

Sygn. akt: KIO 2120/21

KIO 2128/21

WYROK

z dnia 17 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2021 r. przez:

- wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** (KIO 2120/21),
- wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** (KIO 2128/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie** przy udziale wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2128/21

przy udziale wykonawcy **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2120/21

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2120/21 oraz KIO 2128/21

przy udziale wykonawcy **Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2120/21 oraz KIO 2128/21

orzeka:

- 1. Oddala oba odwołania.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2120/21 obciąża wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.
3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2128/21 obciąża wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Rzeszowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Babica (bez węzła) – Jawornik długości około 11,6 km*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”, z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 127-335663.

W dniu 15 lipca 2021 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2120/21), zarzucając Zamawiającemu:

A. 1. Naruszenie art. 433 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 f ust. 3 ustawy o szczególnych zasadach przygotowywania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, w zw. z art. 124 ust. 4 w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami, w zw. z § 43 rozporządzenia w sprawie wyceny nieruchomości i sporządzania operatu szacunkowego:

- przez przerwienie na wykonawcę w specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, obowiązku uzgodnienia i pokrycia kosztów odszkodowań z tytułu ograniczeń w korzystaniu z nieruchomości w zakresie poniesionych przez właścicieli nieruchomości szkód (pieniężne wyrównanie zniszczeń), pomimo że takie ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości spowodowane inwestycją Zamawiającego objętą zamówieniem stanowią okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający;

- przez żądanie zawarcia ugód przez wykonawcę z właścicielami nieruchomości w zakresie odszkodowań należnych właścicielom nieruchomości z tytułu ograniczeń w korzystaniu z nieruchomości, pomimo braku w ustawie o gospodarce nieruchomościami uprawnienia do zawarcia takich ugód przez wykonawcę, bez przeprowadzenia wymaganego ustawą o gospodarce nieruchomościami postępowania administracyjnego w przedmiocie ustalenia odszkodowania z wyceną rzeczoznawcy majątkowego,

- przez żądanie od wykonawcy uzyskiwania oświadczeń od właścicieli nieruchomości, w stosunku do których to nieruchomości zezwolenie na realizację inwestycji drogowej, dalej „decyzja ZRID”, wprowadziła ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości w zakresie zaspokojenia wszelkich roszczeń z tytułu „czasowego zajęcia” nieruchomości, bez przeprowadzenia wymaganego ustawą o gospodarce nieruchomościami postępowania administracyjnego w przedmiocie ustalenia odszkodowania z wyceną rzeczoznawcy majątkowego,
- przez żądanie od wykonawcy przywrócenia nieruchomości w stosunku do których decyzja ZRID wprowadziła „ograniczenia w korzystaniu” – „do stanu poprzedniego”, pomimo iż nie jest to w całości możliwe z uwagi na konieczność dokonania wynikających z decyzji ZRID robót budowlanych polegających na: wycięciu drzew, dokonaniu wyburzeń, zniszczeniu istniejących nasadzeń, zniszczeniu istniejących trawników etc.,
- przez żądanie zawierania przez wykonawcę z właścicielami nieruchomości ugód w przedmiocie odszkodowania za małe wyłączenie skutkujących pozbawienie obywateli, których prawo własności, czy prawo użytkowania wieczystego doznało ograniczeń w korzystaniu z nieruchomości prawa do wypłaty, w wyniku postępowania administracyjnego „słusznego odszkodowania”, a także prawa do kontroli instancyjnej przedmiotowego postępowania administracyjnego.

2. naruszenie art. 7 Konstytucji, art 6 kpa, art. 20 pkt 3,17,18 ustawy o drogach publicznych, art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego przez przerzucenie na wykonawcę publicznoprawnego obowiązku ustalenia w postępowaniu administracyjnym i pokrycia kosztów odszkodowań z tytułu ograniczeń w korzystaniu z nieruchomości w zakresie poniesionych przez właścicieli nieruchomości szkód (pieniężne wyrównanie zniszczeń) spowodowanych przez publiczną inwestycję drogową, które to obowiązki należą do zadań własnych odpowiednich organów administracji publicznej i nie mogą być przerzucane na podmioty prywatne.

3. naruszenie art. 103 ust. 2 w zw. z art. 103 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 1129) przez wprowadzenie do programu funkcjonalno-użytkowego, dalej „PFU”, a także do Wzorcowych Warunków Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, dalej „WWIORB”, postanowień niemających związku z przedmiotem zamówienia na roboty budowlane, a wymuszających na wykonawcy wypłatę odszkodowań tytułem „ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości”.

4. naruszenie art. 32 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo budowlane oraz § 19 pkt 2 rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego przez brak zapewnienia przez Zamawiającego dostępu do placu budowy i brak prawa Zamawiającego do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane – w zakresie w jakim Zamawiający żąda od wykonawcy uregulowania z właścicielami nieruchomości, w stosunku do których decyzja ZRID wprowadza „ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości” odszkodowań za „poniesione szkody”.

5. naruszenie art. 99 ust.1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez wprowadzenie do PFU, a także WWIORB, obowiązków wykonawcy nie mających związku z przedmiotem zamówienia na roboty budowlane, a wymuszających na wykonawcy wypłatę odszkodowań dla osób trzecich tytułem spowodowanego przez Zamawiającego „ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości”, których oszacowanie w ofercie wykonawcy nie jest możliwe, co skutkuje tym, iż opis przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, nie uwzględnia istotnych wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w postępowaniu nie zostały zachowane zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

B. 1. Naruszenie art. 16 w zw. z art. 99 ustawy Pzp przez brak ukształtowania treści SWZ w pkt 2.1.7 PFU (Zjazdy z dróg) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców przez przerzucenie na wykonawcę kosztów zapewnienia służebności gruntowych w przypadku braku możliwości technicznych wykonania zjazdu, co skutkuje brakiem możliwości prawidłowej wyceny ofert.

2. Naruszenie art. 103 ust. 2 w zw. z art. 103 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z §19 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego przez wprowadzenia do PFU wymagań, które nie stanowią stawianych inwestycji wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych zatem nie stanowią elementu PFU, a są elementem dostępu do placu budowy, który jak wynika z §19 pkt 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego jest objęty oświadczeniem Zamawiającego o dysponowaniu nieruchomością na cele budowlane.

C. Naruszenie art. 16 w zw. z art. 99 ustawy Pzp przez brak ukształtowania treści SWZ w PFU w pkt 1.1.3.10 [Sieci i infrastruktura niezwiązana z drogą] w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie

wykonawców przez przerwienie na wykonawcę kosztów nie opisanej przez zamawiającego w SWZ identyfikacji i rozpoznania oraz usunięcia kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną sieci uzbrojenia terenu.

D. Naruszenie art. 16 w zw. z art. 99 ustawy Pzp przez brak ukształtowania treści SWZ PFU w pkt 2.1.9 (Odwodnienie) w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców poprzez zobowiązanie wykonawcy do wykonania w ramach Kontraktu „analizy kosztów budowy i 20 letniego utrzymania dla 2 rozwiązań odprowadzenia wód, w tym jednego bez zastosowania przepompowni oraz zarekomendowania rozwiązania w oparciu o ww. analizy”.

E. Naruszenie art. 16 w zw. z art. 99 ustawy Pzp przez brak ukształtowania treści SWZ w pkt 2.1.17.22.2 PFU w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców poprzez wskazanie, iż długość pasów włączania i wyłączania zostanie ustalona na podstawie zaleceń Zarządcy drogi wynikające z odniesienia się do Audytu BRD, nie będzie jednak mniejsza niż wynika to z obowiązujących przepisów prawa.

F. Naruszenie art. 16 w zw. z art. 99 ustawy Pzp przez brak ukształtowania treści SWZ w pkt 1.1.3.6 PFU, opisującym Procedurę Zmiany, dotyczącą ekranów akustycznych, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców przez wykluczenie procedury zmiany ilości zabezpieczeń akustycznych oraz konieczność bezwzględnego wprowadzenia rozwiązań decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, dalej „DŚU”, przez wykonawcę w przypadku jakichkolwiek zastrzeżeń organu, wniesionych pisemnie w formie m.in. wezwania lub postanowienia w ramach postępowania dotyczącego ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

G. Naruszenie art. 16 w zw. z art. 99 ustawy Pzp przez brak ukształtowania treści SWZ w pkt 2.1.4 oraz w pkt 1.1.3.6 PFU w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców przez żądanie uwzględnienia w ofercie kosztów „porealizacyjnej” budowy ekranów (zgodnie z treścią punktu 1.1.3.6), których w żaden sposób nie można określić na etapie sporządzenia oferty, który jest sprzeczny z punktem 2.1.4, gdzie w zakresie kosztów „porealizacyjnej” budowy ekranów wskazano, iż będą mieć zastosowanie Warunki Kontraktu.

H. Naruszenie art. 16 w zw. z art. 99 ustawy Pzp przez brak ukształtowania treści SWZ w pkt 1.1.1 (Charakterystyczne parametry określające zakres Robót) oraz w pkt 1.1.3.2 (Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren) PFU w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także umożliwiający zachowanie uczciwej

konkurencji i równe traktowanie wykonawców przez brak określenia maksymalnego wymiaru długości/szerokości infrastruktury dla pieszych i rowerzystów, który należy ująć w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej (punkt 1.1.3.2) oraz przez uzależnienie zakresu tej infrastruktury (w tym długość i szerokość) od uzyskanych uzgodnień.

I. Naruszenie art. 16 w zw. z art. 99 ustawy Pzp przez brak ukształtowania treści SWZ w pkt 1.1.3.2 (Węzły i łącznice, przejazdy, inne drogi oraz dodatkowe jezdnie obsługujące przyległy teren) PFU w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a także umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców przez brak określenia maksymalnego wymiaru innych dróg niż droga ekspresowa który należy ująć w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ w sposób określony w odwołaniu.

W dniu 15 lipca 2021 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej „Odwołujący, wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2128/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 121 pkt 1 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz art. 99 ust. 4, art. 16 i 17 PZP przez nieuzasadnione, naruszające zasadę uczciwej konkurencji zastrzeżenie przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę zadań – robót mostowych w zakresie robót betonowych, które nie mają charakteru kluczowych,
2. art. 5, art. 353¹ i art. 387 kc w związku z art. 8 ust. 1 i art. 134 ust. 1 pkt 6 PZP przez wyznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, w tym terminów wykonania Kamieni Milowych w sposób sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, prowadzący do nadużyć prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie niemożliwym i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego,
3. § 15, § 18 ust. 2 pkt 1 i 2, ust. 3 pkt 1, ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w zw. z art. 103 ust. 4, art. 103 ust. 2 i 3 i art. 31 ust. 4 PZP oraz w zw. z art. 97 ustawy z 11.09.2019 r. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wskazane w tych przepisach wymogi i pozwalający na ustalenie zakresu, a także kosztów prac związanych z koniecznością uzyskania nowej decyzji DŚU (lub zmiany istniejącej decyzji), a w konsekwencji naruszenie:

4. art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 PZP przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ”, w sposób uwzględniający wymogi tych przepisów, a tym samym zaniechanie sporządzenia OPZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej, porównywalnej oferty, a tym samym dokonanie tego opisu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,

w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1 – 4 naruszenie:

5. art. 99 ust. 4 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3, art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością w szczególności wobec: a) nieuprawnionego zastrzeżenia do osobistego wykonania zakresu prac betonowych w ramach robót mostowych, b) ustalenia niemożliwych do dotrzymania terminów wykonania zamówienia, c) zaniechania opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiającą oszacowanie rozmiaru i kosztu prac.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ w sposób określony w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących przystąpili:

- w sprawie o sygn. akt KIO 2120/21: Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

- w sprawie o sygn. akt KIO 2128/21: Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Infrastruktura Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Pismami z 12 sierpnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o oddalenie obu odwołań. Przystępujący Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie złożył pismo procesowe 12 sierpnia 2021 r., wnosząc o oddalenie odwołań w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż oba odwołania zasługują na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień specyfikacji warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi w zakresie treści SWZ, modyfikacji SWZ. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, piśmie procesowym przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 sierpnia 2021 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniach czynności.

Dalej, Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2120/21

Zarzut Ad A

- 1. Podstawa prawna ustalenia i wypłaty odszkodowań z tytułu „ograniczeń w korzystaniu z nieruchomości”*
- 2. Brak podstawy prawnej do przeniesienia na Wykonawcę obowiązku zapłaty odszkodowań z tytułu ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości.*

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że na podstawie postanowień zawartych w SWZ przerzuca obowiązek wypłaty, a tym samym koszty odszkodowań należnych na podstawie art. 11 f ust. 3 ustawy o szczególnych zasadach przygotowywania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych w zw. z art.124 ust. 4 w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami w zw. z § 43 rozporządzenia w sprawie wyceny nieruchomości i sporządzania operatu szacunkowego z tytułu ograniczeń w

korzystaniu z nieruchomości zwanych „małym wywłaszczeniem” w zakresie poniesionych przez właścicieli nieruchomości szkód (pieniężne wyrównanie zniszczeń) na wykonawcę.

Izba ustaliła, że pkt 1.2.3.2 ppkt 2 PFU stanowi, że Wykonawca odpowiada za przywrócenie nieruchomości do stanu pierwotnego po wykonaniu prac wynikających z czasowych ograniczeń w korzystaniu z nieruchomości i ponosi wszelkie koszty z tym związane. W przypadku braku możliwości przywrócenia nieruchomości do stanu pierwotnego Wykonawca jest zobowiązany do pokrycia kosztów odszkodowań z tytułu szkód powstałych na nieruchomości, wynikających z wykonania robót objętych czasowymi ograniczeniami w korzystaniu z nieruchomości w wysokości uzgodnionej przez Wykonawcę z właścicielem tej nieruchomości lub ustalonej przez właściwe organy administracji publicznej (wraz z kosztami ustalenia wysokości odszkodowania). Na potwierdzenie zaspokojenia roszczeń właściciela nieruchomości z tytułu przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego Wykonawca odbierze od właściciela oświadczenie wskazane w załączniku nr 5 SP30.20.00. Zamawiający ponosi jedynie koszty wynikające z powstania trwałego ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości na skutek wybudowania i pozostawienia na nieruchomości infrastruktury technicznej. Dodatkowo Zamawiający ponosi koszt odszkodowania za budynki nieprzeznaczone do dalszego użytkowania, które znajdują się w części w docelowym pasie drogowym. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie szkody wyrządzone swoim działaniem na nieruchomościach znajdujących się poza terenem objętym ograniczeniem sposobu korzystania z nieruchomości.

W Załączniku nr 5 SP30.20.0. jest: *Niniejszym oświadczam, że Wykonawca prac budowlanych... wypłacił mi odszkodowanie z tytułu czasowego zajęcia części mojej nieruchomości oznaczonej jako działka nr ..., położonej w obrębie ...gmina....zajętej pod przebudowę ... Odszkodowanie to zaspokaja moje wszelkie roszczenia względem Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, z tytułu czasowego zajęcia wyżej opisaney nieruchomości, na podstawie decyzji nr Wojewody z dniar. znak....udzielającej zezwolenia na realizację inwestycji pn. której nadano rygor natychmiastowej wykonalności.*

W WWIORB Wymagania ogólne DM 00 00 00 pkt 1.6.9 wskazano: *b) Informację o przywróceniu nieruchomości do stanu pierwotnego bądź braku takiej możliwości wraz z podaniem przyczyny (np. wskutek umieszczenia nowego urządzenia infrastruktury technicznej) oraz opisania ilości i rodzaju Robót wraz z dokumentacją fotograficzną. c) Pozyskania przez Wykonawcę oświadczenia właścicieli działek o braku roszczeń z tytułu zniszczeń w naniesieniach i nasadzeniach. Wykonawca pokryje koszty odszkodowań z tytułu czasowego zajęcia oraz zniszczeń i szkód powstałych na skutek działań Wykonawcy na działkach poza projektowanym pasem drogowym. Wykonawca uzgodni z właścicielami*

terenu i szczegółowy sposób realizacji Robót przy założeniu doprowadzenia po Robotach do stanu pierwotnego.

Zgodnie z art. 11 f ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowywania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych *decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zawiera w szczególności: 1) wymagania dotyczące powiązania drogi z innymi drogami publicznymi, z określeniem ich kategorii; 2) określenie linii rozgraniczających teren, w tym określenie granic pasów drogowych innych dróg publicznych w przypadku gdy wniosek, o którym mowa w art. 11d, zawiera określenie granic tych pasów; 3) warunki wynikające z potrzeb ochrony środowiska, ochrony zabytków i dóbr kultury współczesnej oraz potrzeb obronności państwa; 4) wymagania dotyczące ochrony uzasadnionych interesów osób trzecich; 5) zatwierdzenie podziału nieruchomości, o którym mowa w art. 12 ust. 1; 6) oznaczenie nieruchomości lub ich części, według katastru nieruchomości, które stają się własnością Skarbu Państwa lub właściwej jednostki samorządu terytorialnego; 7) zatwierdzenie projektu zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego; 8) w razie potrzeby inne ustalenia dotyczące: a) określenia szczególnych warunków zabezpieczenia terenu budowy i prowadzenia robót budowlanych, b) określenia obowiązku budowy i okresu użytkowania tymczasowych obiektów budowlanych, c) określenia obowiązku i terminów rozbiórki istniejących obiektów budowlanych nieprzewidzianych do dalszego użytkowania oraz tymczasowych obiektów budowlanych, d) określenia szczegółowych wymagań dotyczących nadzoru na budowie, e) obowiązku budowy lub przebudowy sieci uzbrojenia terenu, f) obowiązku budowy lub przebudowy urządzeń wodnych lub urządzeń melioracji wodnych szczegółowych, g) obowiązku budowy lub przebudowy innych dróg publicznych, h) obowiązku budowy lub przebudowy zjazdów, i) określenia ograniczeń w korzystaniu z nieruchomości dla realizacji obowiązków, o których mowa w lit. b, c oraz e-h, j) zezwolenia na wykonanie obowiązków, o których mowa w lit. b, c oraz e-h.*

Zgodnie z ust. 2 art. 11 f ww. ustawy *do ograniczeń, o których mowa w ust. 1 pkt 8 lit. i, przepisy art. 124 ust. 4-7 i art. 124a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2020 r. poz. 65, 284, 471 i 782) stosuje się odpowiednio.*

Zgodnie zaś z art. 124 ust. 4 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami *na osobie lub jednostce organizacyjnej występującej o zezwolenie ciąży obowiązek przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego, niezwłocznie po założeniu lub przeprowadzeniu ciągów, przewodów i urządzeń, o których mowa w ust. 1. Jeżeli przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego jest niemożliwe albo powoduje nadmierne trudności lub koszty, stosuje się odpowiednio przepis art. 128 ust. 4.*

Stosownie do art. 128 ust. 4 ww. ustawy odszkodowanie przysługuje również za szkody powstałe wskutek zdarzeń, o których mowa w art. 120 i 124-126. Odszkodowanie powinno odpowiadać wartości poniesionych szkód. Jeżeli skutek tych zdarzeń zmniejszy się wartość nieruchomości, odszkodowanie powiększa się o kwotę odpowiadającą temu zmniejszeniu.

W tym miejscu należy wskazać, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj. To przyszły wykonawca będzie autorem projektu budowlanego i zdecyduje o przebiegu planowanej inwestycji, a także zakresie (terytorialnym i czasowym) dokonanego czasowego zajęcia cudzych nieruchomości. Dopiero bowiem w projekcie budowlanym, a następnie w decyzji ZRID, zatwierdzającej ten projekt, określa się przebieg inwestycji, jak i związaną z nią przebudowę infrastruktury na cudzych nieruchomościach, jak również zakres uszczuplenia władztwa właściciela.

Zgodnie z pkt 1.2.3.2 pkt 2 PFU obowiązkiem wykonawcy jest przywrócenie nieruchomości do stanu pierwotnego, co jest zgodne z art. 124 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Gdy przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego jest niemożliwe albo powoduje nadmierne trudności lub koszty, stosuje się odpowiednio art. 128 ust. 4 ww. ustawy. Dopiero w sytuacji nieprzywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego, właścicielowi lub użytkownikowi wieczystemu przysługiwać będzie odszkodowanie, które powinno odpowiadać wartości poniesionych szkód.

Reasumując, to od wykonawcy zależy rozmiar szkód powstałych na nieruchomości i czas trwania zajęcia. Jak słusznie zauważył Zamawiający, powiązanie ekonomicznego ciężaru odpowiedzialności za przywrócenie stanu poprzedniego, a w dalszej kolejności za naprawienie szkód na nieruchomościach osób trzecich, wynikające z przyjętych rozwiązań projektowych i sposobu wykonania robót w tymże układzie sytuacyjnym ma na celu zapobieżenie nieuzasadnionemu, nadmiernemu czy też nieracjonalnemu wykorzystywaniu zajętych przez wykonawcę nieruchomości. Ponadto, uzasadniony interes właściciela nieruchomości wymaga, aby przebieg planowanej inwestycji był dla jego nieruchomości jak najmniej uciążliwy, a zakres ingerencji inwestora w prawa właściciela nieruchomości sprowadzony do niezbędnego minimum (wyrok WSA w Olsztynie z dnia 3 grudnia 2009 r., sygn. akt II SA/OI 927/09, wyrok WSA w Łodzi z dnia 29 października 2008 r., sygn. akt II SA/Łd 315/08). Dodatkowo, to wybrany wykonawca, nie zaś Zamawiający jest do czasu odbioru zadania inwestycyjnego posiadaczem placu budowy (w tym nieruchomości objętych zezwoleniem na czasowe korzystanie), a zatem nie sposób wyobrazić sobie możliwości zrealizowania przez inwestora obowiązku przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego (co powinno nastąpić niezwłocznie po zakończeniu robót).

2. Brak uprawnienia wynikającego z ustawy o gospodarce nieruchomościami do zawarcia ugody przez Wykonawcę robót w właścicielu nieruchomości

Odwołujący podnosił, że wbrew oczekiwaniom Zamawiającego art. 124 ust. 4-7 w zw. z art. 128 ust. 4 ww. ustawy, stanowiący podstawę wypłaty odszkodowania za ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości nie przewiduje uprawnienia do zawarcia ugody przez wykonawcę robót z właścicielem nieruchomości.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, że postanowienia PFU nie dają podstawy do stwierdzenia, iż Zamawiający oczekuje od wykonawcy „zawierania ugód” z właścicielami nieruchomości w zakresie należnych im odszkodowań, ale przywrócenia zajętych nieruchomości do stanu poprzedniego. Dopiero zaś w przypadku zaistnienia przesłanek uzasadniających przyznanie odszkodowania właścicielowi nieruchomości przewiduje, że koszt ten pokryje wykonawca. W takiej sytuacji zobowiązany będzie on jednocześnie do odebrania od właściciela oświadczenia, zgodnie z treścią zawartą w załączniku nr 5 do SP30.20.0.

Równocześnie Zamawiający wyjaśnił, że z dotychczasowej praktyki przy prowadzeniu tożsamyh postępowań wynika, iż organ administracji, po oszacowaniu wartości szkód przez rzeczoznawcę majątkowego uwzględnia wartość odszkodowania już otrzymanego przez właściciela nieruchomości wskutek rozliczeń z danym podmiotem. W konsekwencji objęta decyzją administracyjną, której adresatem jest w każdym przypadku inwestor, kwota odszkodowania należnego właścicielowi odpowiada wyłącznie zakresowi szkody, który nie został wyrównany przez wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia.

3. Brak możliwości przywrócenia przez wykonawcę nieruchomości do stanu poprzedniego zgodnie z potocznym rozumieniem tego nakazu

Odwołujący podnosił, że nie ma podstaw faktycznych, aby Zamawiający przyjmował, że wykonawca robót budowlanych będzie miał realną możliwość przywrócenia nieruchomości do stanu, w jakim była przed rozpoczęciem wykonywania robót budowlanych, bowiem wykonawca na zlecenie inwestora wykonał i pozostawił w nieruchomości infrastrukturę techniczną, a wykonanie przedmiotowej infrastruktury wymagało od wykonawcy dokonania wyburzeń, czy wycięcia istniejących nasadzeń, zniszczenia trawników, ogrodzeń. W przypadku każdej nieruchomości nie będzie możliwości przywrócenia jej do stanu poprzedniego w literalnym znaczeniu tego słowa.

Należy wskazać, że w ramach pojęcia „czasowego ograniczenia korzystania z nieruchomości” nie mieści się przywrócenie do stanu poprzedniego nieruchomości w zakresie w jakim zostaną dokonane nieodwracalne zmiany. Niemniej, w przypadku szeregu

robót wykonywanych w ramach czasowego zajęcia jest możliwe przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego.

Powyższe potwierdza stanowisko doktryny, cytowane również przez Zamawiającego w piśmie procesowym, *Przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego należy zatem odnieść do stanu sprzed realizacji inwestycji, ale z uwzględnieniem zaistnienia na nieruchomości urządzeń, przewodów lub ciągów, które stanowią dopuszczalną zmianę wynikłą z decyzji zezwalającej na ich założenie. Przywrócenie stanu poprzedniego będzie zatem polegać na odtworzeniu takiego stanu zagospodarowania nieruchomości, w tym zabudowy, zadrzewienia, zakrzewienia oraz struktury gleby, jaki występował przed realizacją inwestycji, ale z uwzględnieniem pozostawienia na nieruchomości powstałych w wyniku realizacji inwestycji urządzeń, przewodów i ciągów. W zależności więc od rodzajów zmian, jakich dokonano na zajętych nieruchomościach, różny będzie zakres działań zmierzających do przywrócenia stanu poprzedniego, w szczególności obejmuje to odtworzenie zniszczonych dróg, chodników, murów, nasadzenie roślin (drzew, krzewów, trawników, kwiatów). Odtworzenie powinno być dokonane z uwzględnieniem stosowanych pierwotnie materiałów i technik. W przypadku umieszczenia urządzeń pod powierzchnią winny zostać zasypane według reguł sztuki rekultywacyjnej, tak aby uniknąć lejów depresyjnych oraz zapadlisk, ale w taki sposób aby zachować możliwie najbardziej zbliżone walory użytkowe tego odcinka, który był przedmiotem prac ziemnych (np. umożliwienie kontynuowania zasiewów nad urządzeniem). W przypadku urządzeń znajdujących się na powierzchni gruntu czy nad nią, przywrócenie stanu poprzedniego obejmuje usunięcie tymczasowych urządzeń konstrukcyjnych służących do umieszczenia urządzenia nad gruntem (np. rusztowań, warsztatów, kiosków), ale także likwidację dróg dojazdowych wykonanych na czas robót, kolein i innych śladów ingerencji. (P. Wojciechowski, Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, red. P. Czechowski, Warszawa 2015, art. 124).*

4. Powierzenie Wykonawcy wypłaty odszkodowań za „ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości” wynikające z decyzji ZRID jako zamówienie publiczne na roboty budowlane

Odwołujący podnosił, że zapłata odszkodowań nie stanowi ani usługi, ani roboty budowlanej ani dostawy, a zatem nie może być objęta zamówieniem publicznym. Dodatkowo wypłata odszkodowań nie stanowi stawianych inwestycji wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych, zatem nie stanowi elementu PFU.

Zgodnie z art. 7 pkt 32 ustawy Pzp przez pojęcie zamówienia publicznego rozumie się umowę odpłatną zawieraną pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub

usług. Definicja ta podkreśla cel zamówienia jako umowy zorientowanej na wykonanie zadania, które może określać szereg obowiązków spoczywających na wykonawcy, niezbędnych do realizacji inwestycji i mieszczących się w pojęciu robót budowlanych. Ponadto, zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 5 października 2000 r. w sprawie *C-16/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej* definicja roboty budowlanej powinna być rozpatrywana w kontekście funkcji technicznej i gospodarczej rezultatu robót budowlanych.

Zgodnie z art. 103 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, 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.

Stosownie do §18 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 1129) część opisowa programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje opis ogólny przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z §18 ust. 3 pkt 1 ww. rozporządzenia wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia należy określić, podając, odpowiednio w zależności od specyfiki obiektu budowlanego, wymagania dotyczące przygotowania terenu budowy.

W związku z powyższym Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że celem zakończenia etapu polegającego na przygotowaniu terenu budowy i uprawnionego rozpoczęcia prac niezbędne jest uregulowanie wszelkich roszczeń właścicieli (użytkowników wieczystych) zajętych nieruchomości. Zatem, postanowienia PFU mieszczą się w dyspozycji ww. przepisów rozporządzenia, wbrew twierdzeniom Odwołującego.

5. Brak możliwości wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawców

Odwołujący podnosił, że nie jest możliwe wycenienie pozycji wypłaty odszkodowań z tytułu czasowego zajęcia nieruchomości w wysokości uzgodnionej przez wykonawcę z właścicielami nieruchomości.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Ponownego przypomnienia wymaga, że postępowanie prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj. To wykonawca, będąc autorem projektu budowlanego, winien zaproponować określone rozwiązania projektowe (np.

w zakresie sposobu usunięcia kolizji sieci uzbrojenia terenu), tym samym również jest niejako zmuszony posiadać wiedzę co do zakresu niezbędnej ingerencji w cudze nieruchomości, w szczególności, iż istnieje możliwość zapoznania się przez każdego z uczestników postępowania ze stanem i sposobem zagospodarowania nieruchomości przed złożeniem oferty.

Ponadto, biorąc pod uwagę obowiązujące zasady ustalania wysokości odszkodowania przez rzeczoznawców majątkowych (§ 43 rozporządzenia Rady Ministrów z 21 września 2004 r. w sprawie wyceny nieruchomości i sporządzania operatu szacunkowego), nie ma żadnych przeszkód, aby oszacować wartości ewentualnego odszkodowania, mającego zrekompensować szkody „zaplanowane do wyrządzenia” na cudzych nieruchomościach w celu realizacji zamówienia.

6. Obowiązek inwestora dysponowania nieruchomością na cele budowlane

Odwołujący podnosił, że żądanie od wykonawcy uregulowania z właścicielami nieruchomości, w stosunku do których decyzja ZRID wprowadza ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości odszkodowań za „czasowe zajęcia”, „poniesione szkody” wynikające z realizacji robót budowlanych stanowi naruszenie art. 32 ust.2 pkt 2 ustawy Prawo budowlane przez brak zapewnienia dostępu do placu budowy i dysponowania nieruchomościami koniecznymi celem prawidłowego wykonania inwestycji na cele budowlane.

Prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane jest kreowane na mocy decyzji ZRID, którą zgodnie z założeniami kontraktu, w imieniu Zamawiającego, obowiązany jest uzyskać wykonawca, na mocy udzielonego mu pełnomocnictwa. Kwestia uregulowania z właścicielami roszczeń będących konsekwencją czasowego zajęcia na mocy decyzji ZRID dotyczy zdarzeń zaistniałych po wykonaniu robót budowlanych, realizowanych przez wykonawcę na udostępnionym mu placu budowy. Ponadto, Zamawiający nakłada na wykonawcę jedynie obowiązek zapłaty odszkodowania w przypadku nieprzywrócenia nieruchomości do „stanu poprzedniego”, o którym była już mowa powyżej.

7. Odwołujący podnosił także, że Zamawiający pozbawia właścicieli (użytkowników wieczystych) nieruchomości możliwości dochodzenia odszkodowania przed organami administracji.

Z powyższym zarzutem nie sposób się zgodzić, abstrahując już od braku wypełnienia przesłanki materialno-prawnej, tj. posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, w szczególności w kontekście szkody wykonawcy oraz braku wskazania naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub

miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Pojęcie zarzutu w postępowaniu odwoławczym nie posiada definicji ustawowej, jednak orzecznictwo wypracowało pogląd, zgodnie z którym zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy w związku z dokonaną przez niego czynnością lub zaniechaniem czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Zaskarżeniu, mogą podlegać tylko niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W konsekwencji naruszenie przepisów odrębnych ustaw nie może stanowić samodzielnego zarzutu odwołania.

Ponadto, zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, należy wykazać się zarówno posiadaniem interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO z 24 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1609/18 celem postępowania odwoławczego nie jest zapewnienie zgodności czynności zamawiającego z prawem *in abstracto*. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11).

Izba nie znalazła podstawy do stwierdzenia, że jakiegokolwiek z zakwestionowanych postanowień SWZ skutkuje pozbawieniem prawa do otrzymania słusznego odszkodowania, przeprowadzenia postępowania administracyjnego na wniosek danego właściciela czy też do uniemożliwienia instancyjnej kontroli decyzji wydanej w jego wyniku. Tym bardziej, że zgodnie z pkt 1.2.3.2 ppkt 2 PFU *W przypadku braku możliwości przywrócenia nieruchomości do stanu pierwotnego Wykonawca jest zobowiązany do pokrycia kosztów odszkodowań z tytułu szkód powstałych na nieruchomości, wynikających z wykonania robót objętych czasowymi ograniczeniami w korzystaniu z nieruchomości w wysokości uzgodnionej przez Wykonawcę z właścicielem tej nieruchomości lub ustalonej przez właściwe organy administracji publicznej (wraz z kosztami ustalenia wysokości odszkodowania).*

Zarzut ad B.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający przenosi na wykonawcę koszty zapewnienia dostępu nieruchomości do drogi publicznej w przypadku konieczności ponoszenia kosztów za ustanowienia służebności gruntowej, a zatem kosztów opłat notarialnych, wpisów do ksiąg wieczystych, wynagrodzenia na rzecz właściciela nieruchomości obciążonej, jak

również zapewne w przypadku braku zgody właściciela nieruchomości obciążonej, koszty postępowania sądowego (opłat sądowych, zastępstwa procesowego), koszty wynagrodzenia należnego właścicielowi nieruchomości obciążonej. Zdaniem Odwołującego przedmiotowe wymagania nie stanowią stawianych inwestycji wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych, zatem nie stanowią elementu programu funkcjonalno-użytkowego.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2.1.7 PFU W przypadku braku możliwości zapewnienia dostępu działek ewidencyjnych do drogi publicznej w rejonach estakad (z uwagi na trudne uwarunkowania terenowe i brak fizycznej możliwości wybudowania jezdni dodatkowych) alternatywnym sposobem zapewniania dostępu do drogi publicznej może być zapewnienie służebności gruntowej (drogowej). Każde takie rozwiązanie wraz z wszelkimi kosztami w tym wynegocjowanym wynagrodzeniem będzie wymagało uzasadnienia oraz akceptacji Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego. Uznaje się, że wszelkie koszty wynikłe z takiego sposobu rozwiązania nie podlegają odrębnej zapłacie i są uwzględnione w Cenie Oferty.

Przywołane postanowienie referuje do dostępu do drogi publicznej, którego legalna definicja znajduje się w art. 2 pkt 14 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2021 r. poz. 741 z późn. zm.), gdzie wskazano, że przez dostęp do drogi publicznej należy rozumieć bezpośredni dostęp do tej drogi albo dostęp do niej przez drogę wewnętrzną lub przez ustanowienie odpowiedniej służebności drogowej. Ustawodawca przewidział więc dwa rodzaje dostępu do drogi publicznej. Przez dostęp do drogi publicznej należy rozumieć bezpośredni dostęp do tej drogi albo dostęp do niej przez drogę wewnętrzną lub przez ustanowienie odpowiedniej służebności drogowej. Jak wskazał WSA w Warszawie w wyroku z dnia 17 kwietnia 2019 r., sygn. akt VII SA/Wa 2174/18 *Błędny jest pogląd, zgodnie z którym dla oceny czy działka ma pośredni dostęp do drogi publicznej niezbędnym jest, aby dostęp w ramach ustanowionej służebności przechodu i przejazdu spełniał jakiegokolwiek dodatkowe, w tym określone odrębnymi przepisami, warunki techniczne.*

Ponownie należy podkreślić, że przedmiotem zamówienia jest zrealizowanie opisanej w PFU inwestycji drogowej w formule zaprojektuj wybuduj. Wykonawca będąc autorem projektu budowlanego decyduje jakie rozwiązania projektowe ostatecznie przyjmie, z których wynikać będzie konieczność zapewnienia dostępu do drogi publicznej działek sąsiadujących z pasem drogi klasy S. Dopiero w projekcie budowlanym, a następnie w decyzji ZRID zatwierdzającej ten projekt, wskazuje się jednoznacznie i ostatecznie pas drogi klasy S i związanej z tym dostępy do drogi publicznej dla nieruchomości przylegających do pasa drogowego.

Natomiast kwestia zapewnienia dostępu do placu budowy przez Zamawiającego urzeczywistni się dopiero po spełnieniu przez wykonawcę obowiązku uzyskania decyzji ZRID. Powyższe nie stoi w sprzeczności z obowiązkiem wykonawcy zapewnienia dostępu bezpośredniego działek, które podlegają podziałowi, do drogi publicznej, który to dostęp co do zasady będzie miał miejsce w sytuacji, kiedy działka będzie graniczyć z dodatkową jezdnią drogi klasy S lub innej drogi publicznej. Wyjątkiem od tej zasady, w przypadku braku możliwości zapewnienia dostępu działek ewidencyjnych do drogi publicznej w rejonach estakad (z uwagi trudne uwarunkowania terenowe i brak fizycznej możliwości wybudowania jezdni dodatkowych), może być zapewnienie dostępu do drogi publicznej poprzez służebność gruntową, czyli dostęp pośredni.

Reasumując, ustanowienie służebności gruntowej, jest alternatywnym rozwiązaniem w określonym przypadku i sprecyzowanej lokalizacji, i tylko w sytuacji, kiedy dostęp do drogi publicznej nie będzie możliwy z zaprojektowanych przez wykonawcę dodatkowych jezdni drogi klasy S, stanowiących w rozumieniu prawa drogi publiczne. Odnosząc się zaś do kwestii niemożliwości -określenia wynagrodzenia za ustanowienie służebności, w przypadku, gdy wykonawca nie będzie mógł zapewnić dostępu do drogi publicznej, to jak słusznie zauważył Zamawiający, zasady sporządzania tego rodzaju wycen opierają się o powszechnie obowiązujące przepisy prawa i jawne metody wyceny. Zatem, koszt wykonania tak zaprojektowanych rozwiązań może zostać skalkulowany i ujęty w cenie oferty.

Zarzut ad C

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu przerzucenie całkowitego ryzyka i kosztu usunięcia niezidentyfikowanych sieci na wykonawcę, co uniemożliwia prawidłową wycenę oferty i uzyskanie przez Zamawiającego porównywalnych ofert.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 1.1.2.10 PFU *Pełna identyfikacja i rozpoznanie oraz wykonanie usunięcia wszystkich kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną sieci uzbrojenia terenu należy do zadań Wykonawcy.*

Dalej, Izba ustaliła, że modyfikacją SWZ z 11 sierpnia 2021 r. Zamawiający na końcu pkt 1.1.3.10, po zdaniu *Pełna identyfikacja i rozpoznanie oraz wykonanie usunięcia wszystkich kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną sieci uzbrojenia terenu należy do zadań Wykonawcy,* dodał następujący fragment: *W przypadku rozpoznania niezidentyfikowanych kolizji zastosowanie będą miały Warunki Kontraktu.*

Ww. modyfikacja czyni zarzut bezprzedmiotowym, gdyż jak wyjaśnił Zamawiający skutkuje możliwością zachowania przez wykonawcę prawa do przedłużenia Czasu na Ukończenie lub dodatkowej płatności, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, podnosząc jedynie, że ww. modyfikacja nie jest zmianą wnioskowaną przez Odwołującego. Natomiast

niewątpliwie skoro doszło do modyfikacji postanowienia to brak substratu zaskarżenia, a na nową treść przysługiwało wykonawcy prawo do wniesienia odwołania.

Zarzut ad D

Odwołujący zarzucał, że zdanie zawarte w treści PFU pkt 2.1.9 prowadzi do realizacji wariantowego zamówienia, gdzie realizowany wariant będzie zależał od swobodnej decyzji Zamawiającego podjętej w trakcie realizacji zamówienia. Dodatkowo taki opis zamówienia nie spełnia wymagań z art. 99 ustawy Pzp i nie pozwala na jego wycenę.

Izba ustaliła, że zgodnie ze zdaniem z pkt 2.1.9 PFU Wykonawca wykona analizę kosztów budowy i 20 letniego utrzymania dla 2 rozwiązań odprowadzenia wód, w tym jednego bez zastosowania przepompowni oraz zarekomenduje rozwiązanie w oparciu o ww. analizy. Zgodnie z pkt. 1.1 PFU Zamawiający zobowiązał wykonawcę do optymalizacji rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania drogi oraz przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia tych rozwiązań przez Inżyniera i Zamawiającego. W przypadku zastosowania rozwiązań innowacyjnych przed zatwierdzeniem Projektu Budowlanego, należy przedstawić instrukcję utrzymania i przewidywane koszty eksploatacji danego elementu.

Zamawiający wyjaśnił, że wprowadził powyższy obowiązek celem zapobieżenia sytuacji, w której wykonawca przyjmie rozwiązanie będące korzystne jedynie na etapie realizacji zamówienia, podczas gdy na przestrzeni późniejszej eksploatacji dojdzie do sytuacji, w której koszty utrzymania i obsługi urządzeń kilkukrotnie przewyższą koszt ich budowy.

Zgodnie z przytoczonymi postanowieniami PFU w wyniku przeprowadzenia analizy kosztów budowy i 20-letniego utrzymania dla 2 rozwiązań odprowadzenia wód, w tym jednego bez zastosowania przepompowni, wykonawca zarekomenduje Zamawiającemu, konkretne rozwiązanie, które będzie technicznie i ekonomicznie uzasadnione, zarówno na etapie budowy, jak i eksploatacji. Kwestionowane postanowienie nie wskazuje więc, że Zamawiający będzie miał prawo do swobodnego wyboru któregośkolwiek z przedstawionych rozwiązań. Wybór będzie wynikał z przeprowadzonych analiz i będzie rekomendowany przez wykonawcę.

Zarzut ad E

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie opisał w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia, gdyż uzależnił długość pasów wskazanych w pkt 2.1.17.2.2 PFU od Audytu BRD, który odbędzie się w przyszłości, nawet w przypadku jeśli rozwiązanie projektowe będzie zgodne z przepisami prawa. Odwołujący argumentował, że wykonawca na etapie sporządzenia oferty nie jest w stanie przewidzieć, co audytor BRD

wskaże w przyszłości w tym zakresie. Odwołujący żądał dodania postanowienia, że *Jeśli w wyniku zaleceń Zarządcy drogi wynikających z odniesienia się do Audytu BRD nastąpi konieczność zwiększenia długości pasów włączania i wyłączenia, zaprojektowanych zgodnie z obowiązującymi przepisami, to takie zmiany będą procedowane zgodnie z Warunkami Kontraktu w zakresie przedłużenia Czasu na Ukończenie i/lub dodatkowej płatności.*

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2.1.17.2.2 PFU *Długość pasów włączania i wyłączenia zostanie ustalona na podstawie zaleceń Zarządcy drogi wynikające z odniesienia się do Audytu BRD, nie będzie jednak mniejsza niż wynika to z obowiązujących przepisów prawa.* Stosownie do pkt 2.1.22 PFU *Wymagania zarządcy drogi wynikające z Audytu BRD przeprowadzonego na etapie projektowania, na etapie przed oddaniem do ruchu i zapisach decyzji pozwolenia na użytkowanie (warunki w nich zawarte) wynikające z obowiązujących przepisów Prawa, norm bądź Umowy są zobowiązaniami Wykonawcy i zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Zmiany wykraczające poza powyższe będą rozpatrywane zgodnie z Warunkami Kontraktu.*

W związku z powyższym czytając kompleksowo postanowienia PFU Izba uznała, że proponowana przez Odwołującego zmiana została co do zasady unormowana w pkt 2.1.22 PFU, zgodnie z którym, wymagania zarządcy drogi dla wszystkich elementów stanowiących całość zamierzenia inwestycyjnego wynikające z Audytu BRD oraz wynikającego z obowiązujących przepisów prawa, norm bądź umowy, są zobowiązaniami wykonawcy i należy je uwzględnić w cenie oferty. Wymagania Audytu BRD wykraczającego poza powyższe będą rozpatrywane zgodnie z Warunkami Kontraktu, zatem wykonawcy nie muszą tychże ryzyk uwzględniać w cenie oferty, gdyż, z uwzględnieniem przez Zamawiającego zaleceń audytu BRD, wykraczającego poza przepisy prawa, normy i umowę, są one przypisane Zamawiającemu.

Zarzut ad F

Odwołujący podnosił, że Zamawiający formułując postanowienie w pkt 1.1.3.6 ppkt 2 PFU przerzuca ryzyko dodatkowego kosztu i czasu w przypadku zastrzeżeń organu w zakresie ekranów przyjętych w ramach postępowania dotyczącego ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Takie ryzyko zostaje przerzucone na wykonawcę, pomimo iż Zamawiający szczegółowo określił w PFU w jaki sposób należy zaprojektować i wykonać zabezpieczenia akustyczne skutecznie chroniące przed ponadnormatywnym hałasem.

Izba ustaliła, że w pkt 1.1.3.6, Zabezpieczenia akustyczne, PFU, w tabeli 1.3, wskazano powierzchnię ekranów akustycznych pochłaniających - 4516 m². 6 lipca 2021 r. Zamawiający dokonał zmiany powierzchni ekranów akustycznych na 6053 m². Zgodnie z pkt

1.1.3.6. PFU *Dane dotyczące zabezpieczeń o których mowa w tab. 1.3 zostały wskazane na potrzeby wyceny Oferty. Stosownie do pkt 1.1.3.6 PFU Zmiana rodzaju (kolumna 2), ilości (kolumna 3) zabezpieczeń akustycznych, podanych w tab. nr 1.3: 1) jest dopuszczalna wyłącznie na podstawie Procedury Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu, 2) wymaga uzasadnienia w Raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko - jeżeli zawierają zmiany w stosunku do wymagań decyzji środowiskowej. W przypadku zastrzeżeń organu, wniesionych pisemnie w formie m.in. wezwania lub Postanowienia w ramach postępowania dotyczącego ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, Wykonawca jest zobowiązany przywrócić rozwiązania zgodne z DŚU. Przywrócenie rozwiązań z DŚU stanowi ryzyko Wykonawcy i nie ma wpływu na Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową i Czas na Ukończenie.*

Procedury Zmiany jak wyżej nie stosuje się do zmiany ilości zabezpieczeń akustycznych wskazanych w Tabeli nr 1.3 (kolumna 3) w przypadku gdy przedmiotem zmiany jest zmiana powierzchni/objętości całkowitej poszczególnych rodzajów zabezpieczenia do wartości $\pm 10\%$ podanej w Tabeli nr 1.3.

Z powyższego wynika, że wykonawcy winni wycenić ekrany pochłaniające o powierzchni 6053 m² oraz skalkulować ryzyko w postaci zmniejszenia lub zwiększenia liczby ekranów akustycznych do przyjętego progu tolerancji $\pm 10\%$. Zmiana liczby zabezpieczeń akustycznych ponad przyjęty próg tolerancji $\pm 10\%$, nie jest zawarta w cenie oferty (Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej), oraz będzie procedowana zgodnie z Warunkami Kontraktu (Procedura Zmiany).

Zamawiający wyjaśnił, że jeżeli w wyniku przyjętych przez wykonawcę rozwiązań projektowych np. przebiegu wysokościowego trasy (niweleta) zaistnieje konieczność zwiększenia lub zmniejszenia liczby ekranów akustycznych ponad przyjęty próg tolerancji ($\pm 10\%$) to wtedy Cena Kontraktowa zostanie odpowiednio skorygowana w stosunku do Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej. Wykonawca otrzyma dodatkowe wynagrodzenie, jeżeli konieczne będzie wykonanie większej liczby ekranów powyżej progu +10% lub jego wynagrodzenie zostanie pomniejszone, jeżeli liczba ekranów akustycznych określona zostanie poniżej progu -10%.

Zamawiający podnosił także, że w ramach prowadzonych inwestycji dochodzi czasem do sytuacji, w której wykonawca zaprojektuje mniejszą liczbę ekranów niż wynika to z DŚU i nie udowodni tego w sporządzonym przez siebie Raporcie do ponownej oceny przedkładanym do RDOŚ. Z doświadczeń Zamawiającego wynika, że wykonawcy nagminnie optymalizowali zabezpieczenia akustyczne, co skutkowało, po wykonaniu analizy porealizacyjnej, że standardy jakości środowiska w zakresie hałasu były niedotrzymane i

wówczas to Zamawiający musiał ponosić dodatkowe koszty uzupełnienia zabezpieczeń akustycznych, za które już raz zapłacił.

Izba doszła do przekonania, że Zamawiający precyzyjnie określił wymagania w zakresie zabezpieczeń akustycznych (opisując ich rodzaj oraz liczbę), a jeśli na skutek przyjętych przez wykonawcę rozwiązań projektowych oraz wykonanych analiz akustycznych znajdzie konieczność dostosowania liczby zabezpieczeń akustycznych do rozwiązań projektu budowlanego, Zamawiający dopuści zmianę na zasadach opisanych w SWZ.

Zarzut ad G

Odwołujący wskazywał na sprzeczność postanowień w pkt 2.1.4 oraz 1.1.3.6 PFU dotyczących porealizacyjnej analizy skuteczności akustycznej oraz skutków z nią związanych. Ponadto, podnosił, że wymaganiem z pkt 1.1.3.6 PFU przerzucono na wykonawcę ryzyko bliżej nieokreślonego uzupełnienia podczas gwarancji zabezpieczeń akustycznych, tak aby gwarantowały one dotrzymanie norm akustycznych. Ponadto ww. wymaganie jest sprzeczne z określoną w PFU Procedurą Zmiany w zakresie liczby ekranów akustycznych wskazanej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2.1.4 PFU *Wykonawca jest odpowiedzialny za zaprojektowanie skutecznych urządzeń ochrony przed hałasem, których prawidłowe działanie zostanie sprawdzone w ramach analizy porealizacyjnej lub monitoringu porealizacyjnego. W przypadku stwierdzenia niewystarczającej skuteczności zrealizowanych zabezpieczeń, zastosowanie będą miały działania określone w Warunkach Kontraktu.* Stosownie do pkt 1.1.3.6 PFU *Zamawiający uzna zaprojektowane i wybudowane przez Wykonawcę zabezpieczenia akustyczne za skuteczne jedynie w przypadku, gdy wyniki analizy porealizacyjnej lub monitoringu porealizacyjnego potwierdzą dotrzymanie standardów jakości środowiska w zakresie dopuszczalnych poziomów hałasu. W przypadku stwierdzenia braku skuteczności zabezpieczeń akustycznych zrealizowanych na podstawie decyzji ZRID, Wykonawca w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, zobowiązany jest do uzupełnienia zabezpieczeń akustycznych tak aby gwarantowały one dotrzymanie norm akustycznych.*

Modyfikacją SWZ z 11 sierpnia 2021 r. Zamawiający usunął z pkt 2.1.4 następujący fragment: *W przypadku stwierdzenia niewystarczającej skuteczności zrealizowanych zabezpieczeń, zastosowanie będą miały działania określone w Warunkach Kontraktu.*

Zatem, w wyniku wprowadzonej zmiany nie istnieją sprzeczności, na które wskazał Odwołujący, co czyni zarzut w tym zakresie bezprzedmiotowy.

Odnosząc się do dalszej części zarzutu należy wskazać, że zgodnie z ww. postanowieniami Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do zaprojektowania skutecznych

urządzeń ochrony przed hałasem, tj. takich, których wyniki analizy porealizacyjnej lub monitoringu porealizacyjnego potwierdzą ich skuteczność. W takiej sytuacji wykonawca nie będzie zobowiązany do uzupełnienia zabezpieczeń akustycznych, tak aby gwarantowały one dotrzymanie norm akustycznych, a co za tym idzie nie poniesie dodatkowych kosztów. Wykonawca winien więc od razu założyć wykonanie skutecznych zabezpieczeń akustycznych, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego opisanymi w SWZ.

Zamawiający wyjaśnił, że dąży do zabezpieczenia prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż potwierdzenie poprawności realizacji umowy przez wykonawcę w zakresie urządzeń ochrony przed hałasem, może nastąpić dopiero na podstawie wyników analizy porealizacyjnej lub monitoringu porealizacyjnego. Jak słusznie zauważył, dowolność wyboru pozostawiona wykonawcy, nie może dotyczyć negatywnymi skutkami Zamawiającego na etapie eksploatacji, który musiałby ponosić dodatkowe koszty z powodu błędnie zaprojektowanych i wykonanych ekranów akustycznych.

Odnosząc się zaś do Procedury Zmiany należy wskazać, że wykonawca ma możliwość doboru takiej liczby ekranów za dodatkowe wynagrodzenie, aby spełniały one wymagania, które następnie zostaną potwierdzone analizą porealizacyjną. Takie rozwiązanie pozwoli na uniknięcie przyjęcia zbyt oszczędnej liczby ekranów akustycznych.

Zarzut ad H

Odwołujący wskazywał na sprzeczność postanowień PFU w zakresie całkowitej długości infrastruktury dla pieszych i rowerzystów. Podnosił także, że wymagania dotyczące minimalnej długości oraz minimalnej szerokości tej infrastruktury, w połączeniu z uzależnieniem tych parametrów od poczynionych uzgodnień uzyskanych na etapie realizacji nie stanowią jednoznacznego opisu zamówienia, co narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uzupełnienie wymagań Zamawiającego o wskazanie maksymalnego wymiaru długości/szerokości infrastruktury dla pieszych i rowerzystów, który należy ująć w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Wnosił o określenie powyższego w analogiczny sposób jak to opisał Zamawiający w przypadku Procedury Zmiany w punkcie 1.1.3.6 Zabezpieczenia akustyczne, gdzie podano zakres procentowy ujęty w Cenie Kontaktowej, przekroczenie którego skutkuje Poleceniem Zmiany.

Izba ustaliła, że w pkt 1.1.1 PFU wskazano charakterystyczne parametry określające zakres robót, w tym *budowę lub/i przebudowę infrastruktury dla pieszych i rowerzystów, minimum w miejscach ustalonych w Koncepcji Programowej zawartej w Tomie V SWZ. W przypadku potrzeby (np. wynikającej z obowiązujących przepisów prawa, uzyskanych uzgodnień lub w dostosowaniu do rozwiązań zaproponowanych przez Wykonawcę) zakres ten należy zwiększyć.*

Zgodnie z pkt 1.1.2 PFU *Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu zostały określone w niniejszym PFU. W przypadku: • zmiany uwarunkowań skutkujących koniecznością zmiany charakterystycznych parametrów • konieczności wykonania robót nieujętych w niniejszym PFU – zastosowanie mają Warunki Kontraktu.*

Stosownie do pkt 1.1.3.2 PFU *Ścieżki pieszo-rowerowe, chodniki, ścieżki rowerowe, należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz wytycznymi zawartymi w „Wytycznych dla infrastruktury pieszej i rowerowej” - załącznik nr 2. (...) Ponadto należy zaprojektować je w miejscach i o parametrach, które wynikną z Koncepcji Programowej dołączonej do SWZ TOM V.*

Zgodnie z pkt 1.2 PFU *Zmiany ilości lub parametrów, zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania przez Wykonawcę Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, będą procedowane zgodnie z Klauzulą 13 Warunków Kontraktu.*

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że po pierwsze Zamawiający odwołując się do treści Koncepcji Programowej, nie wskazuje na ilość czy też łączną długość infrastruktury pieszo-rowerowej, ale na miejsca w których mają się znajdować, zgodnie z tabelą 7 Zestawienie projektowanych chodników, ścieżek rowerowych i ścieżek pieszo-rowerowych. Postanowienia PFU nie stoją więc ze sobą w sprzeczności, ale wzajemnie się uzupełniają.

Po drugie, minimalna łączna długość infrastruktury dla pieszych i rowerzystów, może podlegać modyfikacjom, gdyż winna zostać dostosowana do rozwiązań projektowych, które zaproponuje wykonawca na etapie realizacji umowy po uzyskaniu stosownych uzgodnień od zarządców dróg, wzdłuż których infrastruktura zostanie zaprojektowana i wybudowana. Zamawiający określił jedynie ich minimalną długość i szerokość, wskazując jednocześnie na ich lokalizacje (miejsca) zawarte w Koncepcji Programowej.

Po trzecie, Zamawiający wprowadził stosowne postanowienia, iż w przypadku zmiany ilości lub parametrów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia jakie mogą wystąpić w trakcie opracowania przez wykonawcę projektu, zastosowanie będzie miała Klauzula 13 Warunków Kontraktu. Tym samym, wskazał, że ilości i parametry mogą podlegać zmianom na zasadach określonych w SWZ. Natomiast dla celów sporządzenia oferty wykonawca jest zobowiązany przyjąć ilości i parametry jakie zostały określone w PFU.

Zarzut ad I

Odwołujący podnosił, że wymagania w zakresie minimalnej długości dróg innych niż droga ekspresowa, w połączeniu z uzależnieniem tych parametrów od poczynionych uzgodnień ze stroną trzecią uzyskanych na etapie realizacji nie stanowią jednoznacznego opisu zamówienia, co narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący wniósł o określenie maksymalnej długości dróg innych niż droga ekspresowa przez wprowadzenie następującego wymagania do PFU *W zakresie dróg innych niż droga ekspresowa określonych w punkcie 1.1.3.2, Procedura Zmiany będzie mieć zastosowanie jeśli zmianie ulegnie długość danej drogi o +10%.*

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 1.1.1 PFU w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać 5) *przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową.* W pkt 1.1.3.2 PFU Zamawiający wskazał, że w obrębie drogi ekspresowej należy dokonać korekty przebiegu tych kolidujących dróg na niezbędnej długości, określając przy tym konkretną jej długość. Ponadto, Zamawiający wskazał, że inne drogi przebudowywane w związku z budową drogi ekspresowej muszą zostać zaprojektowane i wykonane jako kontynuacja istniejących dróg. Parametry techniczne należy uzgodnić z właściwymi jednostkami samorządu terytorialnego lub działającymi w ich imieniu właściwymi zarządcami dróg i przedłożyć Zamawiającemu do zaakceptowania.

W zakresie przebudowy dróg znajdują zastosowanie również przywołane wcześniej fragmenty pkt 1.1.2 oraz pkt 1.2 PFU, zatem Izba uznaje za bezcelowe ponowne przytoczenie ich treści.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia, w ocenie składu orzekającego Zamawiający jednoznacznie i precyzyjnie opisał wymagania związane z przebudową innych dróg podając minimalne długości, na których należy dokonać ich korekty. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, iż parametry techniczne tychże dróg należy uzgodnić z właściwymi jednostkami samorządu terytorialnego lub działającymi w ich imieniu właściwymi zarządcami dróg i przedłożyć Zamawiającemu do zaakceptowania.

Zamawiający wprowadził także stosowne postanowienia, iż w przypadku zmiany ilości lub parametrów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowania przez wykonawcę projektu, zastosowanie będzie miała Klauzula 13 Warunków Kontraktu. Natomiast dla celów sporządzenia oferty wykonawcy winni przyjąć minimalne ilości i parametry, określone w PFU. W Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej należy przyjąć minimalne długości, które wskazano w wymaganiach Zamawiającego.

Reasumując, skład orzekający doszedł do przekonania, że nie potwierdziły się zarzuty wskazane w odwołaniu, a w konsekwencji odwołanie winno podlegać oddaleniu.

Izba stwierdziła, że bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 121 pkt 1 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz art. 99 ust. 4, art. 16 i 17 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji zastrzegł do osobistego wykonania przez wykonawcę zadań – robót mostowych w zakresie robót betonowych, które nie mają charakteru kluczowych.

Izba ustaliła, że pierwotnie pkt 6.5 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, Tom I Instrukcja dla Wykonawców, dalej „IDW”, zawierał następujące postanowienie: *Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych, z wyłączeniem: robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego, oraz wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), oraz robót wykończeniowych, oraz dostaw materiałów i usług.*

Modyfikacją SWZ z 11 sierpnia 2021 r. dokonano następującej zmiany w zakresie pkt 6.5: *Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań, tj. robót mostowych w zakresie robót betonowych, dla następujących obiektów inżynierskich wymienionych w Tomie III PFU, tj. ES-22, ES-24, ES-26 (oznaczenia wg Koncepcji Programowej), z wyłączeniem: robót palowych i innych specjalistycznych technik posadowienia pośredniego, oraz wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), oraz robót wykończeniowych, oraz dostaw materiałów i usług.*

Zdaniem Odwołującego wykonanie robót betonowych w ramach obiektów mostowych to zakres istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być jednak uznany za element kluczowy, uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców. Na wykonanie tego zakresu składają się typowe roboty budowy mostów, standardowe prace, powtarzalne, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 121 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane. Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi

dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie z art. 16 i 17 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Przepis art. 121 ustawy Pzp stanowi odzwierciedlenie art. 63 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, przez uczestnika tej grupy.

Możliwość wprowadzenia ograniczenia korzystania z podwykonawców potwierdza także orzeczenie TSUE z dnia 14 lipca 2016 r., sygn. akt. C-406/14, wciąż aktualne, choć zapadłe w oparciu o przepisy uprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/UE. Zgodnie z pkt 34 ww. orzeczenia *jeżeli w dokumentach zamówienia wymaga się od oferentów wskazania w ich ofertach części zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom, oraz proponowanych podwykonawców, zgodnie z art. 25 akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca może zakazać korzystania przy realizacji istotnych części zamówienia z podwykonawców, których kwalifikacji nie może sprawdzić na etapie badania ofert i wyboru zwycięskiego oferenta.*

Z powołanego orzeczenia TSUE o sygn. akt C-406/14 obok tezy o możliwości ograniczenia podwykonawstwa w odniesieniu do kluczowej części zamówienia, wynika także wytyczna co do tego, która część zamówienia i w jaki sposób winna zostać zastrzeżona. Zamawiający musi ściśle określić zakres kluczowych zadań. Niedopuszczalne są klauzule, które nakładają ograniczenia na korzystanie z podwykonawstwa przy wykonywaniu części zamówienia określonej procentowo, w sposób abstrakcyjny, i to niezależnie od możliwości sprawdzenia kwalifikacji ewentualnych podwykonawców oraz bez żadnej wzmianki dotyczącej kluczowego charakteru odnośnych zadań.

Po zapoznaniu się z obszernym stanowiskiem Zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, roboty betonowe na trzech wskazanych obiektach mostowych mają charakter szczególny z uwagi na ich specyfikę i stopień skomplikowania, co uzasadnia wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców. Zamawiający precyzyjnie wskazał, że kluczowym zadaniem pozostaje wykonanie robót mostowych w zakresie robót betonowych dla trzech obiektów mostowych: ES-22, ES-24 i ES-26. Zamawiający określił również, że ograniczenie to nie dotyczy pozostałych elementów składających się na te obiekty, tj.: robót palowych, posadowienia pośredniego, wykonania prefabrykatów konstrukcyjnych (betonowych, stalowych, kompozytowych), robót wykończeniowych oraz dostaw materiałów i usług.

Dostrzeżenia wymaga również okoliczność, że po modyfikacji SWZ, Zamawiający, na szesnaście obiektów mostowych występujących na przedmiotowym odcinku drogi S-19 objętym zamówieniem, zastrzegł jedynie zadania na trzech obiektach, które, jak wyjaśnił, są najtrudniejsze konstrukcyjnie, a tym samym wysoce specjalistyczne dla tej inwestycji. Wykonanie pozostałych obiektów oraz pozostałych robót na tych trzech obiektach mostowych wykonawca może podzlecić podwykonawcom.

Zamawiający opisał warunki, w jakich będą realizowane obiekty mostowe ES-22, ES-24 i ES-26. Izba podziela pogląd, że w inwestycjach drogowych, także w przedmiotowym zadaniu, obiekty mostowe stanowią istotną część udzielanego zamówienia i jako takie mogą stać się przedmiotem zastrzeżenia kluczowego zadania. Dla budowy drogi krajowej, konstrukcje mostowe są bez wątpienia istotnymi i specjalistycznymi elementami drogi i nie są elementami powtarzalnymi w tego typu zadaniach inwestycyjnych, jak np. elementy drogi takie jak wykopy, nasypy. Niemniej, określenie kluczowych zadań zamówienia musi następować *ad casum* przez pryzmat ustalenia, że będą to najważniejsze elementy zamówienia, mające największe znaczenie dla zamawiającego w konkretnych okolicznościach.

Zamawiający wyjaśnił, że projektowana droga ekspresowa S19 przebiegać będzie w terenie silnie pagórkowatym usianym na przemian wzniesieniami i dolinami, których dna stanowią w przeważającej części głębokie jary i cieki. Przewyższenie terenu w obrębie całego odcinka wynosi aż 239 m. Najniższy punkt terenu zlokalizowany jest u brzegu rzeki Wisłok na wysokości ok. 207 m n.p.m. Najwyższy punkt na wysokości ok. 446 m n.p.m. Trasa projektowanej drogi ekspresowej S19 przebiega przez teren zróżnicowany morfologicznie. Sprzyja to rozwijaniu i powstawaniu procesów osuwiskowych. Szczególnie narażone w tym przypadku są jary, wąwozy i strome skarpy. Niemalże cały odcinek drogi S19 przechodzi przez obszary bardzo skomplikowane geologicznie, gdzie wydzielono aż 13 obszarów osuwiskowych oraz predysponowanych osuwiskowo z tego ponad połowa

zlokalizowana jest w miejscach, gdzie mają być zlokalizowane ww. trzy estakady. Nadto, trasa przecina liczne obszary źródeł wokół których występują również liczne osuwiska. W przypadku tak zróżnicowanego terenu budowa obiektów mostowych jakimi są estakady na bardzo wysokich podporach pośrednich (filarach) nie jest zadaniem standardowym. Dalej, Zamawiający wyjaśnił, że są to roboty nietypowe dla takich obiektów mostowych, gdyż są to bardzo długie estakady, rozpięte nad bardzo głębokimi dolinami i jarami o bardzo stromych zboczach, które wykazują tendencje osuwiskowe. Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania około 10 podpór pośrednich, z których najwyższe będą miały około 100 metrów wysokości.

Następnie, Zamawiający wskazywał, że roboty betonowe muszą być jednocześnie wykonane w bardzo wysokim standardzie jakościowym, co jest trudne technologicznie z uwagi m.in. na trudności związane z dostarczeniem betonu w miejsce budowy, jak i jego transportu na tak duże wysokości, z powodu trudnego terenu (jary i doliny). Ponadto, podpory posadowione są na zboczach dolin, gdzie wymagane jest uprzednie ich zabezpieczenie, ponieważ jest to teren osuwiskowy, o czym wspomniano wcześniej. Analogicznie należy ocenić konstrukcję przęseł tych obiektów, które znajdują się nad głębokimi dolinami i jarami. Wykonywanie wysokich filarów wymagać będzie od wykonawcy specjalistycznych zasobów sprzętowych oraz doświadczonych członków zespołów roboczych, gdyż wykonywanie robót betonowych na tak dużej wysokości bez wątpienia nie można zaliczyć do typowych czynności na tego typu placach budowy. W tym w szczególności zatrudnienia doświadczonych osób będzie wymagało deskowanie, zbrojenie i betonowanie tych konkretnych podpór oraz konstrukcji przęsła.

Dodatkowo, są to roboty, których postęp wykonywania będzie uzależniony od wielu czynników tj. sprawny park maszynowy, doświadczeni pracownicy, technologia wykonania czy zapewnienie dróg dojazdowych w tak trudnym terenie. Skoncentrowanie robót na tych trzech estakadach będzie wpływać na końcowy termin wykonania zamówienia, a każde ich opóźnienie skutkować będzie przekroczeniem terminów umownych wykonania całości inwestycji. Ponadto, betonowanie kolejnych segmentów każdego z filara jak i kolejnych segmentów konstrukcji przęsła, zależeć będzie przede wszystkim od sprawnego i poprawnego jakościowo wykonywania tych robót, co jest możliwe tylko w przypadku samodzielnego ich wykonywania przez profesjonalnego, doświadczonego i zweryfikowanego na etapie postępowania przetargowego wykonawcę.

Zamawiający podnosił także, że roboty betonowe będą wykonywane w technologii betonu architektonicznego, co w tych warunkach terenowych (transport mieszanki betonowej na dużą wysokość) może powodować rozsegregowanie jej składników, a w konsekwencji powstanie niejednorodności powierzchni betonowej (w niektórych przypadkach również

szkodliwe dla zbrojenia, raki w betonie). Prowadzenie prac naprawczych wadliwie wykonanych części konstrukcji obiektów mostowych w tych warunkach jest niezwykle trudne, a wręcz niemożliwe, co również przełożyłoby się na opóźnienia całości inwestycji. Co więcej, poprawność wykonania tak zdefiniowanego kluczowego zadania rzutuje w sposób bezpośredni na trwałość całości konstrukcji w pełnym cyklu eksploatacyjnym oraz bezpieczeństwo ruchu drogowego.

Ponadto, na uwagę zasługuje okoliczność, że zastrzeżony obowiązek osobistego wykonania części robót został skorelowany z warunkami udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, tj.: *Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej: a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, b) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I, c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, d) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m.*

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym, wykonawca musi wykazać się swoim osobistym doświadczeniem w zakresie budowy obiektów mostowych na potwierdzenie odnośnych warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, Izba zważyła, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich stwierdzeń jakoby prace betonowe na trzech wskazanych estakadach były pracami standardowymi. W treści odwołania próżno szukać rzeczowego, merytorycznego wyводу. Odwołujący w zasadzie koncentruje się tylko na przywoływaniu orzeczeń KIO zapadłych w innych stanach faktycznych.

Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia, zatem nie doszło do naruszenia przepisów przywołanych w odwołaniu. Zamawiający przedstawił szereg argumentów uzasadniających powierzenie kluczowych części zamówienia do osobistego wykonania, które skład orzekający ocenił, jako dające

podstawę do sformułowania zapisów SWZ w tym zakresie w sposób, w jaki to uczynił Zamawiający.

Izba uznała również zarzut naruszenia art. 5, art. 353¹ i art. 387 kc w związku z art. 8 ust.1 i art. 134 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp przez wyznaczenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia, w tym terminów wykonania Kamieni Milowych w sposób sprzeciwiający się naturze stosunku zobowiązaniowego, naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, prowadzący do nadużyć prawa podmiotowego, a także czyniący świadczenie niemożliwym i skutkujący nieważnością stosunku zobowiązaniowego, za bezzasadny.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na niezasadność przywoływania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jako podstawy prawnej art. 5 kodeksu cywilnego i podziela stanowisko KIO w wyroku o sygn. akt KIO 935/21, że *Niesporym zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie w zakresie prawa cywilnego jest fakt, że przepis ten w gałęzi prawa cywilnego jest przepisem wyjątkowym i szczególnym, a tym samym winien być przywoływany przez strony tylko w wyjątkowych okolicznościach. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jawi się jako okoliczność szczególna, gdzie przepis art. 5 kc powinien znaleźć zastosowanie. Na poparcie tego stanowiska Izby zasadnym jest przywołanie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt II CSK 236/16 w którym Sąd wskazał, że norma zawarta w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłyby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współżycia społecznego. Zasady współżycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współżycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zdaniem Izby taki charakter klauzul generalnych zawartych w rozważanym przepisie nakazuje ostrożne korzystanie z instytucji nadużycia prawa podmiotowego, a w szczególności jako podstawy prawnej dla uwzględnienia odwołania.*

Przechodząc do merytorycznej oceny zasadności zarzutu, Odwołujący podkreślał, że z porównania dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z przywołanymi aktami administracyjnymi wynika, że część tego przedmiotu wykracza poza

zakres terytorialny DŚU. Zatem, nie jest możliwe wykonanie zobowiązań umownych w terminach wyznaczonych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazywał, że skoro złożenie kompletnego wniosku o ZRID musi być poprzedzone uzyskaniem/zmianą decyzji DŚU to termin Kamienia Milowego nr 1 powinien wynieść co najmniej 20 miesięcy (podczas gdy aktualnie wynosi 10 miesięcy). W konsekwencji odpowiedniemu przedłużeniu winny ulec terminy kolejnych Kamieni Milowych oraz termin końcowy.

Po pierwsze, jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący nie wskazał w treści odwołania, które elementy opisu przedmiotu zamówienia wykraczają poza zakres terytorialny Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach. Podjął taką próbę dopiero w trakcie rozprawy i to w stosunku tylko do niektórych elementów. Zasadne wydaje się stwierdzenie, że Odwołujący porównał treść Koncepcji Programowej zawartej w Tomie V SWZ z treścią decyzji DŚU i na tej podstawie sformułował zarzut ustalenia niemożliwych do dotrzymania terminów wykonania przedmiotu zamówienia. Niemniej Koncepcja Programowa stanowi jedynie materiał poglądowy, a nie opis przedmiotu zamówienia, na co wskazuje wprost pkt 1.2 PFU, zgodnie z którym *Materiały przekazane w TOM-ie V SWZ w zakresie niewymienionym powyżej oraz wszystkie inne materiały zawarte w TOM-ie V SWZ nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawca otrzymuje te materiały jedynie w celach poglądowych i może je wykorzystać oraz interpretować na własne ryzyko.* Oznacza to, że miejsca wskazane przez Odwołującego, nie zostały ujęte w treści PFU ani w żadnym innym fragmencie opisu przedmiotu zamówienia, a jedynie w treści dokumentu załączonego w celach poglądowych. Sama Koncepcja jest materiałem o ograniczonym stopniu szczegółowości przyjętych rozwiązań projektowych.

Po drugie, zgodnie z pkt 1.2 PFU *Jeżeli w wyniku przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań zajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w DŚU oraz gdy nie jest możliwe zaprojektowanie i wykonanie Robót w sposób umożliwiający niewychodzenie poza granice określone w DŚU, należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe. W tym celu należy opracować materiały do wniosku o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub materiały do wniosku o dodatkowe decyzje wraz z raportem o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, a następnie w imieniu Zamawiającego wystąpić z wnioskiem o wydanie tych decyzji do właściwych organów.* Wymaga ponownie podkreślenia, że niniejsze postępowanie prowadzone jest w formule „projektuj i buduj”. Trudno więc przesądzić czy i w jakim zakresie przyszłe rozwiązania projektowe skutkować będą koniecznością wykroczenia poza granice określone w DŚU, oraz czy będzie możliwe zaprojektowanie i wykonanie robót w sposób nie skutkujący wykroczeniem poza ramy decyzji. Są to zdarzenia przyszłe, niepewne, które będą znane dopiero na etapie projektowania przez wybranego wykonawcę. Okoliczność

konieczności uzyskania dodatkowych DŚU bądź też ich modyfikacji, zależeć będzie więc od wybranego w ramach postępowania wykonawcy.

Po trzecie, postanowienia PFU zawierają regulacje, które dawałyby możliwość wykonawcy realizacji umowy w sposób prowadzący do uzyskania odpowiednich decyzji środowiskowych. Zgodnie z pkt 1.2 PFU *W przypadku, gdy Wykonawca uzna konieczność zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, od której nie zostało wniesione odwołanie, z wnioskiem o jej zmianę wystąpi do właściwego RDOŚ. W przypadku, gdy zachodzi konieczność zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, od której wniesiono odwołanie i na skutek wniesionego odwołania organ odwoławczy (GDOŚ) utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzekł co do istoty sprawy, z wnioskiem o zmianę decyzji Wykonawca wystąpi bezpośrednio do tego organu z pominięciem organu I Instancji. (...) Dokonane zmiany i uzupełnienia, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, będą procedowane zgodnie z Klauzulą 13 Warunków Kontraktu.*

Po czwarte, Zamawiający wyjaśnił specyfikę postępowań administracyjnych prowadzonych w przypadku przekroczenia granic określonych w DŚU przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie, który sankcjonował przekroczenie granic określonych w decyzjach o uwarunkowaniach środowiskowych na działkach objętych DŚU wydawaniem odpowiednich postanowień, uwzględniających treść raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Powyższe nie wymaga od wykonawcy przeprowadzania dwunastomiesięcznej inwentaryzacji przyrodniczej. Zamawiający zauważył także, że podobne doświadczenie w związku z udziałem analogicznych postępowań przed RDOŚ winien posiadać także Odwołujący, który realizuje na terenie funkcjonowania Zamawiającego budowę dwóch odcinków drogi ekspresowej S-19, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Dodatkowo, Zamawiający wyjaśnił, że dotychczas w ramach realizowanych inwestycji czas oczekiwania na uzyskiwanie uzupełniających decyzji DŚU wahał się od 3 do 6 miesięcy. Przyjmując zatem, że jeśli czas oczekiwania wykonawcy na nową decyzję DŚU wynosi ok. 5 miesięcy, to i w terminie 5 miesięcy poprzedzającym ten okres, wykonawca jest w stanie złożyć wniosek o nową DŚU. Zatem w czasie 10–ciu miesięcy (termin kamienia milowego nr 1) Wykonawca jest w stanie uzyskać nową DŚU i złożyć wniosek o ZRID.

Po piąte, postanowienia PFU przewidują mechanizm na wypadek zaistnienia okoliczności uzasadniających zmianę, tj. *Zmiany ilości lub parametrów, zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia, jakie mogą wystąpić w trakcie opracowywania przez Wykonawcę Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko, Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w*

Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, będą procedowane zgodnie z Klauzulą 13 Warunków Kontraktu. Klauzula 13 Warunków Kontraktu przewiduje uprawnienie wykonawcy do przedłużenia czasu na ukończenie i dodatkowej płatności.

Reasumując, zakres robót wyspecyfikowany przez Odwołującego nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, a ewentualna konieczność wykroczenia poza obszar decyzji DŚU, zależeć będzie tylko i wyłącznie od rozwiązań zaproponowanych przez konkretnego wykonawcę na etapie realizacji umowy, tj. na etapie projektowania.

W konsekwencji nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....