowej Dokumentacja Technicznej i Raporcie Oddziaływania na Środowisko m.in. pkt 4.1.4, 5.1.2, 6.1.6, 9.2, oraz załącznik 1 do Raportu „Pisma i uzgodnienia”, które to jednak dokumenty na podstawie powołanego już wyżej zapisu PFU nie są traktowane, jako element opisu przedmiotu zamówienia”*. Twierdzenie, że wskazane dokumenty nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, nie wynika z zamieszczenia ich w niewłaściwej części PFU, ale z wyraźnego brzemienia wielokrotnie wskazywanego pkt 1.1.1 PFU (str. 14), który wyłączył z opisu przedmiotu zamówienia m.in. Podstawowa Dokumentacje Techniczna, Raport Oddziaływania na Środowisko (z załącznikami).

W celu umożliwienia Zamawiającemu podjęcia merytorycznej polemiki z treścią zarzutów dotyczących pomiarów ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości, pierwszy Odwołujący wyjaśnił.

- 1) Rozporządzenie wymaga podania (jeśli są w posiadaniu Zamawiającego) *„pomiarów ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości”*.
- 2) Dane te są w posiadaniu Zamawiającego - w Raporcie oddziaływania na środowisko.
- 3) Dane te są niezbędne do projektowania.
- 4) Zamawiający wyłączył te dane z opisu przedmiotu zamówienia (pkt 1.1.1. str. 14 PFU)

W zamian za to Zamawiający w pkt 3.6 PFU zamieścił tabelę, która (1) nie jest pomiarem ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości i (2) wynikające z niej dane są niespójne z pozostałą częścią SIWZ. Sprzeczność przedstawiona została w odniesieniu do obowiązku zaprojektowania przez wykonawcę ekranów akustycznych, dla których konieczne jest posiadanie informacji z zakresu właśnie pomiaru ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości. I tak:

- 1) zgodnie z pkt 1.2.1 PFU Wymagania Wynikające z decyzji środowiskowej i decyzji lokalizacyjnej, *„Ekran akustyczny zaprojektowany przez Wykonawcę (opracowane na podstawie prognoz opartych na zaktualizowanym ŚDR (Średniodobowy Ruch)”*- (str. 64).

W SIWZ Zamawiający nie podał jednak zaktualizowanego Średniodobowego Ruchu

- 2) W SIWZ Zamawiający nie podał jednak zaktualizowanego Średniodobowego Ruchu (SDR), który stanowić miałby podstawę do zaprojektowania ekranów akustycznych
- 3) ŚDR podany został w Raporcie oddziaływania na środowisko, jednak Zamawiający

jednoznacznie wyłączył ten dokument i zawarte w nim informacje z danych wyjściowych do projektowania (pkt 1.1.1 str. 14). Oznacza to, że Zamawiający nakłada na Wykonawcę obowiązek zaprojektowania ekranów akustycznych w oparciu o dane, których nie zawarł w PFU. Argumentacja z odwołania pozostaje więc aktualna. Obecne zapisy w PFU są na tyle niejasne, że prowadzą do przygotowania nieporównywalnych ofert, gdyż jeden oferent może - zgodnie z PFU zaprojektować zabezpieczenia akustyczne na podstawie ŚDR z Raportu Oddziaływania na Środowisko (mimo, że ROŚ nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia ale jest jedynym dokumentem zawierającym zaktualizowany ŚDR), inny oferent może dokonać obliczeń na podstawie tabeli z rozdz. 3.6 PFU. Ponieważ dane te są zasadniczo rozbieżne, doprowadzi to do złożenia nieporównywalnych ofert. Takie sformułowanie PFU narusza zasady art. 29 Pzp w zakresie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Dodatkowo, pierwszy Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronie internetowej Zamawiającego, 23.03.2006 r. podpisał on umowę na „*Opracowanie projektu drogowego: Studium wykonalności wraz z analizą ruchu dla płatnej autostrady A-1 odcinek: Stryków-Pyrzowice*”. Kontrakt został zakończony w I - 2008 r. W ocenie Odwołującego potwierdza to, że Zamawiający znajduje się w posiadaniu informacji i dokumentów niezbędnych do przygotowania oferty, których nie załączył do SIWZ, pomimo ciążącego na nim obowiązku (dowód: informacja ze strony internetowej Zamawiającego).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, odnosząc się do zarzutów dotyczących porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych, po raz kolejny w sposób nieuprawniony posługuje się zamiennie pojęciami „*opis przedmiotu zamówienia*” i „*częścią opisową PFU*”. Nie jest treścią odwołania żądanie włączenia „*części informacyjnej PFU*” do części opisowej. Żądanie dotyczy włączenia do opisu przedmiotu zamówienia (nie części opisowej PFU) tych dokumentów, które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego, a które zgodnie z w/w rozporządzeniem stanowić powinny element PFU. Pierwszy Odwołujący wskazał załączenia jakich dokumentów, jako elementu opisu przedmiotu zamówienia żąda.

Odwołujący wskazał na rozbieżności w przekazanej przez Zamawiającego SIWZ żądając usunięcia wskazanej sprzeczności. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający poinformował, że uznając zarzut za uzasadniony dokonał stosowanej modyfikacji SIWZ. W wyniku modyfikacji dokonanej pismem z dnia 23.08.2010 r. Zamawiający zmienił treść Subklauzuli 8.2. Szczególnych Warunków Kontraktu w ten sposób, że: - skreślono Subklauzulę 8.2 w brzmieniu: „*W ramach Czasu na Ukończenie, w Załączniku do Oferty - Dane kontaktowe jest wydzielony czas na złożenie kompletnych wniosków do decyzji*

o pozwoleniu na budowę, złożenie kompletnych wniosków do zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w zakresie budowy MOP'ów kategorii II i III, ukończenie projektu budowlanego i uzyskanie prawomocnych decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę, uzyskanie prawomocnych zezwoleń na realizację inwestycji drogowych" - dodano Subklauzulę 8.2 w brzmieniu: „W ramach Czasu na Ukończenie, w Załączniku do Oferty - Dane kontaktowe jest wydzielony czas na złożenie kompletnych wniosków do decyzji o pozwoleniu na budowę, złożenie kompletnych wniosków do zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w zakresie budowy MOP'ów kategorii II i III, obejmujących roboty ziemne, odwodnienie, i doprowadzenie instalacji (przyłączy) niezbędnych do funkcjonowania MOP II i III, ukończenie projektu budowlanego i uzyskanie prawomocnych decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę, uzyskanie prawomocnych zezwoleń na realizację inwestycji drogowych". Dokonana modyfikacja w dalszym ciągu nie wyjaśnia, w jakim zakresie Wykonawca ma uzyskać pozwolenia na budowę, zezwolenia na realizację inwestycji drogowych dla MOP'ów. W zakresie przedmiotu zamówienia Wykonawca ma do wykonania: MOP kategorii I „Skoszewy Zachód” oraz „Skoszewy Wschód” oraz MOP kategorii I „Wiśniowa Góra Zachód” oraz „Wiśniowa Góra Wschód”. Zamawiający w drodze oddzielnego postępowania przeprowadzi przetargi na rozbudowę MOP'ów „Wiśniowa Góra Zachód” odpowiednio do kategorii III oraz „Wiśniowa Góra Wschód” do kategorii II (np. PFU str. 44, oraz 47 i 48). Rozumiemy, że intencją i celem Zamawiającego jest to, aby Wykonawca uzyskał pozwolenie na budowę, zezwolenie na realizację inwestycji drogowych wyłącznie dla MOP'ów kategorii I. Na MOP-ach „Wiśniowa Góra Zachód” oraz „Wiśniowa Góra Wschód”, na terenie, który jest przewidziany pod rozbudowę do wyższej kategorii, Wykonawca wykona roboty ziemne, odwodnienie i doprowadzenie instalacji (przyłączy). W ocenie Odwołującego wymaganie Zamawiającego powinno zostać zmodyfikowane np. do takiej treści: „W ramach Czasu na Ukończenie, w Załączniku do Oferty - Dane Kontraktowe jest wydzielony Czas na złożenie kompletnych wniosków do decyzji o pozwoleniach na budowę, złożenie kompletnych wniosków do zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w zakresie budowy MOP'ów kategorii I. W zakresie realizacji docelowej rozbudowy MOP'ów Wykonawca wykona wyłącznie roboty ziemne, odwodnienie i doprowadzenie instalacji (przyłączy) niezbędnych do funkcjonowania MOP II i III". Taka propozycja zapisu umowy pozwoli na jednoznaczne określenie co leży w zakresie obowiązków Wykonawcy związanych z wykonaniem Miejsc Obsługi Podróżnych.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w pkt 1.1.1. PFU (str. 14) wyłączył z opisu przedmiotu zamówienia z zakresu przekazanych Wykonawcy dokumentów: „Podstawową Dokumentację Techniczną (PDT) - Projekt Wstępny - autostrada A 1 - odcinek węzeł „Stryków” - węzeł Tuszyn.”)

- *Raport oddziaływania na środowisko A 1*
- *Decyzja środowiskowa S8*
- *Raport oddziaływania na środowisko S8*
- *Koncepcje Węzła Wrocław."*

Izba potwierdziła, że PFU zawiera przywoływane przez pierwszego Odwołującego w określonych punktach informacje, których Zamawiający nie kwestionował, jak również potwierdza załączenie dokumentów zgodnie ze wskazywanym umiejscowieniem w pismach, którym Zamawiający też nie zaprzeczał wywodząc z tego jednakże odmienne skutki. Poza tym, Izba ustaliła, że w ramach zmiany SIWZ nr 3 z dnia 23.08.2010 r. dołączył Zamawiający - oświadczenie Zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Nadto, zmieniono Subklauzule 8.2. WSK w ten sposób, że skreślono Subklauzulę 8.2 w brzmieniu: „*W ramach Czasu na Ukończenie, w Załączniku do Oferty - Dane kontaktowe jest wydzielony czas na złożenie kompletnych wniosków do decyzji o pozwoleniu na budowę, złożenie kompletnych wniosków do zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w zakresie budowy MOP' ów kategorii II i III, ukończenie projektu budowlanego i uzyskanie prawomocnych decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę, uzyskanie prawomocnych zezwoleń na realizację inwestycji drogowych* ” - dodano Subklauzulę 8.2 w brzmieniu: „*W ramach Czasu na Ukończenie, w Załączniku do Oferty - Dane kontaktowe jest wydzielony czas na złożenie kompletnych wniosków do decyzji o pozwoleniu na budowę, złożenie kompletnych wniosków do zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w zakresie budowy MOP' ów kategorii II i III, obejmujących roboty ziemne, odwodnienie, i doprowadzenie instalacji (przyłączy) niezbędnych do funkcjonowania MOP II i III, ukończenie projektu budowlanego i uzyskanie prawomocnych decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę, uzyskanie prawomocnych zezwoleń na realizację inwestycji drogowych* ”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, a także stanowiska wynikające z pism złożonych w sprawie, należy stwierdzić:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15, 18 i 19 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. z 2004 r., Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.) zwanego dalej: „*Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r.*” z uwagi na nie zawieranie przez opis przedmiotu zamówienia wszystkich wymaganych informacji i dokumentów określonych przez w/w rozporządzenie dla Programu Funkcjonalno - Użytkowego zwanego dalej: „*PFU*”, w podziale na zarzut pierwszy (1a, 1b, 1c, 1d, 1f, 1g) oraz zarzut drugi (rozbieżności), w ocenie Izby nie został potwierdzony.

Po pierwsze, w ocenie Izby, wskazywane Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r. określa różne kategorie PFU, tj. część tytułową, opisową oraz informacyjną. Pierwsza z nich jest uszczegółowiona w § 17, druga § 18, a trzecia w § 19. Pkt. Od pkt 1 do 3 § 19 mają charakter obligatoryjny bezsprzecznie, pkt 4 natomiast także ma taki charakter, o ile Zamawiający znajduje się w posiadaniu innych informacji i dokumentów oraz ile są one niezbędne.

Po drugie, Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego z rozprawy, że to Zamawiający decyduje jaka dokumentacja jest potrzebna dla potrzeb danego zamówienia. Należy bowiem wskazać, że art. 31 ust. 2 i 3 Pzp generuje nie tylko określone obowiązki względem Zamawiającego, ale także uprawnienia, w tym wypadku uprawnienie oceny danego dokumentu i jego istotności pod kątem przydatności w kontekście przedmiotowego zamówienia. Przedmiot zamówienia jako taki jest także określony przez ogólne normy.

W konsekwencji odnośnie wyników badań gruntowo-wodnych (zarzut 1 b - § 19 pkt 4 lit. b Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r.), należy stwierdzić, że wobec uznania, za wiążącą dokumentacji z 2008 r., a nie nadania takiego charakteru dokumentacji z 1998 r., Zamawiający uznał, w granicach swoich uprawnień, iż ta ostatnia dokumentacja nie jest niezbędna, skoro załączył na potrzeby zamówienia aktualniejszą. Wobec wymogu sporządzenia opracowania geologiczno-geotechnicznego przez Wykonawcę, jako części przedmiotu zamówienia, będącego elementem: „zaprojektuj” obok „wybuduj”. Izba wskazuje także na możliwość zestawienia porównawczego obu dokumentacji, co jak sam przyznał na rozprawie pierwszy Odwołujący pozwala ocenić aktualność poszczególnych informacji, tj. danych.

W kwestii oświadczenia, pod rygorem odpowiedzialności karnej, o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane (zarzut 1a - § 19 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r.), Izba nie orzekła, wobec wycofania niniejszego zarzutu przez pierwszego Odwołującego, w konsekwencji zmiany SIWZ nr 3 z dnia 23.08.2010 r.

Odnośnie zaleceń konserwatorskich konserwatora zabytków (zarzut 1c - § 19 pkt 4 lit. c Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r.) i danych dotyczących zanieczyszczeń atmosfery do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska (zarzut 1d - § 19 pkt 4 lit. e Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r.) należy niniejsze rozpatrywać w kontekście sporządzeń drugiego raportu oddziaływania na środowisko oraz treść § 19 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r., który stanowi nie tylko o dokumentach, ale także informacjach znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego oraz niezbędnych dla przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji opierając się na stanowisku Zamawiającego, zasadne jest uznanie, że niezbędna jest informacja z pkt 3.4 PFU odnośnie zaleceń konserwatorskich, zaś dokument zbędny, gdyż może wprowadzić w błąd, stanowić

podstawę zaistnienia różnorodnych sprzeczności i ewentualnych późniejszych roszczeń Wykonawców względem Zamawiającego. Może zaistnieć sprzeczność nieaktualnego dokumentu z aktualną informacją. Przekładem możliwości zaistnienia takich sprzeczności jest kwestia pomiarów ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości (zarzut 1e - § 19 pkt 4 lit. f Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r.). Podobny charakter niezbędnych informacji należy nadać informacji z pkt 3.5, 3.5.1, 3.5.2, 3.5.3, 3.5.4, 3.5.5, 3.5.6, czy też 3.5.7 PFU w odniesieniu do danych dotyczących zanieczyszczeń do analizy ochrony powietrza oraz posiadane raporty, opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska.

Względem zarzutu dotyczącego pomiarów ruchu drogowego, hałasu i innych uciążliwości (zarzut 1e - § 19 pkt 4 lit. f Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r.), w ocenie Izby, wyjaśnienia Zamawiającego udzielone na rozprawie, potwierdzają pozorny charakter wskazanych rozbieżności przez pierwszego Odwołującego. Biorąc pod uwagę, zmianę SIWZ nr 3 z dnia 30.08.2010 r., jak i oświadczenie Zamawiającego o wiążącym charakterze danych z tabeli (pkt 3.6. PFU) wobec wyłączenia Raportu oddziaływania na środowisko, Izba zarzut oddaliła.

W kwestii braku danych dotyczących obiektów inżynierskich wskazanych w pkt 1.1.2.1 str. 20 PFU przewidzianych do przebudowy, tudzież rozbiórki (zarzut 1f /inwentaryzacja lub dokumentacja obiektów budowlanych podlegających przebudowie/ - § 19 pkt 4 lit. g Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r.), Izba podnosi, że jedyne bliższe informacje w tym zakresie zostały podane we wskazanym fragmencie PFU. Wyjaśnienia o faktycznym nieposiadaniu danych ich dotyczących z uwagi na ich „rodowód”, nie jest do końca, w ocenie Izby, wystarczające. Można bowiem uzyskać bliższe informacje przez wizję lokalną, czy też dane satelitarne. Jednakże, izba wzięła pod uwagę, że wszyscy uczestnicy przedmiotowego postępowania uzyskali identyczne informacje, zaś skala prac biorąc pod uwagę wykaz płatności (poz. 108) odcinka – Węzeł „Tuszyn” i łącznice, uprawnia do stwierdzenia, że naruszenie przepisu - § 19 pkt 4 lit. g Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r., nie ma wpływu na wynik, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania.

Odnośnie kwestii braków porozumień, zgód lub pozwoleń oraz warunków technicznych i realizacyjnych związanych z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg samochodowych, kolejowych lub wodnych (zarzut 1g - § 19 pkt 4 lit. h Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r.), Izba podnosi, że względem zakresu zgód i porozumień, jakie będzie musiał uzyskać dany Wykonawca, to na projektancie spoczywa obowiązek uzyskania określonych pozwoleń i zgód. Zaś PFU, szczegółowo określa, co winno zostać wykonane, np. ile ma zostać zaplanowanych oczyszczalni, ile zbiorników, Wykonawca nie może zmienić niniejszych zapisów.

W konsekwencji zakres zgód i porozumień może zostać przez profesjonalnego Wykonawcę ustalony. Porozumienia i zgody wydane w latach 90-tych przed zmianą przepisów o przesyle mediów są nieaktualne. W tym zakresie zasadna jest także wcześniejszą argumentacja o niezbędności informacji wynikającej z PFU i ich wyższości nad nieaktualnymi porozumieniami i zgodami.

Jeżeli chodzi o rozbieżności, Izba oddaliła zarzut w tym zakresie (zarzut 2) uznając, że w konsekwencji zmiany treści SIWZ nr 3 z dnia 23.08.2010 r. – Subklauzula 8.2 – oznacza, że Wykonawca ma uzyskać pozwolenie na budowę, zezwolenie na realizację inwestycji drogowych wyłącznie dla MOP'ów kategorii I. Na MOP'ach „Wiśniowa Góra Zachód” oraz „Wiśniowa Góra Wsch.” Przewidzianych pod rozbudowę do wyższej kategorii (odpowiednio MOP III oraz MOP II), Wykonawca wykona roboty ziemne, odwodnienie i doprowadzenie instalacji (przyłączy). Powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego na rozprawie, Izba uznaje, że powyższe, jako okoliczność przyznana, jest bezsprzecznie wiążąca dla Zamawiającego, jako instytucji zaufania publicznego.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 Pzp oraz § 15, 18 i 19 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 r., Izba uznała że Zamawiający nie naruszył także art. 7 ust.1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10:

W dniu 27.08.2010 r. drugi Odwołujący (faxem) przedłożył stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10. Wskazał, że po zapoznaniu ale z odpowiedzią Zamawiającego podtrzymuje swoje odwołania w całości. W nawiązaniu do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający ustosunkował się tylko do części zarzutów podniesionych przez Odwołującego.

Żądanie 1. Zamawiający zastąpił kwestionowany zapis treścią: *„Wykonawca przy obliczaniu Ceny Oferty zobowiązany jest wziąć pod uwaga możliwość zwiększenia ilości i/lub parametrów zabezpieczeń akustycznych w stosunku do decyzji środowiskowej oraz uwzględnić ryzyko z tym związana w Cenie Oferty”*. Odwołujący stwierdzi, że takie postępowanie Zamawiającego nie może być uznane za uznanie zastrzeżeń Odwołującego. Nowe brzmienie wprowadzone przez Zamawiającego przerzuca na wykonawców konieczność przewidzenia biegu przyszłych wydarzeń, a w efekcie - zakresu przedmiotu zamówienia. Takie podanie Zamawiającego narusza art. 29 ust 1 Pzp.

Żądanie 2. Wyjaśnienia Zamawiającego są tak samo ogólne i mało precyzyjne, jak w przypadku samej treści subklauzuli 5.1 SKW *„Ogólne zobowiązania projektowe”*.

Zamawiający w dalszym ciągu nie precyzuje zakresu i rodzaju robot do wykonania, które składają się na wykonanie raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Zamawiający używa ogólnych sformułowań, że wykonawca powinien zaplanować i wygospodarować czas na sporządzenie i zatwierdzenie raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko, biorąc pod uwagę odpowiednia tempo prac przy raporcie oraz obowiązujący zgodnie z przepisami tryb i czas na jego zatwierdzenie. Jest to przykład nałożenie na Wykonawcę bliżej nieokreślonego zakresu obowiązków robot

Żądanie 3. Odwołujący domagał się wskazania terenów chronionych akustycznie, gdzie w okresie całego roku praca może być prowadzona tylko w godzinach 6:00-22:00. Zamawiający w swoim stanowisku do ww. zarzutu nie określił takich miejsc.

Żądanie 4 i 5. Zamawiający nie udziela wyjaśnień na postawione zarzuty, tylko powołuje się na przepisy kodeksu cywilnego, które nie mają niczego wspólnego z treścią żądań. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 353¹ kc, poprzez ingerencją w swobodne ułożenie stosunku prawnego, poprzez zapis subklauzuli 1.14 SKW „*Solidarna odpowiedzialność*”. To tamto dotyczy uwierania umów z podwykonawcami. To poszczególni wykonawcy są uprawnieni do zawierania umów z podwykonawcami, a nie konsorcjum, które nie ma podmiotowości prawnej. Ponadto w żądaniu szóstym Odwołujący zwraca uwagę na treść subklauzuli 4.4 SKW, która określa, jakie postanowienie muszą się znaleźć w umowach z podwykonawcami, a jakie nie mogą być w nich zawarte. Dla Odwołującego ingerowanie przez Zamawiającego w treść umów pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcami jest naruszeniem zasady swobody umów. Odwołujący jeszcze raz podkreśli, że to Wykonawca jest odpowiedzialny za wykonanie zamówienia publicznego, to Wykonawca składa zabezpieczenie należytego wykonania oraz udzielił gwarancji jakości i rękojmi za wady. Twierdzenie Zamawiającego, że zapisy zawarte w subklauzuli 4.4 SKW mają służyć zabezpieczeniu interesów wszystkich stron stosunku prawnego jest twierdzeniem chybionym i nie mającym oparcia w obowiązujący przepisach prawa.

Odwołujący podtrzymał także żądanie zmiany konstrukcji nawierzchni węzłów i łącznic (czyli połączeń między nitkami autostrady), tj. zastąpienie nawierzchni z betonu cementowego nawierzchnią bitumiczną. Powołany przez Zamawiającego argument dotyczący modułu sztywności/sprężystości nawierzchni jest nie na temat, albowiem parametr ten dotyczy gotowej, wykonanej nawierzchni i nie ma zastosowania do nawierzchni układanej/wykonywanej - a zastrzeżenie Odwołującego dotyczy właśnie etapu realizacji, a nie etapu eksploatacji. Odwołujący w pełni zgadza się z Zamawiającym, że nawierzchnia z betonu cementowego ma wyższy moduł sztywności niż nawierzchnia bitumiczna - co przesądza o większej trwałości pierwszej z nich. Problem, na który zwraca uwagę Odwołujący, dotyczy jednak samego wykonania nawierzchni. Beton cementowy - w trakcie poddania go wibracjom zagęszczającym na etapie formowania i układanie nawierzchni - nabiera konsystencji, która powoduje, że nawierzchnia utraci zadane przez Zamawiającego

kształt i położenie (czyli nachylenia drogi). Nie jest prawdą - jak Zamawiający napisał w odpowiedzi na odwołanie - że, „*duże pochylenia*” nawierzchni „*nie są kwestią PFU a raczej projektu wykonawczego czy specyfikacji technicznej dla robot*”. To PFU oraz SIWZ określają, na jakim terenie wykonawca ma zaprojektować trasę autostrady wraz z węzłami i łącznicami. Wykonawcę i projektanta ogranicza zatem to, ile terenu pod realizacją Inwestycji wykupił Zamawiający. Na niewielkiej powierzchni nie da się zaprojektować dużego węzła autostradowego ani drugich łącznic o łagodnych spadkach poprzecznych i podłużnych. Skoro Zamawiający wykupił bardzo niewiele terenu pod realizacją inwestycji autostradowej, to narzucił wykonawcom i projektantom konkretne rozwiązania: ciasne zakręty łącznic i „ściśnięte” węzły autostradowe, a - co za tym idzie - ostre spadki poprzeczne i podłużne nawierzchni. Używając języka niespecjalistycznego; oznacza to duże nachylenie nawierzchni. Konsystencja układanego betonu cementowego nie pozwoli mu się utrzymać w takim kształcie. Podczas spotkania z wykonawcami poświęconemu wyjaśnieniu treści SIWZ Zamawiający poruszył kwestię nawierzchni łącznic i węzłów. Stwierdzono przy tym, że Zamawiający ma wiedzę, że beton cementowy jest wykorzystywany w innych krajach do budowania nawierzchni łącznic i węzłów autostradowych. Jest to prawda - Odwołujący ma w tym zakresie analogiczną wiedzę. Odwołujący wie zarazem, że tam, gdzie taką technologię się stosuje, promień łącznicy wynosi 200 m i więcej. Tymczasem teren wykupiony pod węzły i łącznice przez Zamawiającego pozwoli na zbudowanie łącznicy o promieniu około 50 m. Podczas spotkania z wykonawcami Zamawiający nie znalazł odpowiedzi na to stwierdzenie. Odwołujący postuluje wykonanie nawierzchni węzłów i łącznic i mas bitumicznych, które - w trakcie układania - pozwalają się formować i nie tracą nadanego im kształtu pomimo nieuniknionych dużych spadków poprzecznych i podłużnych nawierzchni łącznic (czyli dużego nachylenia nawierzchni drogowej). Masy bitumiczne - w przeciwieństwie do forsowanego przez Zamawiającego betonu cementowego - można ułożyć, można wykorzystać do wykonania nawierzchni łącznic i węzłów o dużym nachyleniu. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie odniósł się w ogół do wielu zarzutów, których nie uwzględnienie może mieć istotny wpływ na proces realizacji poszczególnych etapów Inwestycji.

Zamawiający nie ustosunkował się do zarzutu Odwołującego dotyczącego zapisu załącznika Nr 1 do umowy – „*Gwarancja Jakości*”. Odwołujący podniósł w nim, że w poz. A termin 72 godzinny na usunięcia awarii powodującej brak możliwości eksploatacji jakiegokolwiek części obiektu jest niemożliwy do realizacji. Ponadto zwraca uwagę na brak możliwości przedłużania ww. terminu. W opinii Odwołującego, taki zapis narusza wprost wyrażony w art. 387 § 1 kc zakaz umowy o świadczenie niemożliwe, z drugiej strony Odwołujący wskazuje na nieracjonalność Zamawiającego, który w poz. B umieścił termin 14 dniowy na usunięcie wad o zdecydowanie niższej randze (wady nie wpływające bezpośrednio na eksploatację jakiegokolwiek części obiektu). Odwołujący zwrócił też uwagę

na niejednoznaczne pojęcie używane przez Zamawiającego w poz. C (wady nie wpływające bezpośrednio na eksploatację jakiegokolwiek części obiektu) i poz. D (wady pozostałe). Zamawiający nie ustosunkował się również do postulatu Odwołującego, aby dopisać warunki atmosferyczne do przyczyn, które mogą spowodować zmianę przez Zamawiającego terminu na usunięcia wady. Wskazał także, że w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie zabrakło również ustosunkowania się do zarzutu, w którym Odwołujący domaga się wydłużenia przez Zamawiającego czasu na ukończenie projektu na 32 miesiące od Daty Rozpoczęcia, a nie 32 miesiące od daty podpisania kontraktu. Termin nakreślony przez Zamawiającego na 32 miesiące od daty zawarcia kontraktu, nie pozwala na wykonanie:

- map do celów projektowych
- dokumentacji geologiczno- inżynierskiej,
- dokumentacji hydrologicznej, a w związku z tym uniemożliwia wykonanie dokumentacji projektowej w terminach narzuconych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę m.in. stanowiska wynikające z pism złożonych w sprawie, stwierdzić należy:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust.1 Pzp oraz art. 5 KC w zw. z art. 14 Pzp, w zakresie: „*Elementów zabezpieczenia*”, braku możliwości zastosowania wyceny obmiarowej, tj. mechanizmu rozliczenia robót, jakie mogą okazać się konieczne do wykonania po sporządzeniu: „*raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko*”, a także kosztów z ich wpływu na kolejność i termin wykonania robót kontraktowych, czy też braku wskazania zakresu ochrony akustycznej, Izba uznała za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W pkt 2.1.4.3 PFU: „*Elementy zabezpieczenia*” (str. 152) Zamawiający zawiera zapis dotyczący ekranów akustycznych o treści: „*Na obiektach mostowych należy projektować ekrany akustyczne z materiałów przezroczystych. Ilość i parametry techniczne ekranów zgodnie z zestawieniami w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i innych częściach PFU. W przypadku występowania na obiekcie stanowiącym dodatkowo przejście dla dużych lub średnich zwierząt ekran akustyczny, będzie pełnił funkcję osłony przeciwoślnościowej. Ekran powinien być wówczas wykonany z materiałów nieprzezroczystych co najmniej do wysokości 2,50 m. W przypadku zwiększenia ilości i/lub parametrów zabezpieczeń akustycznych w stosunku do decyzji środowiskowej roszczenia nie będą uwzględniane.*” Zmianą treści SIWZ Nr 3 z dnia 23.08.2010 r. Zamawiający zmodyfikował wskazany zapis na: „*Wykonawca przy obliczaniu Ceny Oferty zobowiązany jest wziąć pod uwagę możliwość zwiększenia ilości i/lub parametrów zabezpieczeń akustycznych w stosunku do decyzji środowiskowej oraz uwzględnić ryzyko z tym związane w Cenie Oferty*”.

Zamawiający w subklauzuli 5.1 WSK: „*Ogólne zobowiązania projektowe*”, wskazał, że: „*Wykonawca będzie odpowiedzialny za raport ponownej oceny oddziaływania na*

środowisko wobec Zamawiającego, właściwych organów administracji oraz wobec osób trzecich”.

Zamawiający w subklauzuli 6.5 WSK: „Godziny pracy” zawarł zapis: „Jeżeli wymaga tego technologia Robót, wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia Robót przez 7 dni w tygodniu przez całą dobę, za wyjątkiem prac w rejonie terenów chronionych akustycznie, gdzie w okresie całego roku praca mogą być prowadzone tylko w godzinach 600-2200”.

Zaś w subklauzuli 1.9 WSK: „Błędy w Wymaganiach Zamawiającego” Zamawiający ustalił, że: „Jeżeli Wykonawca dozna opóźnienia i/lub poniesie Koszt, wyniku jakiegoś błędu w Wymaganiach Zamawiającego, a doświadczony wykonawca zachowując należyta staranność nie wykryłby tego błędu badając Wymagania Zamawiającego według Subklauzuli 5.1: „Ogólne zobowiązania projektowe”, to Wykonawca da Inżynierowi powiadomienie i będzie uprawniony, z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1: „Roszczenia Wykonawcy”, do:

- a) Przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według Subklauzuli 8.4 „Przedłużenie Czasu na Ukończenie”, jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione, oraz
- b) Płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej.

Po otrzymaniu tego powiadomienia Inżynier będzie postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5: „Określenia”, aby w uzgodnić lub określić (i) czy i (jeśli tak) w jakim zakresie błąd ten nie mógł być w sposób racjonalny wykryty, oraz (ii) sprawy opisane powyżej w podpunktach (a) i (b) odnoszące się do tego zapisu”.

Z kolei w Subklauzuli 14.1 WSK: „Cena Kontraktowa” Zamawiający określił, że: „Jeżeli nie jest podane inaczej w Warunkach Szczególnych, to:

- a) Cena Kontraktowa będzie zryczałtowaną Zaakceptowaną Kwotą Kontraktową i będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem;
- b) Wykonawca będzie płacił wszystkie podatki, należności i opłaty wymagane do płacenia przez niego według Kontraktu, a Cena Kontraktowa nie będzie korygowana ze względu na jakikolwiek z tych kosztów, oprócz sytuacji podanej w Subklauzuli 13.7: „Korekty wynikające ze zmiany stanu prawnego”
- c) (skreślony).

W przypadku zmian wprowadzonych na podstawie Klauzuli 13: „Zmiany i korekty” Inżynier ustali zmianę wartości odpowiedniego elementu zryczałtowanego określonego w Wykazie Cen, kierując się rynkową wartością zmiany przy wykorzystaniu dostępnych krajowych danych statystycznych oraz informacji zawartych w biuletynach krajowych profesjonalnych doradców, analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich. Odpowiednio do tego będzie określona Cena Kontraktowa, z uwzględnieniem korekt dokonanych zgodnie z Kontraktem”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, jak również brzmienie Warunków na urządzenia i budowę z projektowaniem /FIDIC 1999/, Izba stwierdziła co następuje.

W ramach pierwszego zarzutu, Izba uwzględniła ten jego aspekt w ramach którego Odwołujący wskazywał na przerzucenie na Wykonawców bliżej nieokreślonego zakresu obowiązków i robót, które będą wynikiem: „*Raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko*”. W jego konsekwencji bowiem mogą wyniknąć zmiany zakresu i rodzaju robót koniecznych do wykonania, co stanowi nie tylko dodatkowe ryzyko Wykonawcy, ale jest trudne do przewidzenia na etapie oferty, wobec nie istnienia wskazanego raportu. Izba podkreśla, że niniejsze uwzględnienie, a w konsekwencji uwzględnienie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10, odnosi się w konsekwencji także do zabezpieczeń akustycznych albowiem ilość i parametry również mogą ulec modyfikacji w wyniku wskazanego powyżej „*Raportu ponownej oceny oddziaływania na środowisko*”. Odnośnie rejonów chronionych akustycznie, Izba uznała, że mimo usytuowania w rupie zarzutów bazujących na ocenie „drugiego raportu oddziaływania na środowisko”, kwestia terenów chronionych akustycznie znajduje się w zakresie możliwości drugiego Odwołującego, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ponadto, Izba uznała zarzut w zakresie wskazanym powyżej, także z tego względu, że subklauzule (1.9 oraz 14.1 Warunków Szczególnych Kontraktu /tom II, Rozdz. 3 - część II/), będące wyjątkami, tj. korektami od wyceny ryczałtowej, przywołane przez Zamawiającego na rozprawie są niewystarczające w przedmiotowym stanie faktycznym.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 353¹ kc w zw. z art. 14 Pzp ingerencje w treść umowy konsorcyjnej oraz treść umów z podwykonawcami, Izba uznała za niepotwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w ramach Subklauzuli 1.14 WSK Solidarna odpowiedzialność nadał b) i c) następującą treść i dodał d):

b) Partner wiodący wskazany w Ofercie będzie miał pełnomocnictwa do podejmowania decyzji wiążących Wykonawcę i każdego z tych osób.

c) W przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie, zobowiązane one będą do pozostawania w konsorcjum przez cały czas trwania kontraktu, łącznie z okresem Gwarancji Jakości i Rękojmi za wady.

d) Partner wiodący działając w imieniu tych osób, będzie podejmował zobowiązania a także będzie otrzymywał instrukcje zgodnie z posiadanym pełnomocnictwem, przez cały czas wykonywania umowy, również w okresie przewidzianym w kodeksie cywilnym na składanie roszczeń finansowych.

Z kolei w Subklauzuli 4.4 WSK zawarł m.in. zapis, że: „*W przypadku realizacji zamówienia przez podmioty występujące wspólnie (Konsorcjum), umowy*

z podwykonawcami, zawierane Będów imieniu i na rzecz wszystkich uczestników Konsorcjum”

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu drugiego podlega on oddaleniu w całości, tzn. w każdym z podnoszonych zakresów. Po pierwsze art. 647¹ kc nie określa granic w ramach których Zamawiający może udzielić zgody na zawarcie umowy przez Wykonawcę z podwykonawcami. Po drugie ustalenie „*Partnera wiodącego*” jest działaniem, ze wszechmiar uzasadnionym i korzystnym dla toku realizowanej inwestycji, ma poza tym charakter „*czysto-techniczny*”. Po trzecie, umowy z podwykonawcami winny być zawierane w imieniu i na rzecz wszystkich członków konsorcjum, w ocenie Izby, biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego z rozprawy, tudzież niezaprzeczalny fakt, że proponowane uregulowania są wyrazem dążenia do zapewnienia pełnej ochrony interesu publicznego z jednoczesnym poszanowaniem praw Wykonawcy (całego konsorcjum z uwzględnieniem interesów podwykonawców), jest uzasadnione i nie narusza art. 353¹ kc w tym kontekście. W ocenie Izby powyższe postanowienia subklauzuli 1.14 oraz 4.4 WSK nie mają charakteru nadmiernego i służą zaspokojeniu określonych potrzeb publicznych i właściwemu wydatkowaniu środków publicznych. Zamawiający zasadnie także wskazał, że drugi Odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób swobodę zawierania umów naruszają zapisy stanowiące jakie postanowienia ma zawierać umowa Wykonawcy z Podwykonawcą. Przedmiotowe bowiem zapisy mają jedynie zabezpieczyć interes Zamawiającego z uwagi na solidarną odpowiedzialność Zamawiającego za zapłatę należnego podwykonawcy wynagrodzenia w przypadku niewykonania tego obowiązku przez wykonawcę. Potwierdzenie takiego stanowiska znajduje uzasadnienie w orzecznictwie KIO (por. wyrok z dnia 23.10.2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 1467/09).

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 151 ust.3 Pzp poprzez sprzeczne z nim uregulowanie terminu zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Izba oddaliła.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Art. 151 ust. 3 Pzp stanowi, że: „*Kwotę, o której mowa w ust.2 (kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekroczyć 30 % wysokości zabezpieczenia), jest zwracana nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi*”. Z kolei zgodnie z akapitem 3 Subklauzuli 4.2 WSK: „*Jeżeli Zabezpieczenie Wykonania będzie wniesione w formie innej niż pieniężna, to Wykonawca samodzielnie, bez odrębnego wezwania przez Zamawiającego przedłużał ważność Zabezpieczenia Wykonania aż do usunięcia wad lub szkód*”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Powyższy zarzut dotyczy zgodności akapitu 3 Subklauzuli 4.2 z art. 151 ust.3 Pzp,

Izba uznała, że biorąc pod uwagę orzecznictwo KIO, zasadne jest wskazanie, że w wypadku zaistnienia sprzeczności (czy też wątpliwości w tym zakresie) między zapisem SIWZ, a treścią przepisu powszechnie obowiązującego, wiążący charakter ma treść przepisu. W przedmiotowym stanie faktycznym byłby to art. 151 ust. 3 Pzp. Z orzecznictwa KIO wynika bowiem, że jeżeli Zamawiający zawarł w SIWZ postanowienia, które są niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, to te postanowienia nie są ważne, nieważności tej nie konwaliduje brak ich oprotestowania przez wykonawców, a w ich miejsce należy stosować przepisy Prawa zamówień publicznych i aktów wykonawczych (por. wyrok KIO z dnia 9.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1102/09).

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 Pzp poprzez:

a) żądanie niemożliwych do spełnienia warunków usuwania wad; b) wyznaczenie terminów na przygotowanie dokumentacji projektowej, które nie mogą zostać dotrzymane, w ocenie Izby nie został potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w ramach „Załącznika nr 1 do umowy – Gwarancja jakości” wskazał, że w poz. A (poważne wady, powodujące /bezpośrednio lub pośrednio/ brak możliwości eksploatacji jakiegokolwiek części obiektu – całkowite usunięcie wady – 72 godziny, poz. B (poważne wady, powodujące /bezpośrednio lub pośrednio/ ograniczenie możliwości eksploatacji jakiegokolwiek części obiektu – całkowite usunięcie wady – 7 dni, poz. C (pozostałe wady – nie wpływające /bezpośrednio lub pośrednio/ na eksploatacji jakiegokolwiek części obiektu – docelowe usunięcie wady – 14 dni, poz. D (wady w dokumentach Wykonawcy) – usunięcie wady – niezwłocznie.

Termin realizacji przedmiotu zamówienia – 32 miesiące od daty zawarcia umowy (pkt 6 tom I SIWZ) „Czas na ukończenie”. Czas na ukończenie projektów budowlanych, złożenie kompletnych wniosków do decyzji o pozwolenie na budowę i uzyskanie prawomocnej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwolenia na budowę (w ramach czasu na ukończenie) – a) złożenie kompletnych wniosków do decyzji o pozwolenie na budowę – w terminie 9 miesięcy od Daty Rozpoczęcia; b) złożenie kompletnych wniosków do zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w zakresie budowy MOP'ów w kategorii II i III w terminie 8 miesięcy od Daty Rozpoczęcia; c) uzyskanie prawomocnej decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwolenia na budowę w terminie 13 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, d) uzyskanie prawomocnych zezwoleń na realizację inwestycji drogowych w terminie 13 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. (W ramach Formularza 2.1 – załącznik do oferty /dane kontraktowe/).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Jeżeli chodzi o zarzuty dotyczące gwarancji jakości, w ocenie Izby terminy usunięcia wad w poz. A (72 godziny), B (7 dni), C (14 dni) i D (niezwłocznie) są do przyjęcia i nie

stanowią podstawy do określenia zamówienia mianem świadczenia niemożliwego. Poza tym, są uzasadnione charakterem inwestycji. Przedłużenie terminu końcowego oraz terminów pośrednich o 3 miesiące nie jest zasadne. Drugi Odwołujący nie wykazał, tak wskazane terminy realizacji poszczególnych etapów inwestycji m.in. 13 miesięcy na uzyskanie pozwolenia na budowę, jak i terminy usunięcia wad w poz. A, B, C i D, kreują świadczenie o charakterze niemożliwym, Izba nie neguje złożoności i poziomu skomplikowania inwestycji „zaprojektuj”, „wybuduj”, jak także trudności, które bezsprzecznie zaistnieją w toku realizacji, jednakże Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że jest gotów ponieść wszelkie koszty z tym związane, a wynikające z ryzyka zaistnienia takich, czy innych trudności. Izba w tym zakresie przywołuje także stanowisko Zamawiającego z rozprawy, który na przykładzie dotychczas realizowanych inwestycji wskazał, że średni czas na uzyskanie pozwolenia na budowę to 10 do 12 miesięcy. Powyższe stanowisko, Izba uznała za wiarygodne biorąc pod uwagę wiedzę i doświadczenie Zamawiającego w tym zakresie, wynikające z jego charakteru.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 387 § 1 kc w zw. z art. 14 Pzp poprzez narzucenie technologii wykonania nawierzchni, która jest niemożliwa do zastosowania na części trasy (łącznicach), w ocenie Izby nie został potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający określił w pkt 2.3.2.5 PFU (str.132), że nawierzchnia na łącznicach węzłów drogowych zostanie wykonana z betonu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Względem zarzutu piątego bazującego na technologii wykonania nawierzchni do zastosowania na łącznicach, określonej przez Zamawiającego, w ocenie Izby konieczności zmiany technologii z betonowej na bitumiczną (na łącznicach), Izba nie jest władna rozstrzygnąć w sposób generalny. Nie jest bowiem właściwa do stwierdzenia która technologia jest korzystniejsza, w tej mierze konieczne są wiadomości specjalne. Żadna ze stron nie złożyła formalnego wniosku o powołanie biegłego w tym zakresie. Poza tym, wybór technologii należy do prerogatyw Zamawiającego. Z kolei drugi Odwołujący przyznał, że po ułożeniu łącznice w technologii betonowej są trwalsze od bitumicznej. Zasadnie podnosił Zamawiający na rozprawie, że technologia nawierzchni betonowej jest trudniejsza do realizacji, ale nie jest niewykonalna. Izba wskazuje również, że drugi Odwołujący, jak sam przyznał w fazie projektowania może w porozumieniu z Zamawiającym, z odpowiednim wyprzedzeniem, zwiększyć promień łącznic. Izba opinie złożoną przez Zamawiającego, uznała za oświadczenie strony, czyli dokument prywatny.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10, sygn. akt: KIO 1727/10:

Izba także, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1725/10, sygn. akt: KIO 1727/10 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 i 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b (w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10) oraz o § 6 i 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a (w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10) 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). Izba uznała wniosek pełnomocnika Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1725/10 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1727/10 nie składał wniosków kosztowych.

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....