

Sygn. akt: KIO 25/14

Sygn. akt: KIO 26/14

WYROK

z dnia 7 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 22 stycznia 2014 r., 3 lutego 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 7 stycznia 2014 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Kraków S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Ferrovial Agroman S. A., z siedzibą w Hiszpanii (sygn. akt KIO 25/14)
- B. Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 26/14)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z Warszawy,

przy udziale:

1. wykonawcy Bilfinger Infrastructure S.A., z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 oraz KIO 26/14 po stronie odwołujących,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SALINI POLSKA Sp. z o.o. Salini Impregilo S.p.A. Todini Costruzioni Generali S.p.A., oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., z

- siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 oraz KIO 26/14 po stronie odwołujących,
3. wykonawcy MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 oraz KIO 26/14 po stronie odwołujących,
 4. wykonawcy Heilit+Woerner Sp. z o.o., z siedzibą w Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 po stronie odwołującego,
 5. wykonawcy STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 26/14 po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Kraków S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Ferrovial Agroman S. A., z siedzibą w Hiszpanii oraz wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, i :

1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr. (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Kraków S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Ferrovial Agroman S. A., z siedzibą w Hiszpanii oraz wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Kraków S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Ferrovial Agroman S. A., z siedzibą w Hiszpanii tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 25/14

Sygn. akt: KIO 26/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z Warszawy, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Projekt i budowę drogi ekspresowej S8 od węzła Marki [bez węzła] do węzła Radzymin Płd. w podziale na zadania: Zadanie I - projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku I węzeł Marki (bez węzła) - węzeł Kobyłka; Zadanie II - projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku II węzeł Kobyłka (bez węzła) węzeł Radzymin Płd.” - Zadanie I - projekt i budowa drogi ekspresowej S8 na odcinku I węzeł Marki (bez węzła) - węzeł Kobyłka.”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 29 marca 2013 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2013 r. pod numerem 2013/S 065-108754.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mostostal Kraków S. A. z siedzibą w Krakowie oraz Ferrovial Agroman S. A., z siedzibą w Hiszpanii oraz Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie (zwani dalej: „Odwołującymi” bądź odpowiednio „Odwołującym Mostostal Kraków” czy też „Odwołującym Budimex”) w dniu 7 stycznia 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołania na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu w obu odwołaniach naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez postawienie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (dalej PFU) wymogu wybudowania obiektu, którego „ostateczna forma powinna powodować pozytywne odczucia odbioru estetycznego obiektu” (pkt 2.1.11.1. PFU), bez doprecyzowania jakie odczucia odbioru estetycznego Zamawiający będzie uznawał za pozytywne, a także bez konkretnego wskazania wymagań dotyczących estetyki oraz sposobu ich weryfikacji, co jest konieczne ze względu na dużą subiektywność odczuć estetycznych odbiorców, a więc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, z użyciem niedokładnych i niezrozumiałych określeń, które uniemożliwiają przygotowanie przez Odwołującego oferty w

tym zakresie w pełni odpowiadającą intencjom Zamawiającego i w konsekwencji właściwą wycenę oferty,

2) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez postawienie w pkt 2.1.11.3.k PFU wymogu takiego rozmieszczenia kotw i ściągów szalunkowych oraz otworów technologicznych, aby tworzyły „estetyczny efekt wizualny”, bez doprecyzowania co Zamawiający rozumie przez „estetyczny efekt wizualny” i jaki efekt będzie przez niego oceniany pozytywnie, a także bez konkretnego wskazania wymagań dotyczących estetyki oraz sposobu ich weryfikacji, co jest konieczne ze względu na dużą subiektywność odczuć estetycznych odbiorców, a więc poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, z użyciem niedokładnych i niezrozumiałych określeń, które uniemożliwiają przygotowanie przez Odwołującego oferty w tym zakresie w pełni odpowiadającą intencjom Zamawiającego i w konsekwencji właściwą wycenę oferty,

3) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 140 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w PFU w punkcie nr 2.4.1. o treści: *„Jeżeli po opracowaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego wyniknie potrzeba wykonania robót budowlanych, na które w niniejszym PFU nie załączono odpowiednich WWIORB, to należy również opracować i przedstawić do przeglądu i akceptacji Inżynierowa dodatkowe, niezbędne SST na te roboty oraz wykonać te roboty w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej”*, oraz w pkt 1.4.1.1. (str. 14) sformułowania o treści: *„wszelkie inne roboty i opracowania jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia”*, a także w Instrukcji dla Wykonawców pkt. 5.1. a) ppkt 25 sformułowania o treści: *„wszelkie inne roboty jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia”* - zobowiązania Wykonawcy do wykonania robót nie objętych opisem przedmiotu zamówienia, a więc nieuwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, do czego jest zobowiązany Zamawiający,

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ KC i 577 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, a także art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez umieszczenie dokumentu Gwarancji Jakości jako dokumentu drugiego w hierarchii dokumentów po Akcie Umowy a przed Warunkami Szczególnymi i Warunkami Ogólnymi Kontraktu, poprzez objęcie Gwarancją Jakości udzieloną przez Wykonawcę Programu Funkcjonalno-Użytkowego sporządzonego przez Zamawiającego, poprzez wprowadzenie do gwarancji jakości obowiązków po stronie Gwaranta sprzecznych z naturą gwarancji,

5) art. 58 KC w zw. z art. 353¹ KC i art. 473 § 1 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez brak przyjęcia przez Zamawiającego w Subklauzuli 17.3 oraz 8.4 Warunków Szczególnych Kontraktu odpowiedzialności za przekazane przez niego dokumenty będące podstawą do projektowania,

6) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353^{*} w zw. z art. 14 ustawy Pzp -

poprzez określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: tom II „Warunki Kontraktu”, rozdział 3 „Dane Kontraktowe” - Prawo dostępu do Placu Budowy - w sposób nieprecyzyjny, który uniemożliwia Odwołującemu poprawne rozplanowanie prac budowlanych, a w konsekwencji również prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, obarczając tym samym Odwołującego nadmiernym ryzykiem związanym z ewentualną realizacją zamówienia w warunkach, których nie mógł on przewidzieć na etapie przygotowywania oferty i w konsekwencji ponoszenia nadmiernych kosztów,

7) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w pkt 1.4.1.4. PFU oraz pkt 1.4.1.5. PFU w sposób niejednoznaczny, z użyciem niedokładnych i niezrozumiałych określeń, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, które uniemożliwiają przygotowanie przez Odwołującego oferty w tym zakresie w pełni odpowiadającej intencjom Zamawiającego i w konsekwencji właściwą wycenę oferty, a także brak przyjęcia przez Zamawiającego odpowiedzialności za przekazane przez niego dokumenty będące podstawą do projektowania,

8) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp - poprzez określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: tom II „Warunki Kontraktu”, rozdział 3 „Dane Kontraktowe” - Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy), terminów realizacji Kamienia Milowego nr 1 i 2 w sposób nierealny, odbiegający od rzeczywistej możliwości czasowej realizacji przedmiotu zamówienia, a więc oczekiwanie od Odwołującego realizacji świadczenia niemożliwego, przy jednoczesnym obarczaniu go nadmiernym ryzykiem związanym z niedotrzymaniem Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania, co prowadzi do zachwiania równowagi między stronami stosunku cywilnoprawnego, a więc jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego.

W związku z powyższym, Odwołujący wnieśli o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji zakwestionowanych klauzul w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Programie Funkcjonalno-Użytkowym,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołujących zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, wg norm przepisanych.

W związku z treścią żądania wskazanego powyżej w pkt 1, Odwołujący wnieśli o zmianę zakwestionowanych klauzul w następujący sposób:

- 1) w pkt 2.1.11.1 PFU wykreślenie zdania: *„Ostateczna forma powinna powodować*

pozytywne odczucia odbioru estetycznego obiektu"; w pkt. 2.1.11.3.k PFU wykreślenie zdania „kotwy i ściagi szalunkowe należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu, tzn. aby ślady po nich tworzyły estetyczny efekt wizualny” oraz zdania „otwory technologiczne (np.

2) otwory odpływowe) należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu architektonicznego lub tworzył estetyczny efekt wizualny”;

3) w pkt 2.4.1 PFU wykreślenie zdania: „Jeżeli po opracowaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego wyniknie potrzeba wykonania robót budowlanych, na które **w** niniejszym PFU nie załączono odpowiednich WWIORB, to należy również opracować i przedstawić do przeglądu i akceptacji Inżynierowa dodatkowe, niezbędne SST na te roboty oraz wykonać te roboty w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej,

4) w pkt 1.4.1.1 PFU (str. 14) wykreślenie zdania: „,wszelkie inne roboty i opracowania jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia”;

5) w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Tom I: „Instrukcje dla Wykonawców” wykreślenie zdania w pkt 5.1 a) poz. 25: „wszelkie inne roboty, jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia”;

6) w §2 ust. 2 Umowy zmiana istniejącego przepisu na następujący: „Na umowę składają się następujące dokumenty, które stanowią jej integralną część i będą interpretowane w następującej kolejności:

- 1) Niniejszy Akt Umowy,
- 2) Warunki Szczególne Kontraktu,
- 3) Warunki Ogólne Kontraktu,
- 4) Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z załącznikami,
- 5) Gwarancja Jakości,
- 6) Wypełnione Dane Kontraktowe,
- 7) Oferta Wykonawcy,
- 8) Potencjał kadrowy,
- 9) Wypełniony Wykaz Płatności.

7) w Gwarancji Jakości wykreślenie w pkt 2.1 ppkt. c, d, e, f, g oraz w pkt. 2.2 pkt. c,

8) w pkt 1.1. Gwarancji Jakości wykreślenie sformułowania „oraz innych dokumentach będących integralną częścią umowy”;

9) w subklauzuli 8.4 Warunków Szczególnych Kontraktu dodanie na końcu subklauzuli zdania: „W przypadku utraty ważności lub konieczności ponownego wydawania któregośkolwiek z dokumentów o których mowa w kl. 17.3 o okres ich uzyskania zostanie przedłużony Czas na Ukończenie dla całości Robót”;

10) w subklauzuli 17.3 Warunków Szczególnych Kontraktu zmiana listy

dokumentów, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający, wymienionych jako wiążące Wykonawcę w PFU pkt 1.4.1.1. (str. 10 i 11), w następujący sposób:

- a. Studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowe (STEŚ),
- b. Raporty o oddziaływaniu na środowisko
- c. Wyniki Generalnego Pomiaru Ruchu Drogowego (GPR),
- d. Opinie Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków o występujących elementach podlegających ochronie w zakresie planowanej inwestycji,
- e. Decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach (DUŚ),
- f. Decyzje Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska,
- g. Decyzję Wojewody Mazowieckiego,
- h. Decyzję Burmistrza Radzymina,
- i. Postanowienie Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Warszawie,
- j. Dokumentację geologiczno-inżynierską, dokumentację hydrogeologiczną oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych,
- k. Mapę do celów opiniodawczych,
1. Decyzję ZRID dla odcinka A Marki - Drewnica;

11) w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: tom II „Warunki Kontraktu”, rozdział 3 „Dane Kontraktowe” - Prawa dostępu do Placu Budowy - wykreślenie pkt a) lub jego zmianę w taki sposób, który informowałyby Odwołującego o tym, do jakiej ilości nieruchomości może Odwołujący mieć brak dostępu;

12) w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: tom II „Warunki Kontraktu”, rozdział 3 „Dane Kontraktowe” - Prawa dostępu do Placu Budowy - wykreślenie pkt b) lub jego zmianę w taki sposób, aby Zamawiający wymienił konkretne lokalizacje działek zabudowanych, gdzie nie będzie można prowadzić robót budowlanych przez pierwsze 6 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, a w przypadku gdy Data Rozpoczęcia będzie wcześniejsza niż data wydania decyzji ZRID, przez 6 miesięcy od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności, przy jednoczesnym dopuszczeniu możliwości zmiany terminu realizacji;

13) w pkt 1.4.1.4. PFU wykreślenie ostatniego zdania: „Zmiany danych ilościowych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.”;

14) w pkt 1.4.1.5. PFU wykreślenie ostatniego zdania pierwszego akapitu na str. 24: „Zmiany danych ilościowych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie.”;

15) w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: tom II „Warunki Kontraktu”, rozdział 3 „Dane Kontraktowe” - Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy) - zmiana terminu wykonania Kamienia Miłowego nr 1 o treści: „złożenie w terminie 15 miesięcy od Daty Rozpoczęcia kompletnego wniosku ZRID/PnB” oraz zmiana terminu wykonania Kamienia Miłowego nr 2 o treści: „złożenie Inżynierowi projektów wykonawczych, szczegółowych specyfikacji technicznych i przedmiarów robót na cały projektowany odcinek w terminie 22 miesięcy od Daty Rozpoczęcia”.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce odpowiednio w dniu 9 stycznia 2014 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołujących w dniu 10 i 13 stycznia 2014 r. zgłosił przystąpienie następujący wykonawcy:

- Bilfinger Infrastructure S.A., z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 oraz KIO 26/14 po stronie odwołujących,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SALINI POLSKA Sp. z o.o. Salini Impregilo S.p.A. Todini Construzioni Generali S.p.A., oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 oraz KIO 26/14 po stronie odwołujących,

- MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 oraz KIO 26/14 po stronie odwołujących,
- Heilit+Woerner Sp. z o.o., z siedzibą w Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 po stronie odwołującego,
- STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 26/14 po stronie odwołującego.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących wykonawców:

- Bilfinger Infrastructure S.A., z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 oraz KIO 26/14 po stronie odwołujących,
- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SALINI POLSKA Sp. z o.o. Salini Impregilo S.p.A. Todini Construzioni Generali S.p.A., oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 oraz KIO 26/14 po stronie odwołujących,
- MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 oraz KIO 26/14 po stronie odwołujących,
- Heilit+Woerner Sp. z o.o., z siedzibą w Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 25/14 po stronie odwołującego,
- STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 26/14 po stronie odwołującego.

(zwanym dalej odpowiednio: „Przystępującym Bilfinger”; „Przystępującym Salini”; „Przystępującym Mota-Engil”; „Przystępującym Heilit+Woerner”; „Przystępującym Strabag”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba uznała, iż oba odwołania należy uznać jako bezzasadne i nie zasługujące na uwzględnienie.

Zarzut 1 i 2 dotyczący opisu przedmiotu zamówienia – „estetyka”

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 29 ust. 1, 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w pkt. nr 2.1.11.1, PFU, pkt. 2.1.11.3.k PFU „kryterium całkowicie nieostrego i niedookreślonego, zależnego od subiektywnych odczuć jednostki”.

Jak słusznie zauważono w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2969/13, zgodnie z przepisami art. 29 ust. 1, 2 ustawy Pzp, zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia publicznego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym ceny. Przedmiot zamówienia nie może być określony w sposób niejasny, nieprecyzyjny, czy taki, który wprowadzałby w błąd wykonawcę lub utrudniał uczciwą konkurencję, zaś zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że w przypadku gdy 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.

W przedmiotowym postępowaniu pkt nr 2.1.11.1 PFU „Wymagania podstawowe” stanowi „Obiekty powinny charakteryzować się czytelnym (zrozumiałym) układem konstrukcyjnym, z jasnym podziałem na części składowe, odpowiadającym określonym zadaniom technicznym. Obiekt powinien mieć odpowiednio dobrane proporcje i uporządkowane linie. Ostateczna forma powinna powodować pozytywne *odczucia odbioru estetycznego obiektu.*”

W pkt nr 2.1.11,3.k PFU określono, że „kotwy i ściągi szalunkowe należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu, tzn. aby ślady po nich tworzyły estetyczny efekt wizualny”, „otwory technologiczne (np. otwory odpływowe) należy tak rozmieścić, aby ich układ współgrał z zaprojektowaną fakturą betonu architektonicznego lub *tworzył estetyczny efekt wizualny.*”

Jak wskazał Zamawiający, sporne postanowienie PFU dotyczące ogólnie rozumianego wyglądu obiektu budowlanego, jego estetyki oraz wpływu na krajobraz. Zamawiający miał prawo wymagać, aby obiekt zaprojektowany i wybudowany przez Zamawiającego obiektywnie nie naruszał odczuć estetycznych przeciętnej osoby (użytkownika dróg), komponował się z otoczeniem i nie naruszał ładu przestrzennego. Dodatkowo Zamawiający zauważył, iż przedmiot zamówienia niesie za sobą element twórczy, którego nie sposób właściwie określić w PFU (opisie przedmiotu zamówienia) nie odwołując się do estetyki przyjętych rozwiązań, tj. ich wpływu na ład przestrzenny, otoczenie

oraz odczucia przeciętnego, rozsądnie rozumującego użytkownika drogi. Estetyka jest jednym z elementów pracy twórczej (dzieła), jakim bez wątplenia jest projekt obiektu budowlanego lub drogi. Nie ulega wątpliwości, że estetyka wiąże się z zastosowanymi rozwiązaniami konstrukcyjnymi, nowoczesnymi rozwiązaniami technologicznymi i materiałowymi. Od tych wszystkich elementów zależy ostateczny efekt wizualny i wartość estetyczna obiektu. Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że opis oczekiwań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie zaprojektowania i wykonania określonego obiektu architektonicznego może zawierać elementy i pojęcia odnoszące się do pozytywnych odczuć estetycznych, które w dziedzinie architektury stanowią kategorie obiektywne.

Zarzut 3 dotyczący opisu przedmiotu zamówienia – „inne roboty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia”

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1, 2 ustawy Pzp a także art. 140 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie w PFU w punkcie nr 2.4.1., pkt. 1.4.1.9, pkt. 1.4.1.1 podpunkt (e) i (f) PFU, Rozdział 1 Instrukcji dla Wykonawców pkt. 5 - zobowiązania wykonawcy do wykonania robót nie objętych opisem przedmiotu zamówienia, W postanowieniu pkt nr 2.4.1. PFU wskazano, że „Jeżeli po opracowaniu Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego wyniknie potrzeba wykonania robót budowlanych, na które w niniejszym PFU nie załączono odpowiednich WWIORB, to należy również opracować i przedstawić do przeglądu i akceptacji Inżyniera dodatkowe, niezbędne SST na te roboty oraz wykonać te roboty w ramach zaakceptowanej kwoty kontraktowej’.

Postanowienie zawarte w Rozdziale 1 Instrukcji dla Wykonawców, iż zakres projektowania i budowy drogi S19 obejmuje w szczególności: pkt. 24 „wszelkie inne roboty, jakie okażą się niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia”. Zdaniem odwołujących postanowienia te stanowią zobowiązanie wykonawcy do *wykonania niezbędnych* robót, które nie są objęte PFU.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że w zakwestionowanych postanowieniach chodzi o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek np. zaproponowania przez wykonawcę rozwiązań według jego własnej koncepcji. Ponadto postanowienie zawarte w Rozdziale I Instrukcji dla Wykonawców pkt 24 zostało zawarte uprzednio w Sekcji II.1.5) pkt 24 ogłoszenia o zamówieniu, wobec czego należy uznać zarzut ten za spóźniony na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przetargu ograniczonym. Jak wskazał Zamawiający w przypadku inwestycji realizowanej w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, to od

koncepcji i zamysłu wykonawcy będzie zależało, jak zastosowane przez niego rozwiązania przełożą się na zakres niezbędnych do wykonania prac. Nie ma więc uzasadnienia twierdzenie, że zamawiający zobowiązał wykonawcę do wykonania prac nieobjętych w PFU, a także nie ma potrzeby, aby zastosowane przez wykonawcę rozwiązania miały generować konieczność wykonania robót o nieprzewidzianym przez zamawiającego zakresie finansowym, co nie zostało przez odwołującego wykazane w toku postępowania. Ponadto wykonawca, który powinien odznaczać się znajomością rzeczy, obliczając wysokość wynagrodzenia, musi przewidzieć niezbędny zakres prac dotyczących robót związanych z wykonaniem projektu budynku i robót, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Tylko w przypadku gdy w toku robót pojawi się potrzeba wykonania dodatkowych elementów obiektu, które nie były przewidziane w umowie i w projekcie wykonawcy to strony mogą w drodze porozumienia poszerzyć zakres robót i objąć je dodatkowym wynagrodzeniem.

Zarzut 4 dotyczący Gwarancji Jakości

Również za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 Pzp, art.353¹, 577 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez umieszczenie w hierarchii dokumentów dokumentu Gwarancji Jakości jako drugiego w kolejności po Akcie Umowy a przed Warunkami Szczególnymi i Warunkami Ogólnymi Kontraktu, poprzez objęcie Gwarancją Jakości udzieloną przez wykonawcę Programu Funkcjonalno-Użytkowego sporządzonego przez zamawiającego oraz poprzez wprowadzenie do gwarancji jakości obowiązków po stronie gwaranta sprzecznych z naturą gwarancji.

Zgodnie z brzmieniem §2 ust. 2 Aktu Umowy: „Na umowę składają się następujące dokumenty, które stanowią jej integralną część i będą interpretowane w następującej kolejności: Niniejszy Akt Umowy, Gwarancja Jakości, Warunki Szczególne Kontraktu, Warunki Ogólne Kontraktu, Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z załącznikami, Wypełnione Dane Kontraktowe, Oferta Wykonawcy, Potencjał kadrowy, Wypełniony Wykaz Płatności.”

Jak słusznie zauważono w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2969/13, Gwarancja Jakości stanowi odrębną umowę, którą objęty jest przedmiot zamówienia. Umieszczenie tej umowy w kolejności po Akcie Umowy stanowi odzwierciedlenie wagi podjętych przez strony zobowiązań umownych dotyczących danego stosunku prawnego. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób umieszczenie gwarancji na drugiej pozycji w hierarchii dokumentów może wpływać na ograniczenie zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców oraz w jaki sposób ta hierarchia może wpłynąć na

ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego, ponad tę która wynika z treści Aktu Umowy i dokumentów stanowiących integralną jej część, a więc WSK, WOK, PFU wraz załącznikami. W ocenie Izby, hierarchia dokumentów ustalona przez zamawiającego jest prawidłowa – na pierwszym miejscu są warunki umowy (Akt Umowy, Gwarancja Jakości), a na kolejnych pozycjach niekwestionowanych przez odwołującego – dokumenty stanowiące integralną część umowy, uszczegółwiające postanowienia ww. umowy.

W pkt. 1.1. Gwarancji Jakości wskazano, że „Niniejsza Gwarancja Jakości (dalej zwana również Gwarancją) obejmuje całość Robót i Dokumentów Wykonawcy objętych przedmiotem zamówienia (dalej Przedmiotem Umowy) pn. „....” określonych w Umowie oraz w innych dokumentach będących integralną częścią Umowy”. Sformułowanie „oraz innych dokumentach będących integralną częścią umowy”, którego wykreślenia domaga się odwołujący, jest uzasadnione i celowe w tym postanowieniu, ponieważ postanowienie to określa przedmiot objęty gwarancją – tj. przedmiot zamówienia (całość Robót i Dokumentów Wykonawcy), który jest określony w umowie. Dopelnienie szczegółowe opisu przedmiotu zamówienia jest niewątpliwie zawarte w innych dokumentach będących integralną częścią umowy, w tym również w Programie Funkcjonalno-Użytkowym. Dokument ten zawiera opis przedmiotu zamówienia, ale sam jako taki nie stanowi przedmiotu zamówienia, wobec czego nie jest objęty Gwarancją Jakości.

W ocenie Izby, - co również podkreślono w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2969/13 - zamawiający jako gospodarz postępowania, kierujący się obiektywnymi potrzebami realizacji danej inwestycji i wykonujący nałożone na niego obowiązki jest uprawniony do zabezpieczenia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma prawo oczekiwać ze strony wykonawcy zagwarantowania jakości przedmiotu zamówienia zapewniającej spełnienie wymagań zamawiającego. W przypadku zamówienia publicznego zamawiający jest odpowiedzialny za sformułowanie warunków gwarancji. Przystąpienie do takiej umowy przez wykonawcę wymaga niewątpliwie jego akceptacji. Nie stanowi to naruszenia istoty (natury) gwarancji jakości, jako zobowiązania wykonawcy. Określając warunki gwarancji zamawiający ponosi ryzyko związane z możliwością braku akceptacji tych warunków przez część wykonawców, jako wygórowanych. Jednak wykonawca przystępuje do umowy dobrowolnie i w tym zakresie ustalenie przez zamawiającego warunków gwarancji nie stanowi naruszenia natury gwarancji jako dobrowolnego zobowiązania wykonawcy. Ponadto Izba zważyła, że postanowienia zawarte w pkt 2.1 lit. c-f oraz pkt 2.2 c-f dotyczące odszkodowań i kar umownych zastrzeżonych na wypadek niewywiązania się gwaranta z zobowiązań nie są sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego (art. 353¹ k.c.) w szczególności nie sprzeciwiają się naturze stosunku prawnego gwarancji lub ustawie ani

też zasadom współżycia społecznego. Przepisy dotyczące gwarancji jakości zawarte w Kodeksie cywilnym są przepisami dyspozytywnymi, a zatem umowa gwarancji może być sformułowana według woli stron z uwzględnieniem specyfiki danego przedmiotu zamówienia. Treść zakwestionowanych przez odwołującego postanowień zawartych w Gwarancji Jakości nie stanowi nadużycia praw podmiotowych przez zamawiającego oraz nie narusza zasady równości stron. Zważyć należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma możliwości zapewnienia pełnej swobody kontraktowej stron. Zamawiający działa bowiem zawsze jako podmiot wykonujący zadania w celu i w interesie publicznym. Charakter tych zadań oraz procedury, którymi zamawiający jest związany, obligują zamawiającego do zabezpieczenia w stopniu możliwie najwyższym, przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów prawa, w tym przepisów ustawy Pzp prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym nie ponoszenia strat lub negatywnych skutków niewywiązywania się wykonawców z ich obowiązków w ramach udzielonego zamówienia.

Zarzut 5 oraz 7 dotyczący dokumentów do projektowania przekazane przez zamawiającego

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 14 i 139 Pzp w związku z art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. i art. 473 § 1 k.c., poprzez brak przyjęcia przez zamawiającego w subkl. 17.3, 8.4 odpowiedzialności za przekazane przez niego dokumenty będące podstawą do projektowania.

Zasady ponoszenia odpowiedzialności w zakresie wskazanym przez odwołującego wynikają z zapisów postanowień dokumentów kontraktowych, w których znajduje się zastrzeżenie odnośnie przyczyn „spowodowanych przez Zamawiającego, personel Zamawiającego lub innych Wykonawców Zamawiającego na Placu Budowy” (subklauzula 8.4 lit.e WSK oraz subklauzula 1.13. lit.a). Odpowiedzialność zamawiającego za przekazane wykonawcy dokumenty wynika z obowiązujących przepisów prawa, w tym z art. 647 k.c. Aby wykonawca mógł przyjąć na siebie odpowiedzialność w tym zakresie musi to zostać jednoznacznie określone w umowie (art. 473 § 1 k.c.). Przeczy to twierdzeniu odwołującego, że skoro w subklauzuli 17.3 Warunków Szczególnych Umowy zamawiający nie wskazał dokumentów wymienionych w pkt. 1.4.1.1 PFU, jako dokumentów zamawiającego oraz nie przewidział w subklauzuli 8.4 konsekwencji wygaśnięcia przedmiotowych dokumentów dla realizacji umowy, to powyższe oznacza brak przyjęcia przez zamawiającego odpowiedzialności kontraktowej za te dokumenty.

Zarzut 6 dotyczący dostępu do placu budowy

W ocenie Izby nie ma podstaw do uznania żądania Odwołujących w zakresie SIWZ: tom II „Warunki Kontraktu”, rozdziału 3 „Dane Kontraktowe” – Prawo dostępu do Placu Budowy. Jak słusznie zauważył Zamawiający postanowienie subklauzuli 2.1 jest wystarczająco precyzyjne, gdyż odnosi się do dwóch dat tj. Daty Rozpoczęcia lub Daty wydania decyzji ZRID.

Jak wskazał Zamawiający Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zarówno niezatwierdzony projekt budowlany dotyczący odcinka Marki - Drewnica jak 1 Koncepcję Programową drogi ekspresowej S8 na odcinku Drewnica - Radzymin Płd., a drugi z Odwołujących otrzymał od Zamawiającego Koncepcję Programową drogi ekspresowej S8 na odcinku Drewnica - Radzymin Płd. zawierające informacje na temat nieruchomości zabudowanych, które - jak wskazano w materiałach przetargowych - potencjalnie mogą być dostępne w terminie 6 miesięcy od Daty Rozpoczęcia lub Daty wydania decyzji ZRID.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż w przypadku Zadania I dla odcinka Marki - Drewnica, na który Zamawiający uzyskał decyzję ZRID brak wskazania konkretnych nieruchomości zabudowanych wiąże się z faktem, że zgodnie z SWIZ Wykonawca będzie mógł optymalizować zatwierdzony decyzją ZRID projekt budowlany I wystąpić o zmianę ZRID. Zatem jak wyjaśnił Zamawiający nie posiada on i nie może w tej chwili posiadać dokładnej wiedzy, które nieruchomości będą potencjalnie niedostępne, gdyż dopiero po optymalizacji projektu przez Wykonawcę będzie znana ostateczna ilość nieruchomości zabudowanych. W przypadku Zadania I odcinek B Drewnica - Kobyłka oraz Zadania II, którego dotyczy Koncepcja Programowa drogi ekspresowej 58 na odcinku Drewnica - Radzymin Płd., to Wykonawca uzyskuje decyzję ZRID zatwierdzającą projekt budowlany zawierający wprowadzone przez niego rozwiązania techniczne. Zatem Zamawiający nie posiada i nie może na ten moment posiadać wiedzy, które dokładnie nieruchomości zabudowane Wykonawca przewidzi w przyszłym projekcie budowlanym do rozbiórki. Zamawiający nie ma informacji, o tym ile i które działki będą niedostępne ze względu na brak zgody właściciela na ich wydanie, a tym samym nie mógł i nie może wskazać takich danych w materiałach przetargowych. Dane takie mogłyby być traktowane w kategoriach przypuszczeń, a nie wiedzy Zamawiającego popartej jakimkolwiek materiałem dowodowym. Tym samym ewentualna próba skonkretyzowania danych mogłaby skutkować podaniem informacji niezgodnej z późniejszym stanem faktycznym. W związku z powyższym, na obecnym etapie, Odwołujący mając tę samą wiedzę co Zamawiający w przedmiocie potencjalnie niedostępnych nieruchomości (dysponuje tymi samymi danymi, tj. projektem budowlanym dla części inwestycji oraz Koncepcją Programową) podał dane dotyczące przekazania Placu Budowy w sposób możliwie najbardziej precyzyjny.

Zarzut 8 dotyczący terminów realizacji Kamienia Milowego nr 1 i 2

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazali, że terminy wykonania Kamieni Milowych nr 1 i 2 są nierealne i nie są w pełni możliwe do dotrzymania przez wykonawcę.

Ponadto – co również było istotne dla Zamawiającego - przedłużenie czasu na wykonanie Kamieni Milowych nr 1 i 2 spowoduje automatycznie skrócenie czasu na wykonanie Kamienia Milowego nr 3 (18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia wykonanie robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej Brutto) oraz czasu na wykonanie całego kontraktu z uwagi na fakt, iż czas na ukończenie Kamienia Milowego nr 3 oraz całego Kontraktu nie zostanie zmieniony. To z kolei może spowodować, iż wykonawca nie będzie w stanie wykonać Kontraktu w terminie, gdyż na wykonanie robót budowlanych, po uzyskaniu ZRID oraz wykonaniu projektów wykonawczych i SST po ew. wydłużeniu terminu Kamienia Milowego nr i i 2 odpowiednio do 15 i 22 miesięcy, pozostanie zaledwie 10 miesięcy (bez okresów zimowych). Wykonanie robót budowlanych umożliwiających otrzymanie przez wykonawcę Świadectwa Przejęcia w terminie 10 miesięcy będzie niemożliwe.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że termin na ukończenie Kontraktu nie był przez wykonawców kwestionowany na etapie ogłoszenia o zamówieniu.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołujących nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarówno odwołania o sygn. akt KIO 25/14 jak również odwołania o sygn. akt KIO 26/14.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....