

Sygn. akt: KIO 1883/16
Sygn. akt: KIO 1884/16
Sygn. akt: KIO 1885/16

WYROK
z dnia 25 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 października 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2016 r. przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Żelazna 59A/26, 00-848 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego:

- A. **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR Polska Infrastructure S.A., Porr Bau GmbH, ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa,**
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Sp. z o. o., Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o. o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,**
- D. **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków,**
- E. **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa,**
- F. **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa.**

orzeka:

1. oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Żelazna 59A/26, 00-848 Warszawa**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Żelazna 59A/26, 00-848 Warszawa**, tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa, ul. Żelazna 59A/26, 00-848 Warszawa**, na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **10 800 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 1883/16

Sygn. akt: KIO 1884/16

Sygn. akt: KIO 1885/16

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowania o udzielenie zamówień publicznych na:

1. Projekt i budowę południowego wylotu z Warszawy drogi ekspresowej S-7 na odcinku od węzła Lotnisko na Południowej Obwodnicy Warszawy do obwodnicy Grójca - Odcinek „A” od węzła „Lotnisko” (bez węzła) do węzła „Lesznowola” (z węzłem) - długość odcinka ok. 6,64 km
2. Projekt i budowę południowego wylotu z Warszawy drogi ekspresowej S-7 na odcinku od węzła Lotnisko na Południowej Obwodnicy Warszawy do obwodnicy Grójca - Odcinek „B” od węzła „Lesznowola” (bez węzła) do węzła „Tarczyn Północ” (z węzłem) - długość odcinka ok. 14,80 km,
3. Projekt i budowę południowego wylotu z Warszawy drogi ekspresowej S-7 na odcinku od węzła Lotnisko na Południowej Obwodnicy Warszawy do obwodnicy Grójca - Odcinek „C” od węzła „Tarczyn Północ”(bez węzła) do początku obwodnicy Grójca w ciągu istniejącej drogi ekspresowej S-7 - długość odcinka ok. 7,89 km.

Ogłoszenia o zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2015 r, pod poz. 2015/S 184-333405 (odc. A), poz. 2015/S 184-333408 (odc. B), poz. 2015/S 184-333304 (odc. C).

W dniu 7 października 2016r. Odwołujący - Polski Związek Pracodawców Budownictwa - będący organizacją wpisaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania (sygn. akt KIO 1883/16, sygn. akt KIO 1884/16, Sygn. akt KIO 1885/16) w zakresie każdego z trzech postępowań o zamówienie publiczne, kwestionując ustalenia Zamawiającego polegające na ustaleniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający prowadząc ww. postępowania naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej

oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

2. §15 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 (dalej jako „Rozporządzenie”) poprzez zaniechanie sporządzenia Programu funkcjonalno - użytkowego w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty,
3. art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 3531 kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
5. art. 14 ustawy PZP w związku z art. 387 kodeksu cywilnego w zw. z art. 577 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 3531 kodeksu cywilnego poprzez żądanie przez Zamawiającego, aby Wykonawca zobowiązał się w ramach udzielanej Gwarancji Jakości, iż w okresie Gwarancji Jakości dla drogi klasy A i S, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego będzie wynosił $\geq 0,40$; zaś dla pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic $\geq 0,42$, co w konsekwencji spowoduje zwarcie umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność umowy.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów zawartych we wszystkich trzech odwołaniach, Odwołujący podniósł, że naruszenia ustawy Pzp, których dopuścił się Zamawiający w ramach ww. postępowań, wprost godzą w interesy zrzeszonych w ramach Związku członków, naruszając przy tym postulowaną przez Związek zasadę równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego w ramach zamówień publicznych i uczciwości kupieckiej. Postanowienia wprowadzone przez Zamawiającego do SIWZ w sposób nieprawidłowy opisując przedmiot zamówienia i przerzucając w całości ryzyka kontraktowe na wykonawców, doprowadzić mogą do niemożliwości złożenia ważnej i prawidłowej oferty przez zrzeszone w ramach Związku podmioty. Powyższe, w negatywny sposób może odbić na całym rynku infrastruktury i budownictwa, w którym partycypuje Związek.

Odnośnie poszczególnych zarzutów i wniosków Odwołujący podniósł:

1. Audyt BRD - Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach Programu funkcjonalno- użytkowego (PFU) kilkakrotnie definiuje obowiązki nałożone na Wykonawcę przez odwołanie się do wyników Audytu BRD, który zgodnie z przepisami ustawy o ruchu drogowym przeprowadzany jest na etapie projektowania. Zgodnie z art. 24k ust. 2 i 3 ustawy o ruchu drogowym Audyt BRD przeprowadzany jest przez audytora, który nie może być w jakikolwiek sposób powiązany z wykonawcą, audytor może być jednak związany z zarządcą drogi (vide art. 24k ust. 4-8 ww. ustawy). Jednocześnie, zgodnie z art. 241 ustawy o ruchu drogowym, zwięźczeniem przeprowadzonego Audytu BRD jest przedstawienie zaleceń dla zarządcy drogi. których w uzasadnionych przypadkach zarządca może jednak nie uwzględnić. W praktyce, w oparciu o cytowane przepisy ustawy o ruchu drogowym, Audyt BRD przeprowadza GDDKiA, czyli Zamawiający i od niego zależy jakie dodatkowe elementy Wykonawca miałby ewentualnie wprowadzić do dokumentacji a następnie wybudować. Powyższe oznacza, że Zamawiający przeniósł całkowite ryzyko związane z nieznanym zakresem koniecznych do wykonania prac i obowiązków na Wykonawcę, pozbawiając go możliwości zgłaszania na tej podstawie roszczeń o modyfikację kontraktu. Z uwagi na fakt, iż Audyt BRD przeprowadzany jest dopiero na etapie projektowania, a jednocześnie przeprowadzany jest przez GDDKiA, a więc podmiot niezależny od Wykonawcy, siłą rzeczy Wykonawca nie może znać na etapie przygotowywania oferty zakresu obowiązków wynikających z tego audytu, zakres ten jest przy tym całkowicie od niego niezależny. Tym samym, wymagania zarządcy drogi (GDDKiA) miałyby być zobowiązaniem Wykonawcy w sytuacji, gdy Wykonawca na etapie składania ofert nie może przewidzieć nakładu czasu i kosztów jakich wymagać będzie wynik Audytu BRD. Podkreślił, że analogiczny zarzut był przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w ramach postępowania sygn. akt KIO 437/16, która nakazała modyfikację treści SIWZ zgodnie z żądaniem Odwołującego, a rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zostało potwierdzone również przez Sąd Okręgowy w Warszawie w ramach wyroku z dnia 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16). Tak KIO, jak i Sąd Okręgowy uznały, że przez wzgląd na brak możliwości przewidzenia zakresu i konsekwencji wynikających z treści audytu BRD, postanowienia PFU przerzucające na Wykonawcę ryzyko związane z jego treścią, są nieprawidłowe i nie mogą zostać zaakceptowane.

Odwołujący wniósł o modyfikację pkt 1.4.1.1. oraz pkt 1.4.1.11 PFU w zaskarżonym zakresie poprzez nadanie im następującego brzmienia: „Wymagania zarządcy drogi wynikające z Audytu BRD przeprowadzonego na etapie projektowania są zobowiązaniami Wykonawcy. Wszelkie następstwa oraz obowiązki wskazane w Audycie BRD na etapie przed oddaniem do ruchu i zapisach decyzji pozwolenia na użytkowanie (warunki w nich zawarte) wynikające

z obowiązujących przepisów Prawa bądź Umowy są zobowiązaniami Wykonawcy. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu BRD zmieni się zakres obowiązków nałożonych na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

2. Decyzja środowiskowa - w pkt 1.4.1.1. PFU Zamawiający zwrócił uwagę, że obecnie toczy się przed Generalnym Dyrektorem Ochrony Środowiska postępowanie na wniosek Zamawiającego w sprawie zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia pn. „Budowa południowego wylotu z Warszawy drogi ekspresowej S-7 na odcinku od węzła Lotnisko na Południowej Obwodnicy warszawy do obwodnicy Grójca” i wskazał, że wszystkie warunki wynikające z decyzji zmieniającej uzyskanej na wniosek Zamawiającego są (będą) wiążące dla Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, oznacza to, że zakres prac projektowych i budowlanych nałożonych na wykonawcę treścią decyzji środowiskowej, zostanie zdeterminowany treścią nowej, uzyskanej na skutek wniosku Zamawiającego, decyzji w tym zakresie. Jej treść w chwili sporządzania i wyceny oferty jest nieznana i niemożliwa do przewidzenia nawet dla profesjonalnego podmiotu działającego z należytą starannością. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w ramach udostępnionych materiałów przetargowych nie przedstawił nawet informacji co do zakresu projektowanych i wnioskowanych przez niego zmian do treści obecnej decyzji środowiskowej, co dodatkowo uniemożliwia poczynienie jakichkolwiek założeń w tym przedmiocie. Istnieje przy tym spore prawdopodobieństwo, że na skutek zaktualizowanej decyzji środowiskowej, by sprostać wymogom tam zawartym, niezbędne będzie zaprojektowanie i wykonanie innych (nowych/ dodatkowych) obiektów infrastrukturalnych, które nie były uwzględnione w postanowieniach PFU i dostępnych na moment sporządzenia oferty dokumentów. W konsekwencji, Wykonawca nie posiada na moment sporządzenia oferty danych umożliwiających jej wycenę i określenie wszystkich ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Zwrócił także uwagę na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1607/16, w którym KIO zanegowała podobne postanowienie PFU nakładające na Wykonawcę konieczność zrealizowania przez niego nieznanych prac wynikających z przyszłej decyzji środowiskowej, pozbawiając przy tym Wykonawcę prawa do zgłaszania roszczeń o przedłużenie czasu realizacji inwestycji i wynagrodzenia umownego. Wyrok ten dotyczył inwestycji realizowanej, podobnie jak w przedmiotowym przypadku, w formule zaprojektuj i wybuduj. Powyższy wyrok, stanowi więc potwierdzenie tego, że pomimo, że opis przedmiotu zamówienia w ramach formuły zaprojektuj i wybuduj, już z samej swej istoty zakłada pewien margines niedookreślenia, konsekwencje z tego wynikające nie mogą być przerzucane w całości na Wykonawców, a taka praktyka Zamawiających powinna zostać eliminowana z obrotu. W konsekwencji stwierdzić należy, że Zamawiający dokonał nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia - zaniechał bowiem jego precyzyjnego

określenia, odwołując się do przyszłych i niemożliwych do przewidzenia zdarzeń, w postaci ostatecznej treści decyzji środowiskowej, na którą Wykonawcy nie mają wpływu. Konsekwencje swoich zaniechań, Zamawiający przerzucił przy tym w pełnym zakresie na Wykonawcę, obarczając go ryzykiem wynikającym z zaistniałych na tej podstawie zmian. Swoim działaniem, Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ w zaskarżonym zakresie przez dodanie w pkt 1.4.1.1 PFU postanowienia: „Jeżeli na skutek zmian wynikających z decyzji zmieniającej uzyskanej na wniosek Zamawiającego zmieni się zakres obowiązków nałożonych na Wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”

3. Dokumentacja geologiczno - inżynierska i hydrogeologiczna – w pkt 1.4.1.1. PFU Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania, Zamawiający wyszczególnił udostępniany wraz z PFU katalog dokumentów wiążących wykonawcę, w tym katalog dokumentów odnoszących się do modelu budowy podłoża w formie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (strona 12) oraz modelu budowy podłoża w formie dokumentacji hydrogeologicznej (strona 13 PFU). Zamawiający zwrócił jednocześnie uwagę, że rozpoznanie podłoża - na podstawie którego opracowano model budowy podłoża zawarty w ww. opracowaniu - miało charakter punktowy, a szczegółowe określenie rodzaju i stanu gruntu, przelotu poszczególnych warstw czy głębokości występowania zwierciadła wody gruntowej dotyczy wyłącznie poszczególnych wyrobisk badawczych. W przypadku uznania przez Wykonawcę, że przekazane wyniki badań wymagają uzupełnienia lub określenia dodatkowych specjalistycznych parametrów, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo - wodne wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu. W ocenie Odwołującego, wskazane postanowienia PFU świadczą o ich niespójności i już z samego tego faktu winny być wyeliminowane z obrotu prawnego jako niespełniające wytycznych ustawodawcy dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, szczegółowo opisanych w pkt I niniejszego odwołania. Z jednej strony, Zamawiający wskazuje bowiem, że udostępniane, załączone do PFU dokumenty, mają charakter wiążący, z drugiej zaś przerzuca na Wykonawcę ryzyko związane z wystąpieniem w ich treści ewentualnych nieprawidłowości. Dochodzi więc do dualizmu postanowień SIWZ w tym zakresie, ponieważ Wykonawcy z jednej strony wyceniając swoją ofertę mają kierować się informacjami geologicznymi i hydrogeologicznymi przekazanymi przez Zamawiającego, z drugiej zaś strony mają ponieść całkowite ryzyko błędów tej

dokumentacji, których Zamawiający nie wyklucza, przerzucając jednak odpowiedzialność z tego tytułu na Wykonawców. Innymi słowy, z uwagi na wiążący charakter SIWZ każdy z Wykonawców teoretycznie powinien wyceniać ofertę na podstawie przekazanych w jej ramach informacji. Odwołujący podkreślił, że nie jest rolą Wykonawcy weryfikowanie informacji przekazanych przez Zamawiającego, które stanowią podstawę do określenia zakresu jego świadczeń i wyceny składanej przez niego oferty. Informacje obejmujące taki zakres danych powinny być jednolite dla wszystkich wykonawców, tak aby Zamawiający uzyskał porównywalne i konkurencyjne oferty. Odwołujący, nie neguje, że formuła zaprojektuj i wybuduj zakłada pewną elastyczność postanowień opisujących przedmiot zamówienia, który doszczegółowiony jest w ramach projektów budowlanych i wykonawczych przygotowywanych przez wykonawcę uzyskującego dane zamówienie. Nie mniej jednak, jak wynika z §15 Rozporządzenia, Program funkcjonalno-użytkowy powinien zawierać takie informacje, które umożliwią ustalenie planowanych kosztów i wycenę oferty. Informacje będące podstawą wyceny powinny mieć stanowczy charakter, zwłaszcza, że nie przewidziano możliwości ich weryfikacji na etapie prowadzenia Postępowania, przed złożeniem ofert. Wykonawcy nie mają na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia możliwości wykonania badań terenowych w celu uzupełnienia wiedzy w zakresie warunków gruntowo - wodnych. Taka możliwość została im zagwarantowana dopiero na późniejszym etapie - co mogą uwzględnić w swojej ofercie. Nie eliminuje to jednak faktu, że na etapie składania oferty wykonawcy oszacować muszą nieznaną ryzyka związane z błędami w udostępnionej dokumentacji, przyjmując a priori czy uznać dokumentację przedstawioną przez Zamawiającego jako prawidłową czy też nie. Takie ukształtowanie postanowień przetargowych powoduje przy tym, że każdy z oferentów może poczynić inne założenia w tym zakresie, a co za tym idzie przygotować nieporównywalne względem siebie oferty. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, doszło do naruszenia: art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, §15 Rozporządzenia, oraz art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ w zaskarżonym zakresie przez jednocześnie:

- wykreślenie z pkt 1.4.1.1 PFU zastrzeżenia, iż „Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo - wodne wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu”.
- dodanie następującego postanowienia: „Jeżeli wystąpią rozbieżności pomiędzy udostępnioną dokumentacją geologiczno- inżynierską oraz hydrogeologiczną a rzeczywistym stanem faktycznym, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.

4. Linie rozgraniczające - Odwołujący, wskazując na postanowienia pkt 1.4.1.1. PFU Zakres Zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania zwrócił uwagę, iż w koncepcji Programowej występują niezgodności z warunkami technicznymi, które mogą spowodować brak możliwości zachowania linii rozgraniczających z koncepcji Programowej. Odwołujący wskazał na następujące błędy w przekazanej koncepcji Programowej, które determinują przebieg linii rozgraniczających, i są niezbędne do ich ustalenia na etapie przygotowania projektu budowlanego:

- brak sprawdzenia widoczności na zatrzymanie oraz przejezdności zaprojektowanych łącznic dla pojazdu nienormatywnego. Geometria i usytuowanie elementów łącznic (np. bariery) wskazują na brak takiej analizy, a co za tym idzie niepoprawne zaprojektowanie,
- brak projektu niwelet rowów dróg poprzecznych oraz dojazdowych. Na planie sytuacyjnym przedstawiono rowy o stałej głębokości 0.5m. Brak założonego spadku rowu w kierunku odbiornika, w związku ze zmiennym ukształtowaniem wysokościowym terenu istniejącego, może wpłynąć na przebieg linii rozgraniczających,
- w koncepcji Programowej nieprawidłowo zaprojektowane rampy przechyłkowe. Niezgodności występują w stosunku do warunków technicznych oraz PFU pkt. 1.4.1.3.1 (strona 18).

W ocenie Odwołującego, powyższe braki mogą mieć odzwierciedlenie w zajętości terenu i przebiegu linii rozgraniczających, a tym samym wpływ na wyjście poza linie określone w decyzji środowiskowej. Mechanizm modyfikacji linii rozgraniczających przewidziany w PFU jest, zdaniem Odwołującego, niewystarczający i nie chroni wykonawcy przed ponoszeniem odpowiedzialności za niedochowanie przewidzianych parametrów, z uwagi na obiektywne okoliczności, od niego niezależne.

Kwestionowane postanowienia wskazują, po raz kolejny, na zaniechanie precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia i przerzucenie konsekwencji wynikających z tych uchybień na wykonawców. Odwołujący podniósł, że respektuje fakt, iż postępowanie prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj a co za tym idzie pewne szczegółowe kwestie związane z realizacją zamówienia, z definicji pozostawione są wykonawcy na etap projektowania i wykonywania robót budowlanych. Niemniej jednak, jeśli Zamawiający nie posiada wszystkich danych, od których uzależnione jest określenie linii rozgraniczających, to niezasadnym jest narzucanie wykonawcom z góry przyjętych założeń z koncepcji Programowej, wątpliwych w świetle warunków technicznych. Takie działanie, stanowiłoby kolejny element przerzucania ryzyk kontraktowych w całości na wykonawców, którzy na bazie zweryfikowania obiektywnych okoliczności (niezależnych od wykonawcy), których zbadania zaniechał Zamawiający, mogą zidentyfikować niemożność dochowania linii rozgraniczających z koncepcji Programowej, bez realnej możliwości ich modyfikacji w ramach postanowień kontraktu. W konsekwencji, Odwołujący wskazał na naruszenie art. 29

ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, §15 Rozporządzenia, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o wykreślenie postanowienia zawartego w pkt 1.4.1.1. (strona 13 PFU, tiret pierwszy - dwa pierwsze punkty) wskazującego, iż Koncepcja Programowa (KP) jest wiążąca w zakresie przebiegu trasy S7 (odnosi się do osi horyzontalnej) oraz linii rozgraniczających.

5. Ciągi pieszo - rowerowe - Odwołujący, przytaczając postanowienia pkt 1.4.1.3.2. PFU („Węzły i łącznice, przejazdy, drogi dojazdowe obsługujące przyległy teren”) w części pn. „Infrastruktura dla pieszych i rowerzystów” (strona 23 PFU) o treści: „Ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi rowerowe, należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach i o parametrach, które wynikają z Koncepcji Programowej. Zamawiający dopuszcza nową lokalizację lub zmianę lokalizacji, parametrów ciągów pieszo rowerowych, chodników, ścieżek/dróg rowerowych w sytuacji gdy będą wynikały z uzgodnień Projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami Audytu BRD. Wykonawca zobowiązany jest do pozostawienia rezerwy terenu pod wiaduktami na potrzeby chodników i ścieżek rowerowych w ciągu istniejących dróg nie przewidzianych do przebudowy”, podniósł, że postanowienia te są wzajemnie sprzeczne. Z jednej strony Zamawiający wskazał, iż budowa chodników i ścieżek ma być wykonywana w oparciu o Koncepcję Programową, z drugiej zaś uzależnił ich przebieg od uzgodnień nieznanymi na etapie przygotowywania oferty i niemożliwych do przewidzenia przez Wykonawcę. Analogiczna konstrukcja, uzależniająca przebieg ciągów pieszo rowerowych od nieznanymi na etapie ofertowania okoliczności, była stosowana przez Zamawiającego w innym, przedmiotowo zbliżonym postępowaniu. Jej prawidłowość zanegowana została w przywołanym wcześniej wyroku o sygn. akt KIO 437/16, potwierdzonym wyrokiem SO w Warszawie w sprawie o sygn. akt XIII Ga 675/16. Zamawiający, wprowadzając do PFU powyższe postanowienie, nie powiązał z nim przy tym możliwości wprowadzenia do kontraktu modyfikacji, wynikających z ewentualnych zmian lokalizacji i parametrów ciągów komunikacyjnych względem wytycznych przekazanych w ramach PFU. Ryzyko zmian w tym zakresie zostało więc w całości przerzucone na Wykonawcę, który szacując swoją ofertę nie jest siłą rzeczy w posiadaniu danych, które ostatecznie mogą okazać się dla niego wiążące, z uwagi na poczynione, przyszłe uzgodnienia. Niezależnie od powyższego, Zamawiający zobowiązując Wykonawcę do pozostawienia rezerwy terenu pod wiaduktami na potrzeby chodników i ścieżek rowerowych w ciągu istniejących dróg nie przewidzianych do przebudowy, zaniechał jakiegokolwiek dookreślenia obowiązków z tym związanych. W ramach opisu przedmiotu zamówienia nie zostało bowiem sprecyzowane przykładowo jaką szerokość ma mieć pozostawiona rezerwa,

czy w każdym przypadku w ramach rezerwy miałyby być pozostawione miejsce na chodnik i ścieżkę rowerową łącznie. Tego typu dane są przy tym niezbędnymi danymi wyjściowymi do przyjęcia w ramach wykonywanych projektów odpowiedniej szerokości rezerwy, a co za tym idzie odpowiedniej długości obiektów inżynierskich. Powyższe zaniechanie Zamawiającego stanowi więc klasyczny przejaw nieprecyzyjnego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Z uwagi na fakt, iż dane w tym zakresie są podstawowymi informacjami niezbędnymi do podjęcia prac projektowych, nie można przy tym uznać, że stanowią one dozwolony margines elastyczności, wynikający z charakterystyki formuły zaprojektuj i wybuduj. Zamawiający naruszył więc tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Odwołujący wniósł o modyfikację pkt 1.4.1.3.2 PFU przez jednoczesne:

- dodanie postanowienia: „Jeżeli na skutek zmian wynikających z uzgodnień Projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami Audytu BRD zmieni się zakres prac związanych z zaprojektowaniem i wykonaniem ciągów pieszo rowerowych, chodników, ścieżek/ dróg rowerowych, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”,
- szczegółowe opisanie obowiązków nałożonych na Wykonawcę związanych z zobowiązaniem do pozostawienia rezerwy terenu pod wiaduktami na potrzeby chodników i ścieżek rowerowych w ciągu istniejących dróg nie przewidzianych do przebudowy (wskazanie obiektów oraz zakresu rezerwy jaką Wykonawca musi zapewnić).

6. Obiekty inżynierskie przejścia dla zwierząt - Odwołujący przywołał postanowienia:

- Tabeli nr 1.1. pn. „Wykaz obiektów inżynierskich” (strona 25 PFU), Zamawiający określił parametry, w tym długość czy liczbę przęseł, obiektów inżynierskich. Zamawiający wskazał jednocześnie, że „parametry obiektów inżynierskich podane w tabeli 1.1. mają charakter wiążący wykonawcę w zakresie ilości wiaduktów, kładek, klasy obciążenia oraz sposobu pokonania przeszkody”,
- na stronie 26 PFU, gdzie Zamawiający wskazał, iż „W uzasadnionych przypadkach (dotyczy również przejść górnych) w pasie objętym realizacją inwestycji, należy wziąć pod uwagę konieczność budowy obiektów, które zapewnią uzyskanie drożności szlaku migracji zwierząt (o parametrach określonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przejścia głównego) w celu bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza pas drogowy (np. pod łącznicami). Za uzasadniony przypadek uważa się sytuację, w której zwierzęta bezpośrednio z przejścia dla zwierząt zlokalizowanego w ciągu szlaku migracji wyprowadzane są na przeszkody uniemożliwiające dalsze kontynuowanie migracji (np. inna

droga komunikacyjna o zaporowym, dla możliwości bezpiecznego jej pokonania, natężeniu ruchu, wysoki, stromy nasyp, itp.)",

- na stronie 27 PFU, gdzie Zamawiający wskazał, iż „Ostateczne ustalenie danych dotyczących parametrów geometrycznych oraz zagospodarowana przejść dla zwierząt będą wynikać z istniejących warunków hydrogeologicznych oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań, wynikających z Raportu wykonanego w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko i z Projektu Budowlanego. 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". Wskazał, że powyższe postanowienia PFU są wzajemnie niekompatybilne, z tego względu, iż z jednej strony Zamawiający wskazuje na wiążący charakter danych wyszczególnionych w Tabeli 1.1. (dając asumpt do przyjęcia, iż informacje zdefiniowane w tej Tabeli stanowią podstawę wyceny oferty Wykonawcy), z drugiej zaś wskazuje na ewentualną konieczność budowy dodatkowych obiektów inżynierskich w postaci przejść dla zwierząt. Co istotne, zgodnie z deklaracją Zamawiającego zawartą na stronie 27 PFU, zmiany danych ilościowych nie stanowią przesłanki do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie. Innymi słowy, Wykonawcy obarczeni są ryzykiem tego czy zaistnieje konieczność wybudowania dodatkowych obiektów inżynierskich, a z jego podjęciem nie wiąże się możliwość żadnej rekompensaty w postaci zmiany warunków kontraktowych, będących konsekwencją dodatkowych prac. Zamawiający naruszył w ten sposób przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Odwołujący wniósł o modyfikację pkt 1.4.1.4. PFU (strona 27) poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zmiany danych ilościowych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu powyższych opracowań, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, będą powodowały zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenie Czasu na Ukończenie”.

7. Harmonogram prac archeologicznych – w pkt 1.5.2.1 PFU na stronie 59 PFU, Zamawiający wskazał w odniesieniu do podpunktu dotyczącego Badań archeologicznych i innych działań przy zabytkach, że „W trakcie prowadzenia Robót ziemnych Zamawiający zapewni stały nadzór archeologiczny. Wykonawca winien współpracować z nadzorem archeologicznym, wyłonionym przez Zamawiającego, informując o terminach robót ziemnych oraz umożliwiając wstęp na plac budowy. Ponadto Wykonawca winien współpracować na etapie realizacji inwestycji z wykonawcami badań archeologicznych, w tym badań sondażowych i wykopaliskowych, wyłonionymi przez Zamawiającego, umożliwić im wstęp na

plac budowy oraz dostosować harmonogram robót do terminów prac archeologicznych". Zdaniem Odwołującego postanowienie to narzuca na wykonawców obowiązek skoordynowania prac z innymi podmiotami, od niego niezależnymi, przy jednoczesnym braku przekazania szczegółowych informacji co do zakresu i terminów planowanych prac archeologicznych. Samo tylko zasygnalizowanie przez Zamawiającego takiego obowiązku uznać należy za niewystarczające, bowiem brak szczegółowych informacji w tym zakresie uniemożliwia wykonawcy należyte zaplanowanie robót, i tym samym należyte przygotowanie ceny ofertowej. Podkreślił, że realizacja inwestycji budowlanej odbywa się w oparciu o ściśle przygotowany harmonogram, minimalizujący ryzyko przestoju i optymalizujący koszty projektu. Zaburzenie realizacji takiego harmonogramu wprost więc przekłada się na ryzyko gospodarcze, które mógłby ponieść Wykonawca. Odwołujący powołał się na wyrok o sygn. akt KIO 411//13, gdzie nałożono na Wykonawcę konieczność skoordynowania realizowanych prac z innym wykonawcą, którego zakres i terminarz prac nie był znany, Izba uznała, iż doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że poinformowanie jedynie wykonawcy o zamiarach zamawiającego wprowadzenia na teren budowy innego wykonawcy jest niewystarczające. W konsekwencji, Odwołujący wskazał na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz § 15 rozporządzenia. Odwołujący wniósł o usunięcie z treści zaskarżanej klauzuli, opisanej w pkt 1.5.2.1 PFU (strona 59) sformułowania „oraz dostosować harmonogram robót do terminów prac archeologicznych”

8. Obiekty inżynierskie – wiążący parametr sposobu pokonania przeszkody - W ramach pkt 1.4.1.4 „Parametry obiektów inżynierskich”, Zamawiający w ramach Tabeli nr 1.1. pn. „Wykaz obiektów inżynierskich” (strona 25 PFU), określił parametry, w tym długość czy liczbę przęseł, obiektów inżynierskich. Zamawiający wskazał jednocześnie, że „parametry obiektów inżynierskich podane w tabeli 1.1. mają charakter wiążący wykonawcę w zakresie ilości wiaduktów, kładek, klasy obciążenia oraz sposobu pokonania przeszkody. Zdaniem Odwołującego, wiążący charakter danych dotyczących sposobu pokonania przeszkody w znacznym stopniu ogranicza możliwość optymalizacji rozwiązań wysokościowych przewidywanych w Koncepcji Zamawiającego. Innymi słowy, respektowanie wiążącego charakteru wytycznych w tym zakresie prowadzi de facto do narzucenia w przypadku rozwiązań wysokościowych ściśle określonych metod, znacznie „usztyniających” stosunek zobowiązaniowy łączący strony w tym zakresie. Podkreślił, że postanowienia PFU, co wynika z §15 Rozporządzenia powinny być na tyle precyzyjne aby umożliwić wycenę oferty (stąd zasadne jest wskazanie jako wiążącej ilości obiektów inżynierskich), na tyle jednak elastyczne aby w ramach zapotrzebowania Zamawiającego i celu jaki chce on osiągnąć w ramach danej inwestycji, Wykonawcy mieli możliwość zaproponowania swoich rozwiązań techniczno - materiałowych. Inne ukształtowanie wymogów PFU, naruszając charakterystykę

tej formuły, stanowi też o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz § 15 rozporządzenia. Odwołujący wniósł o modyfikację zastrzeżenia zawartego pod Tabelą 1.1. na stronie 25 PFU w ramach pkt 1.4.1.4 przez usunięcie z zakresu wiążących elementów sposobu pokonania przeszkody, tj. nadanie mu następującej treści: „parametry obiektów inżynierskich podane w tabeli 1.1. mają charakter wiążący wykonawcę w zakresie ilości wiaduktów, kładek oraz klasy obciążenia”.

9. Uzgodnienia przebudowy drogi, (Prace dotyczące innej inwestycji) - w ramach pkt 1.4.1.1. PFU („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidywanych do zaprojektowania i wykonania”), Zamawiający wskazał, iż „nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami w PFU, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać (...) koncepcję dla odcinków A, B i oraz obwodnicy Grójca do skrzyżowania z drogą krajową nr 50, projekt i budowę Systemu Zarządzania Ruchem dla odcinka C oraz obwodnicy Grójca do skrzyżowania z drogą krajową nr 50”. Zdaniem Odwołującego, powyższe postanowienie jest niespójne z całością opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ obejmuje inną inwestycję tj. obwodnicę Grójca do skrzyżowania z drogą krajową nr 50. Wprowadzenie tego rodzaju postanowienia do treści PFU skutkuje więc koniecznością wnioskowania jaki jest właściwie zakres obowiązków nałożonych na Wykonawcę i co obejmuje przedmiot zamówienia w ramach tego Postępowania. Z perspektywy Wykonawcy, niezgodnym z praktyką rynkową byłoby bowiem objęcie danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, odrębnej inwestycji, stanowiącej przedmiot odrębnego zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego doszło w przedmiotowym przypadku do naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o wykreślenie kwestionowanego postanowienia tj. wykreślenie ostatniego tiretu na stronie 15.

10. Niweleta - w pkt 1.4.1.3.1 PFU („Droga ekspresowa”), na stronie 17-18 PFU, Zamawiający zawarł zastrzeżenie o następującej treści: „Przyjęcie zgodnie z warunkami technicznymi minimalnych parametrów projektowych dla drogi ekspresowej w zakresie:

- odległości między załamaniami niwelety;
- wartości promienia łuku wypukłego w przekroju podłużnym;
- wartości promienia łuku wklęsłego w przekroju podłużnym

wymaga uzyskania pozytywnej opinii Inżyniera Kontraktu oraz pisemnej zgody Zamawiającego”.

Zdaniem Odwołującego postanowienie to z jednej strony świadczy o wzajemnej niespójności postanowień opisu przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś o naruszeniu charakterystyki realizacji robót w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Z powyższego postanowienia PFU wynikałoby bowiem, iż możliwa jest optymalizacja niwelety, niemniej jednak na jej wprowadzenie konieczne byłoby każdorazowo uzyskiwanie zgody Zamawiającego. Innymi słowy, Wykonawcy na etapie przygotowywania i składania oferty nie mają jednoznacznych podstaw co do jej sformułowania - nie mają bowiem pewności czy mogą zastosować optymalizację niwelety i bazując na niej wycenić swoją ofertę. Innymi słowy, na etapie przygotowania oferty Wykonawcy nie mogą poczynić jakichkolwiek założeń projektowych w tym zakresie, będących składową wyceny całej oferty. Powyższą praktykę Zamawiającego uznać należy za nieprawidłową zwłaszcza w kontekście tego, że powszechnie obowiązujące przepisy prawa obowiązującego w Polsce (Dz.U. 42, poz. 430) pozwalają na projektowanie w oparciu o minimalne parametry. Uprawnienia przyznane na tej podstawie są natomiast w ramach niniejszego Postępowania ograniczane, co budzi zdziwienie zwłaszcza w konfrontacji z charakterystyką formuły „zaprojektuj i wybuduj”, która zakłada przecież pewną elastyczność w pracach projektowych powierzonych wykonawcą. Pozostawienie postanowienia o takiej treści w ramach PFU świadczy o naruszeniu: art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz §15 Rozporządzenia, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego, a także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o:

- wykreślenie w całości kwestionowanego zastrzeżenia zawartego na stronie 17-18 PFU, w ramach pkt 1.4.1.3.1. PFU, ewentualnie: - doprecyzowanie treści PFU przez jednoznaczne określenie minimalnych wartości projektowych akceptowanych przez Zamawiającego.

11. Uzgodnienia - przepusty i zbiorniki - Odwołujący wskazał na inne postanowienia PFU, który definiują zakres zobowiązań nałożonych na wykonawcę przez odniesienie się do treści przyszłych decyzji i uzgodnień, nieznanych na moment składania ofert, uzależniających zakres prac od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków:

- pkt 1.4.1.5 PFU - („Przepusty dla celów ekonomicznych i odwodnienia dróg”), na stronie 28 PFU, zawarty został zapis o następującej treści: „Ostateczne ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków”

- pkt 1.4.1.6 PFU („Zbiorniki retencyjne i retencyjno-infiltracyjne”), na stronie 29 PFU, zawarty został zapis o następującej treści: „Ostateczna ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym), warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków.

Odwołujący ponownie podkreślił, że nieprawidłowym i naruszającym przepisy ustawy Pzp jest odwoływanie się w opisie przedmiotu zamówienia do nieznanych i niemożliwych do oszacowania okoliczności, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia. Powyższe, świadczy o nadużywaniu praw podmiotowych przez Zamawiającego i skrajnej nierównowadze stron stosunku zobowiązaniowego. Wykonawcy powinni mieć bowiem precyzyjne dane wyjściowe do przygotowania swojej oferty, przedstawione w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania. Nieprawidłowość konstruowania przez Zamawiających zapisów o takiej treści wielokrotnie była zresztą potwierdzana przez Krajową Izbę Odwoławczą i Sądy Powszechne, w tym w ramach spraw, których stroną był Zamawiający. Zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Jednocześnie, takie działanie Zamawiającego wpływając na możliwość uzyskania porównywalnych i konkurencyjnych ofert, godzi również w zasadę uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o modyfikację treści PFU przez: - usunięcie z pkt 1.4.1.5 oraz 1.4.1.6 PFU w kwestionowanym zakresie zastrzeżenia, iż zobowiązania nałożone na wykonawcę uzależnione będą od warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków, ewentualnie – dodanie przy każdym z kwestionowanych postanowień następującego doprecyzowania: Jeżeli na skutek uzgodnień dokonywanych na etapie realizacji zamówienia zmieni się zakres prac nałożonych w tym zakresie na wykonawcę, to będzie stanowiło to podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

12. Uzgodnienia - umowy - w pkt 1.4.1.7 PFU (Instalacje i infrastruktura), na stronie 32, zawarte zostało postanowienie: „W przypadku nałożenia przez właścicieli bądź zarządców infrastruktury technicznej obowiązku zawarcia umów, regulujących wzajemne zobowiązania z Inwestorem, należy uregulować wszelkie formalności z tym związane. Przedmiotowe umowy powinny uwzględniać uwarunkowania wynikające z obowiązującego prawa, rozwiązań projektowych oraz wydanych w sprawie budowy drogi krajowej decyzji administracyjnych. Wykonawca zobowiązany jest do zawarcia przedmiotowych umów z gestorem sieci (w tym umów na usunięcie kolizji i umów przyłączeniowych) oraz wykonania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalno-prawnych wynikających z tych umów. Zobowiązania umowne zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie". Odwołujący podniósł, że zgodnie z powyższym postanowieniem na wykonawców została nałożona konieczność skalkulowania ryzyka związanego z zawieraniem umów z gestorami sieci, podczas gdy zakres zmiennych, od których uzależniona jest skala zobowiązań związanych z zawieraniem w tym trybie umowami jest niemożliwy do przewidzenia. Opłaty wynikające z konieczności zawieranych umów mogą

wynikać z wewnętrznych zarządzeń, o których Wykonawca nie ma, i nawet przy dochowaniu należytej staranności, nie mógłby mieć wiedzy. Tym samym, żaden z profesjonalnie działających na rynku podmiotów nie jest dysponentem takich danych, które umożliwiłyby mu rzetelne skalkulowanie oferty w zakresie ryzyka związanego z tym zobowiązaniem. Podkreślił, że Zamawiający, nawet w ramach formuły zaprojektuj i wybuduj, obowiązany jest do udostępnienia wykonawcom danych pozwalających na dokonanie kalkulacji oferty, co wprost potwierdza wielokrotnie przywoływany już w ramach niniejszego odwołania §15 Rozporządzenia. Nie jest więc rolą Wykonawców, poszukiwanie na rynku informacji, które mogłyby być podstawą dokonania hipotetycznych szacunków związanych z koniecznością zawierania umów z gestorami sieci. Takie indywidualne pozyskiwanie jakichkolwiek danych przez wykonawców, prowadziłyby zresztą do tego, że każdy z nich miałby inne materiały źródłowe, stanowiące podstawę sporządzenia oferty. Sporządzone w taki sposób oferty byłyby więc nieporównywalne, co nie jest także w interesie Zamawiającego, zobowiązanego przecież do dokonywania racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Odwołujący wniósł o modyfikację treści PFU przez jednocześnie:

- usunięcie zastrzeżenia nakładającego na wykonawcę zobowiązanie do wykonywania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalnoprawnych wynikających z gestorem sieci, tj. nadanie kwestionowanemu pkt 1.4.1.7 PFU następującej treści: „W przypadku nałożenia przez właścicieli bądź zarządców infrastruktury technicznej obowiązku zawarcia umów, regulujących wzajemne zobowiązania z Inwestorem, należy uregulować wszelkie formalności z tym związane. Przedmiotowe umowy powinny uwzględniać uwarunkowania wynikające z obowiązującego prawa, rozwiązań projektowych oraz wydanych w sprawie budowy drogi krajowej decyzji administracyjnych" oraz
- dodanie następującego doprecyzowania: „Dodatkowe koszty wynikające z uzgodnień i umów zawartych z gestorem sieci będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie".

13. Krajowy System Poboru Opłat – w pkt 1.4.1.11.1 PFU („Projekt stałej organizacji ruchu”), strona 47 PFU, Zamawiający wprowadził postanowienie o następującej treści: „W przypadku podjęcia decyzji o objęciu Krajowym Systemem Poboru Opłat odcinka drogi będącego przedmiotem niniejszej inwestycji Zamawiający powiadomi Wykonawcę o takiej decyzji Wykonawcę”. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wspomina w ramach tego zapisu o możliwości wprowadzenia KSPO, nie precyzuje jednak czy okoliczność tę wykonawcy mają uwzględnić w swojej ofercie, a jeśli tak to w jakim zakresie, zwłaszcza w jakim zakresie może mieć to wpływ na zobowiązania nałożone na Wykonawcę. Postanowieniu temu brak jest przymiotu stanowczości i jednoznaczności, które powinny być zachowane w ramach opisywania przedmiotu zamówienia zgodnego z wytycznymi ustawodawcy. W oparciu o powyższe postanowienia żaden z wykonawców nie jest w stanie zidentyfikować zakresu

swoich dodatkowych obowiązków, żaden z wykonawców nie dysponuje podstawą do dokonywania już na tym etapie kalkulacji jakichkolwiek ryzyk związanych z wprowadzeniem tego systemu. Zamawiający naruszył tym samym przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Odwołujący wniósł o: - usunięcie kwestionowanego postanowienia, tj. postanowienia o treści: „W przypadku podjęcia decyzji o objęciu Krajowym Systemem Poboru Opłat odcinka drogi będącego przedmiotem niniejszej inwestycji Zamawiający powiadomi Wykonawcę o takiej decyzji Wykonawcę” ewentualnie: - dodanie postanowienia o treści: „Zmiany wynikające z wprowadzenia Krajowego Systemu Poboru Opłat będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.

14. Infrastruktura techniczna niezwiązana z drogą – w pkt 1.5.2.1 PFU („Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne”) na stronie 58PFU, Zamawiający zawarł postanowienie: „Za zgodą Zamawiającego, należy dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócą się o to inwestorzy tej infrastruktury”. Postanowieniem tym, Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek uzgodnienia obcej infrastruktury, niezwiązanej z projektowaną drogą, na prośbę podmiotów niezależnych od Zamawiającego. Tym samym, wykonawca nie ma informacji o skali takich dodatkowych zobowiązań (skoro nie są one związane z budową drogi i wytycznymi przekazanymi w tym zakresie), nie mając też wystarczających danych do ich rzetelnego uwzględnienia w ramach przygotowywanej przez siebie oferty. Zamawiający nie uregulował przy tym kwestii związanej z tym czy z tego tytułu możliwe będzie zwiększenie wynagrodzenia czy czasu na realizację całego projektu, a w konsekwencji na ten moment Wykonawcy identyfikują konieczność powyższych uzgodnień jako ryzyko, w którym w żadnym stopniu nie partycypuje Zamawiający. Zamawiający naruszył swym działaniem tak przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Odwołujący wniósł o: - usunięcie kwestionowanego zapisu pkt 1.5.2.1 PFU, ze strony 58 PFU, tj. zapisu o treści: „Za zgodą Zamawiającego, należy dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócą się o to inwestorzy tej infrastruktury”, ewentualnie - dodanie w ramach pkt 1.5.2.1 PFU postanowienia o treści: „Zmiany wynikające z dodatkowych uzgodnień w tym zakresie będą stanowiły podstawę do zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.

15. Laboratorium - w pkt 1.5.2.4 PFU (strona 64PFU) zamawiający, w ramach wytycznych inwestorskich i uwarunkowaniach związanych z przygotowaniem budowy i jej przeprowadzeniem, wskazał, iż przy przygotowaniu i realizacji przedmiotowej inwestycji należy przestrzegać następujących wytycznych: „Przygotowanie i użytkowanie niestacjonarnego laboratorium drogowego dla Zamawiającego (polowego)/w zależności od potrzeb”. Jednak Zamawiający nie określił w ramach tego postanowienia czy ten element, tj. przygotowanie i użytkowanie laboratorium wykonawcy mają uwzględnić w swojej ofercie czy też nie, co wprost świadczy o nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Jeśli koniecznym byłoby przewidzenie takiego elementu, Zamawiający nie udostępnił jakichkolwiek danych co do wymagań z tym związanych, które to wymagania powinny być jednolicie uwzględnione w ofertach każdego z wykonawców, tak aby możliwe było zachowanie ich porównywalności. Wykonawcy nie mają danych dotyczących tego co mają objąć swoją ofertą i w jaki sposób wycenić ten element. Zamawiający naruszył zatem przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp jak oraz §15 Rozporządzenia, jak i przepisy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) kodeksu cywilnego. Odwołujący wniósł o usunięcie pkt 1.5.2.4 PFU alternatywnie o wprowadzenie do PFU postanowień doprecyzowujących wymagania Zamawiającego co do posiadanego laboratorium.

16. Eksperymentalne oznakowanie pionowe - w pkt 1.4.1.11 PFU („Organizacja ruchu”), na stronie 46 PFU, Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „Zamawiający może wymagać zastosowania oznakowania pionowego jako eksperymentalnego. Schemat oznakowania eksperymentalnego stanowi załącznik do PFU”. Zdaniem Odwołującego postanowienie to cechuje się niejednoznacznością i nie daje wykonawcom możliwości jednoznacznego zidentyfikowania potrzeb zamawiającego, mających stanowić podstawę wyceny składanych ofert. Na podstawie takiego ukształtowania zobowiązań nałożonych na wykonawcę, każdy z potencjalnie zainteresowanych składaniem oferty, może przyjąć inną metodologię jej wyceny, zakładając konieczność - bądź nie - zastosowania oznakowania pionowego eksperymentalnego. W konsekwencji, prowadzi to do uzyskania przez Zamawiającego nieporównywalnych ofert, godząc przy tym w zasadę racjonalnego wydatkowania środków publicznych, do przestrzegania której Zamawiający jest zobowiązany. W ocenie Odwołującego, pomimo faktu, że postępowanie jest prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”, obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z §15 Rozporządzenia, jest przedstawienie stanowczych podstaw wyceny ofert składanych przez wykonawców zainteresowanych pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, eliminujących potrzebę wnioskowania co do zapotrzebowania Zamawiającego. Zamawiający naruszył tym samym art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z §15 Rozporządzenia poprzez brak jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia,

utrudniającego zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o modyfikację treści pkt 1.4.1.11 PFU przez jednoznaczne wskazanie, czy Zamawiający wymaga zastosowania oznakowania pionowego jako eksperymentalnego.

17. Parametr szorstkości nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia) - Odwołujący podniósł, jako podmiot zrzeczający wykonawców robót drogowych w Polsce, którzy posiadają jedne z największych i najdłuższych doświadczeń w zakresie realizacji inwestycji infrastrukturalnych, tak na rynku krajowym, jak i europejskim, a nawet światowym, że wymagany przez Zamawiającego miarodajny współczynnik tarcia określony w wymaganiach SIWZ, jako miarodajny dla okresu gwarancyjnego, jest na gruncie dotychczasowych doświadczeń oraz prowadzonych badań, obiektywnie niemożliwy do osiągnięcia. Powyższe powoduje, że zakres i rodzaj zobowiązania gwarancyjnego wymaganego przez Zamawiającego od Wykonawców stanowi o niemożliwości świadczenia. Zwrócił uwagę, że Zamawiający wyspecyfikował szczegółowo wymagania odnośnie projektowania konstrukcji nawierzchni - pkt. 2.1.2 PFU, jak również technologię układania warstwy ścieralnej, parametry używanych materiałów (np. PSV dla kruszywa), właściwości mieszanki mineralno-asfaltowej (MMA), itp. - WWIORB, do których Wykonawca musi się bezwzględnie zastosować. Powyższe wymagania zostały określone na poziomie maksimum, dostępnym na rynku budowlanym. Zamawiający określił precyzyjne, z jakich materiałów ma być wyprodukowana mieszanka mineralno-asfaltowa i jak ma być układana. Mimo tego określenie parametrów gwarancyjnych w zakresie szorstkości przenosi na wykonawcę odpowiedzialność za przyjęte przez Zamawiającego parametry materiałowe oraz technologię wykonania. Ponadto na uzyskiwane wartości miarodajnego współczynnika tarcia w czasie eksploatacji nawierzchni wpływ mają różne czynniki niezależne od Wykonawcy robót, m.in. wielkość obciążenia nawierzchni ruchem, struktura ruchu (ilość pojazdów ciężarowych), warunki atmosferyczne (woda, mróz, temperatura), utrzymanie nawierzchni (np. w zimie), itp. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien albo określić, w jaki sposób i z czego wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia, albo też określić sam rezultat konieczny do osiągnięcia. Podając oba elementy, nie może przerzucać jednocześnie odpowiedzialności za rezultat umowy na wykonawcę, skoro sam Zamawiający dysponuje wynikami badań, które potwierdzają, iż jest to obiektywnie niemożliwe do osiągnięcia. Zamawiający winien wskazać albo wymagania wstępne, albo końcowe, a jeśli wskazuje oba – wykazać obiektywną możliwość ich osiągnięcia, czego w tym przypadku nie uczynił. Zdaniem Odwołującego zasadnym byłoby w ogóle nieokreślenie miarodajnego współczynnika tarcia nawierzchni w okresie Gwarancji Jakości. Dlatego w pierwszej kolejności Odwołujący wniósł o usunięcie tego wymagania z dokumentów kontraktowych. Odwołujący wskazał, że aktualnie określony przez Zamawiającego współczynnik tarcia jest

jednym z najwyższych w Europie. Dla porównania można przywołać analogiczne wymagania dla dróg, jakie stawiane są w Niemczech, które przywołuje się często jako przykład wzorca jakości wykonywania infrastruktury drogowej. Co ważne, na skutek prowadzonych na szeroką skalę badań, wymagania stosowane w Europie (z wyjątkiem Polski) w zakresie parametrów współczynnika tarcia zostały w ciągu ostatnich lat zmienione zarówno poprzez obniżenie wartości miarodajnego wskaźnika, jak i ustalenie dopuszczalnych odchyłek parametrów wyników oraz określenie innych metod pomiarowych. Aktualnie wymagany przez Zamawiającego poziom współczynnika tarcia jest nieosiągalny i niemożliwy do uzyskania na całym odcinku drogi a taki warunek został w wymaganiach SIWZ postawiony. Badania IBDIM wykazały, że jest to wskaźnik znacząco zawyżony w stosunku do przeliczonego z wymagań stosowanych np. w Niemczech. Odnosząc się do przywoływanych wymagań niemieckich przeliczonych przez IBDIM na nasz system pomiarowy, parametr graniczny w okresie gwarancji wynosi w Niemczech 0,37. Dowód: Opracowanie IBDIM z dnia 14.03.2016r. p.n.: „Wymagania dotyczące współczynnika tarcia nawierzchni drogowych”, str.22. Wg. niemieckich wymagań, w przypadku obniżenia tego parametru o 0,03 tj. do 0,34 uznaje się to za mieszczący się w granicach dopuszczalnego odchylenia, które nie jest uważane za przekroczenie parametrów. Oznacza to, że wskaźnik wymagany przez Zamawiającego jest dla jezdni głównej o 0,06 większy niż Niemczech, zaś dla łącznic i pasów włączeń i wyłączeń o 0,08. Nie ma również uzasadnienia technicznego różnicowanie parametrów dla jezdni głównej i łącznic, gdyż łącznice i pasy włączeń i wyłączeń wykonywane są z takiej samej mieszanki, jak jezdni główna.

Istotne jest również to, że w systemie oceny nawierzchni stosowanej przez GDDKiA, tzw. DSN - Diagnostyka Stanu Nawierzchni, określa się klasy parametrów. Najwyższe parametry obejmują klasy A i B, przy czym klasa B jest według systemu oceny DSN stanem zadowalającym, charakteryzującym „nawierzchnie nowe, odnowione, nawierzchnie nie wymagające zabiegów - załącznik do Zarządzenia nr 34 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30.04.2015r., tabela 6.1, str. 37. Parametr graniczny dla tej klasy wynosi 0,36. Oznacza to, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający po okresie 5-cio letniego użytkowania wymaga, by parametr szorstkości był znacząco wyższy, niż dopuszczalny dla dróg nowych i odnowionych. Parametr 0,36 zgłaszany przez Odwołującego, jako żądanie alternatywne, wynika z obowiązującego ww. dokumentu GDDKiA i jest o 0,02 wyższy niż dopuszczalny na koniec okresu gwarancji w Niemczech. Z przeprowadzonych przez Instytut Badania Dróg i Mostów (IBDiM) badań, opracowanych w Sprawozdaniu z realizacji pracy TD-88 z czerwca 2009 r. wynika, że większość dróg już w momencie odbioru nie spełniała parametru 0,4, który w obecnym postępowaniu Zamawiający wymaga po okresie 5 lat. Badania dla tej pracy wykonywane były oponą Barum Bravuris, zatem dla porównania do dzisiejszych wymagań, odnoszonych do opony PIARC

wyniki przedstawione w załączniku do tej pracy powinny być przemnożone przez współczynnik 0,974, czyli powinny być jeszcze niższe. Współczynnik szorstkości charakteryzuje się tym, że zmniejsza się on w czasie użytkowania, dlatego po okresie 5 lat wyniki przedstawione w załączniku do pracy IBDIM byłyby dodatkowo znacząco niższe. Jako dowód Odwołujący wskazał sprawozdanie z realizacji pracy TD-88 z czerwca 2009 r. wraz z załącznikiem do tego Sprawozdania. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że wykonanie drogi w sposób odpowiadający w 100% wszystkim wymaganiom Kontraktu, zastosowanie nakazanej technologii i użycie wymaganych materiałów, nie daje żadnej gwarancji na to, iż współczynnik szorstkości osiągnie wymagany poziom. Przeciwnie, dotychczasowe badania pokazują, że jeszcze przed upływem pełnego okresu gwarancji poziom danego wskaźnika znacząco się obniża poniżej wartości określonych jako graniczne w dokumentach gwarancyjnych. Niemożliwość wykonania świadczenia dowodzą także badania naukowców z Politechniki Białostockiej publikowane w roku 2016 r. (dowód: publikacja „Evolution of skid resistance using CTM, DFR and SRT-3 devices”. Badania obejmowały 11 odcinków testowych, w tym 4 odcinki, gdzie warstwa ścieralna (górną warstwę nawierzchni) wykonana była w technologii SMA. Badania wykazały, że żadna z dróg wykonanych w technologii SMA przy pomiarach z prędkością 60km/h (tj. takich jak wymaga dokument gwarancyjny) nie osiąga parametru 0,4 wymaganego w tym postępowaniu w okresie gwarancji (ww. publikacja str. 3055 tabela 4 pozycje od 1 do 4 oraz wykres na str. 3056 Fig.5.b.). Należy jednak podkreślić, że badanie te były wykonywane po 4 a nie 5 latach po ułożeniu warstwy, zaś dla drogi S-8 zaledwie po dwóch latach. Oznacza to, że warstwa SMA (taka jak wymagana w niniejszej umowie) już po dwóch latach nie spełniała parametru, którego dla tej inwestycji Zamawiający oczekuje po pięciu latach. Ogólnie na 11 odcinków badawczych tylko 5 miało parametr szorstkości powyżej 0,4, jednak z tych 5 odcinków 2 o najlepszych parametrach wykonane były w roku 2012 (czyli w momencie badań miały tylko 2 lata) i dotyczyły dróg wiejskich (czyli o znikomym natężeniu ruchu). Jeden z badanych odcinków był po naprawie w technologii Slurry Seal, zaś kolejny wykonany w technologii betonu cementowego PCC w roku 2014. Należy zwrócić uwagę, że ten odcinek oznaczony nr 10 - tj. w technologii PCC, w momencie badania nie miał jeszcze roku, jednak parametr nieznacznie tylko przekraczał 0,4 oczekiwane przez Zamawiającego po 5 latach. Oznacza to, że z 11 odcinków badawczych tylko jeden oznaczony numerem 9, wykonany w roku 2010 utrzymywał parametr powyżej 0,4. Jednak była to warstwa wykonana z betonu asfaltowego, nie zaś SMA, jak wymagana w niniejszej umowie i wiek tej nawierzchni wynosił 4, a nie 5 lat. Na dowód Odwołujący załączył tabelę własną z opracowaniem wyników badań Politechniki Białostockiej. Podniósł także, iż tak określony poziom współczynnika tarcia na poziomie $> 0,40$ i $> 0,42$ nie wynika z żadnej normy prawnej a stanowi jedynie dowolnie narzucony Wykonawcom obowiązek umowny, nie poprzedzony żadnymi badaniami w tym zakresie - przeciwnie, postawiony wbrew wynikom

przeprowadzonych badań. Tak określony parametr nie jest poparty żadną realną potrzebą Zamawiającego ani też użytkowników dróg, nie wpływa też na prawidłowość wykonania zamówienia, zaś określenie go na nierealnym poziomie, nie przynosi żadnej technicznej ani użytkowej korzyści. Jak wspomniano powyżej parametr graniczny klasy B tj. stanu zadowalającego wynosi 0,36. Odwołujący przywołał jedną z naczelných zasad prawa cywilnego, jaką jest zasada swobody umów wyrażona w art. 353¹ kc, która pozwala stronom stosunku obligacyjnego na ukształtowanie treści umowy w sposób zgodny z ich wolą, jednakże nie bezwzględnie dowolny, bowiem postanowienia umowy nie mogą sprzeciwiać się naturze danego stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego.

Istota udzielanej gwarancji jakości polega na zapewnieniu przez gwaranta, że wykonany przez niego przedmiot umowy posiada (i będzie posiadał przez okres próby) określone właściwości umożliwiające jego normalne użytkowanie, zgodnie z funkcją i przeznaczeniem. W tym przypadku zobowiązania gwaranta, pomimo że mają charakter bardzo daleko idący, nie mogą wykraczać poza granice przewidziane w art. 353¹ k.c., albowiem stanowiłyby przykład zobowiązania niewykonalnego, nierealnego, niemożliwego do wykonania. Gwarant nie może przyjąć na siebie zobowiązań, które nie są obiektywnie możliwe do dotrzymania. W takim przypadku nastąpiłby bowiem skutek przewidziany w art. 387 § 1 k.c., który powiada, że umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Powyższe potwierdza m.in. stanowisko Sądu Apelacyjnego w Szczecinie wyrażone w wyroku z dnia 21 października 2015 roku, I ACa 411/15, w którym wskazuje, iż „Uprawnienia kontraktujących stron nie mają z założenia charakteru bezwzględnego i znajdują swoje granice. Względem na zasadę swobody umów w żadnym razie nie eliminuje również możliwości dokonania przez sąd oceny konkretnej umowy pod kątem tego, czy aby umówione przez strony świadczenie pozostawało w momencie jej zawarcia obiektywnie możliwe do spełnienia w danych realiach, o czym stanowi przepis art. 387§ 1 k.c., a przecież nieważność czynności prawnej sąd bierze pod uwagę z urzędu.”

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo sądowe w zakresie niemożliwości świadczenia, podkreślił, że określone przez Zamawiającego parametry wskaźnika miarodajnego współczynnika tarcia, nie są możliwe do osiągnięcia, co potwierdzają przytoczone w pierwszej części wyniki badań prowadzonych nie tylko przez Wykonawców, ale także niezależne instytuty (IBDiM), Politechnika Białostocka jak i samego Zamawiającego. Skoro zatem już w chwili prowadzenia niniejszego postępowania, a więc jeszcze na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, wiadomym jest, że wymagane wskaźniki szorstkości nawierzchni nie są i nie będą możliwe do osiągnięcia, czyni to zobowiązanie gwarancyjne obiektywnie, trwale i pierwotnie niemożliwym. Ponadto, zdaniem Odwołującego, reprezentującego i zrzeszającego Wykonawców, wprowadzenie współczynnika tarcia na

zawyżonym, nieuzasadnionym technicznie i użytkowo poziomie, ma na celu wyłącznie przerzucenie na Wykonawcę ryzyka i kosztów związanych z nieosiągnięciem postulowanego poziomu szorstkości, a przez to, stworzenie podstawy dla roszczeń w okresie gwarancyjnym o obniżenie wynagrodzenia z powodu rzekomej niewłaściwej jakości wykonanych prac.

Odwołujący wniósł o: nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienia SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, Pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” oraz Pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia”, poprzez usunięcie Pkt. 1.1.3.1 oraz Pkt. 1.2.2.1.

ewentualnie:

nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ w zakresie postanowienie SIWZ Tom II, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa Pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” oraz Pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia”, poprzez zmianę wartości miarodajnego współczynnika tarcia przy drogach klasy A i S, dla pasa ruchu zasadniczego, dodatkowego, awaryjnego oraz pasa włączania i wyłączania, jezdni łącznic na $> 0,36$.

Dodatkowo, w ramach odwołania o Sygn. akt KIO 1885/16, dotyczącego odcinka A Odwołujący zakwestionował postanowienie pkt 1.4.1.1. PFU na stronie 13, w którym Zamawiający poinformował, że decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach na obszar po stronie wschodniej pomiędzy dz. Nr 489 i granicą działek 498 i 501 obr. Nowa Wola oraz po stronie zachodniej pomiędzy działką 418 i granicą działek 363 i 364 obr Nowa Wola dostarczy Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie w II kwartale 2017r.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje”

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący - Polski Związek Pracodawców Budownictwa - jako podmiot wpisany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji LO/2963/05) jest uprawniony, zgodnie z art. 179 ust. 2 ustawy Pzp do wniesienia odwołań wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Rozpatrywane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte 23 września 2015 r., a zatem przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), co powoduje, że zarówno do postępowania odwoławczego jak i postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosuje się przepisy dotychczasowe.

W toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą, Odwołujący oświadczył, że z uwagi na dokonaną przez Zamawiającego modyfikację SIWZ cofa zarzuty dotyczące: eksperymentalnego oznakowania pionowego, niwelety, obiektów inżynierskich - przejścia dla zwierząt, systemu zarządzania ruchem i laboratorium oraz prac dotyczących innej inwestycji. Stąd Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Przedmiot zamówień publicznych, objęty każdym z trzech rozpatrywanych odwołań dotyczy zaprojektowania i wybudowania trzech odcinków dróg (A, B i C), będących południowym wylotem z Warszawy drogi ekspresowej S-7 na odcinku od węzła Lotnisko na Południowej Obwodnicy Warszawy do obwodnicy Grójca. Niespornym jest, że Zamawiający przewidział realizację zadań w formule zaprojektuj i wybuduj oraz ustalił, że wynagrodzenie umowne ma charakter ryczałtowy.

W Warunkach Kontraktu w subklauzuli 13.1 Prawo do zmieniania, Zamawiający przewidział:

A. Jeżeli zdaniem Wykonawcy dla realizacji Kontraktu zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, dla zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia będzie konieczne dokonanie Zmiany, wówczas Wykonawca zgłosi konieczność jej wprowadzenia Inżynierowi. Inżynier oceni wystąpienie Wykonawcy, i jeżeli uzna Zmianę za konieczną, niezbędną i uzasadnioną technicznie, zainicjuje wówczas, z uwzględnieniem Subklauzuli 3.1 (obowiązk i upoważnienia Inżyniera) wprowadzone Zmiany w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji Kontraktu. 3.1 (Obowiązk i upoważnienia Inżyniera) wprowadzenie Zmiany w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji Kontraktu. Zmiany, jak opisano powyżej, mogą być również zainicjowane przez Inżyniera samodzielnie w jakimkolwiek momencie przed wystawieniem Świadectwa Przejęcia dla Robót, albo przez danie polecenia, albo przez wyrażenie życzenia, aby Wykonawca przedłożył propozycję. Zmiana może obejmować pominięcie prac lub Robót. Wykonawca nie wprowadzi żadnych zmian jeśli Inżynier nie poleci Zmiany. W przeciwnym przypadku, Wykonawca może być zobowiązany do przywrócenia Robót do stanu sprzed wprowadzonej Zmiany, w tym ewentualnej rozbiórki wykonywanych Robót, na koszt i ryzyko wykonawcy. W przypadku, gdy wykonawca nie wywiąże się za nałożonego obowiązku w terminie wskazanym przez Inżyniera, Zamawiający będzie uprawniony do przywrócenia Robót do stanu sprzed wprowadzonej Zmiany, na koszt Wykonawcy, również przez osoby trzecie (wykonanie zastępcze).

B. Niezależnie do powyższego, Wykonawca może wnioskować o dokonanie zmian w stosunku do wytycznych określonych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym w zakresie (...)

Na wstępie należy wskazać, że stosownie do treści art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. W rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2014 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego, określono zakres i formę programu funkcjonalno-użytkowego, zaś w § 15, będącym postawą zarzutów formułowanych przez Odwołującego, wskazano, że program funkcjonalno- użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Z przywołanych wyżej definicji wynika, że program funkcjonalno-użytkowy, zawiera jedynie ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu (w analizowanym przypadku drogi), jakie zamawiający chciałby uzyskać w wyniku realizacji robót. W przypadku realizacji zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj” wszelkie szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, które zostaną zaproponowane na etapie wykonania projektu co do zasady pozostają w gestii wykonawcy. Odpowiedzialność Zamawiającego ogranicza się do sporządzenia programu funkcjonalno- użytkowego w sposób prawidłowy, kompletny, odpowiadający przepisom rozporządzenia. Program funkcjonalno-użytkowy jest jedynie wstępem do opracowania samego projektu budowlanego, który w sposób ostateczny określa wszystkie parametry techniczne obiektu budowlanego i za którego prawidłowe sporządzenie odpowiada wykonawca. Z uwagi na ogólny charakter programu funkcjonalno-użytkowego, w praktyce przy sporządzaniu samego projektu często powstaje potrzeba zmiany, doprecyzowania parametrów i rozwiązań uprzednio przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym.

W ustalonej w analizowanym postępowaniu formule „zaprojektuj i wybuduj” charakterystycznym jest to, że to wykonawca - w oparciu o podany przez Zamawiającego program funkcjonalno-użytkowy, który wskazuje jedynie na cele i efekty - opisuje szczegółowo przedmiot zamówienia. W takim przypadku zasadnym jest ustalenie przez Zamawiającego, iż wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy - czyli stanowi pewną, nieprzekraczalną kwotę, za jaką wykonawca sporządzi dokumentację projektową i wybuduje drogę. Zgodnie z art. 632§ 1 kc, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe,

przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Taki sposób określenia wynagrodzenia wiąże się oczywiście z większym ryzykiem dla wykonawcy, bowiem jeśli rozmiar prac będzie większy niż zakładany i trzeba będzie ponieść dodatkowe koszty, to nie będzie podstaw do żądania od zamawiającego ich zapłaty. Oznacza to, że wykonawcy, będący profesjonalistami w tej branży winni, mając na uwadze swoją wiedzę i doświadczenie, skalkulować w cenie oferty wszelkie ryzyka związane z należyłą realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi podanymi przez Zamawiającego. Wykonawca powinien zatem tak skalkulować cenę swojej oferty, aby ryzyko związane z obowiązkiem wykonania umowy znalazło odzwierciedlenie w spodziewanym przez niego zysku.

W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający przyjmując jako regułę wynagrodzenie ryczałtowe, wskazał także w subklauzuli 13.1 na możliwość wprowadzenia zmian, które zdaniem wykonawcy będą konieczne dla realizacji kontraktu zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Wprowadzenie ewentualnych zmian w kontrakcie będzie wiązało się ze zmianą terminu jego realizacji i/albo zmianą wynagrodzenia. Zamawiający dopuścił także w lit. B subklauzuli 13.1 dokonanie zmian w stosunku do wytycznych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym.

Zgodnie z treścią art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Zakres zastosowania zasady swobody umowy w postępowaniu o zamówienie publiczne, wyraził Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), gdzie wskazano: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem

zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

Mając na uwadze wyżej poczynione ogóle rozważania, które mają zastosowanie do wszystkich szczegółowych zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba odniosła się do poszczególnych zarzutów i zważyła, co następuje:

1. Audyt BRD

W tomie III rozdział I część opisowa w pkt. 1.4.1.1, na stronie 11 PFU („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania”) jak również w ramach pkt 1.4.1.11, na stronie 46 PFU („Organizacja ruchu’) Zamawiający wskazał, że: „Wymagania zarządcy drogi wynikające z Audytu BRD przeprowadzonego na etapie projektowania są zobowiązaniami Wykonawcy i zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Wszelkie następstwa oraz obowiązki wskazane w Audycie BRD na etapie przed oddaniem do ruchu i zapisach decyzji pozwolenia na użytkowanie (warunki w nich zawarte) wynikające z obowiązujących przepisów Prawa bądź Umowy są zobowiązaniami Wykonawcy i zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej”.

W dniu 18.10.2016r. Zamawiający zmodyfikował ww. postanowienia i nadał im brzmienie: „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 bądź Umowy są zobowiązaniami wykonawcy i zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu, a wykraczających poza wymagania przepisów, norm i SIWZ, zmieni się zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę, to będzie to stanowić podstawę do wnioskowania o Zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”. Kolejną modyfikacją SIWZ z dnia 21.10.2016 r. Zamawiający wykreślił z treści ww. postanowienia zdanie ostatnie: „Jeżeli na skutek zmian wynikających z Audytu, a wykraczających poza wymagania przepisów, norm i SIWZ, zmieni się zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę, to będzie to stanowić podstawę do wnioskowania o Zwiększenie Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużenia Czasu na Ukończenie”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że w przypadku postępowania obejmującego zaprojektowanie i wybudowanie wykonawca ponosi odpowiedzialność za zgodność wykonanego przez siebie projektu z programem funkcjonalno-użytkowym i tylko w tym zakresie tj. w zakresie wykazanych niezgodności wymagania wynikające z audytu BRD są zobowiązaniami wykonawcy i zawierają się w kwocie kontraktowej. Natomiast w sytuacji, gdy z przeprowadzonego przez Zamawiającego audytu BRD będzie wynikała konieczność dokonania zmian, które nie znajdują umocowania w obowiązujących przepisach prawa lub umowy i dojdzie do zmiany zakresu obowiązków nałożonych na wykonawcę, to wówczas zaistnieją przesłanki do zmiany kontraktu i zastosowania subklauzuli 13.1 Warunków Kontraktu. Zdaniem Izby, postanowienia klauzuli 13.1 są w tym zakresie wystarczające i uprawniają wykonawcę do wystąpienia z roszczeniem o zmianę umowy w sytuacji, gdy w wyniku audytu BRD, zostaną na wykonawcę nałożone nowe obowiązki, wykraczające poza wymagania przepisów, SIWZ czy norm. Klauzula 13.1 dopuszcza wprowadzenie zmian zainicjowanych zarówno przez Inżyniera kontraktu w dowolnym momencie, przed wystawieniem Świadectwa Przejęcia, w tym również zmian wynikających z audytu BRD, jak również zmian zainicjowanych przez samego wykonawcę. Zasadnym jest zastrzeżenie Zamawiającego, że wymagania zarządcy drogi, zawarte w przeprowadzonym audycie, które wynikają z obowiązujących przepisów prawa bądź Umowy są zobowiązaniami wykonawcy i zawierają się w zaakceptowanej kwocie kontraktu. Oznacza to *a contrario*, że ewentualna zmiana warunków kontraktu w oparciu o klauzulę 13.1 jest możliwa wyłącznie w sytuacji, gdy na skutek zmian wynikających z przeprowadzonego audytu, wykraczających poza wymagania przepisów prawa, umowy, SIWZ, zmieni się zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę. Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że postanowienia klauzuli 13.1 Warunków Kontraktu, istotnie dają możliwość zmiany zaakceptowanej kwoty kontraktowej i zmiany terminu, jednak podniósł, że z uwagi na to, że zastosowanie tej klauzuli nie zostało wprost wskazane w wymaganiach dotyczących audytu, zastosowanie tej klauzuli może okazać się w praktyce niemożliwe. Zdaniem Izby, postanowienia kontraktu mają charakter ogólny, nie sposób bowiem przewidzieć i wymienić w umowie wszystkich przypadków, co do których, w toku realizacji złożonej inwestycji budowlanej, zajdzie konieczność dokonania zmian kontraktu. Zbędnym jest przytaczanie klauzuli zmian umowy w postanowieniach dotyczących samego audytu BRD. Klauzulą 13.1 są objęte także wszelkie zmiany, niezależne, niemożliwe do przewidzenia przez wykonawcę w momencie składania oferty, w tym wynikające z przeprowadzonego audytu BRD, w zakresie wykraczającym poza wymagania przepisów, umowy i nakładające na wykonawców dodatkowe, niemożliwe do przewidzenia, obowiązki.

2. Decyzja środowiskowa

W pkt 1.4.1.1 PFU „Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania” Zamawiający wymienił udostępniany wraz z PFU katalog dokumentów wiążących wykonawcę. Na stronie 12 PFU, Zamawiający zawarł następujące zastrzeżenie: „Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że obecnie toczy się przed Generalnym Dyrektorem Ochrony Środowiska postępowanie na wniosek Zamawiającego w sprawie zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia pn. „Budowa południowego wylotu z Warszawy drogi ekspresowej S-7 na odcinku od węzła Lotnisko na Południowej Obwodnicy Warszawy do obwodnicy Grójca”, wydanej przez Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Warszawie znak: WOOS-II.4200.11.2011.TS z dnia 22.04.2011r. oraz zmienionej już w części w toku postępowania odwoławczego decyzją Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Warszawie znak: DOOS-idk.4200.8.2011.aj.31 z dnia 29.01.2015r. Wszystkie warunki, wynikające z decyzji zmieniającej uzyskanej na wniosek Zamawiającego są (będą) wiążące dla Wykonawcy”. Zmianą dokonaną dnia 18.10.2016 r. Zamawiający usunął przywołane postanowienie z pkt 1.4.1.1 PFU.

Zdaniem Izby, po usunięciu ww. postanowienia oczywistym jest, że przy kalkulacji ceny oferty wykonawcy nie mają obowiązku brać pod uwagę ewentualnych, przyszłych i nieznanych im zmian, wynikających ze zmienionej decyzji Dyrektora Ochrony Środowiska. Oznacza to także, że w sytuacji, gdy na skutek zmienionej decyzji, zajdzie konieczność dokonania zmian, zastosowanie znajdą postanowienia subklauzuli 13.1, uprawniające do zmiany zarówno terminu na ukończenie jak i kwoty kontraktu. Stąd, w ocenie Izby, zbędnym jest wprowadzenie dodatkowego postanowienia w tym zakresie o treści żądanej przez Odwołującego.

3. Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna

W pkt 1.4.1.1. PFU „Zakres zasadniczych Robót budowlanych” przewidzianych do zaprojektowania i wykonania, Zamawiający wyszczególnił udostępniany wraz z PFU katalog dokumentów wiążących wykonawcę, w tym katalog dokumentów odnoszących się do modelu budowy podłoża w formie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (strona 12) oraz modelu budowy podłoża w formie dokumentacji hydrogeologicznej (strona 13 PFU). Zamawiający zwrócił jednocześnie uwagę, że rozpoznanie podłoża - na podstawie którego opracowano model budowy podłoża zawarty w ww. opracowaniu - miało charakter punktowy, a szczegółowe określenie rodzaju i stanu gruntu, przelotu poszczególnych warstw czy głębokości występowania zwierciadła wody gruntowej dotyczy wyłącznie poszczególnych wyrobisk badawczych. W przypadku uznania przez Wykonawcę, że przekazane wyniki

badania wymagają uzupełnienia lub określenia dodatkowych specjalistycznych parametrów, należy w ofercie uwzględnić wykonanie stosownego rozpoznania. „Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo-wodne, wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu.

Modyfikacją SIWZ z dnia 18.10.2016 r. postanowienie to otrzymało brzmienie: „Wykonawca uwzględni w ofercie zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi w zakresie określonym w dokumentacji geologiczno- inżynierskiej”.

W toku rozprawy wykazano, że w dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i hydrogeologicznej podano zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi sezonowymi wahaniami i we wskazanym zakresie należy uwzględnić je w ofercie. Tym samym przedmiot zamówienia został opisany w sposób możliwie precyzyjny. W oparciu o przekazaną dokumentację każdy wykonawca jest w stanie w podobny sposób określić i przewidzieć zmienność warunków gruntowo- wodnych, wynikających ze zmian położenia zwierciadła wód podziemnych wywołanych sezonowymi wahaniami. Podzielić należy także stanowisko Zamawiającego, że dyspozycja art. 29 ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca w toku realizacji zamówienia wykonał dodatkowe, uzupełniające fragmentaryczne badania gruntowe, szczególnie w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Wykonawca kalkuluje cenę ofertową biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony programem funkcjonalno-użytkowym, w tym m.in. uwzględniając wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów (§ 19 pkt 4b przywołanego wyżej rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (...)). W przypadku ceny ryczałtowej, jaka została ustalona w tym postępowaniu prawidłowe ustalenie ilości robót, jak również przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowi ryzyko wykonawcy. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie odnosi się do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Ewentualne ryzyko, wynikające z braku możliwości dokonania dokładnego szacunku ceny ofertowej przez wykonawcę winno być uwzględnione przez wykonawców w cenie ryczałtowej i stanowi ich ryzyko.

4. Linie rozgraniczające oraz obiekty inżynierskie – wiążący parametr pokonania przeszkody.

W ramach pkt 1.4.1.1 PFU („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania”), na stronie 13 PFU, Zamawiający zawarł następujące postanowienie: Zamawiający udostępnia (w Tom V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie: Koncepcja Programowa (KP) w zakresie:

- przebiegu trasy *S7 (odnosi się do osi horyzontalnej)*,
- linii rozgraniczających; Zamawiający dopuszcza przekroczenie linii o ile nie powodują konieczności zmiany lub Uzyskania nowej decyzji środowiskowej. Każdorazowe rozwiązanie projektowe wymagające wyjścia poza linie rozgraniczające wymaga szczegółowego uzasadnienia i udowodnienia przez Wykonawcę, że nie ma możliwości technicznych zrealizowania robót w zakresie linii rozgraniczających oraz uzyskania zgody Zamawiającego. (...).

W ramach pkt 1.4.1.4 „Parametry obiektów inżynierskich”, Zamawiający w ramach Tabeli nr 1.1. pn. „Wykaz obiektów inżynierskich” (strona 25 PFU), określił parametry, w tym długość czy liczbę przęseł, obiektów inżynierskich. Zamawiający wskazał jednocześnie, że „parametry obiektów inżynierskich podane w tabeli 1.1. mają charakter wiążący wykonawcę w zakresie ilości wiaduktów, kładek, klasy obciążenia oraz sposobu pokonania przeszkody.

W ocenie Izby, Zamawiający jest uprawniony do nałożenia na wykonawców pewnych wymagań i ograniczeń w realizacji kontraktu, np. przez podanie linii rozgraniczających, szczególnie jeśli przyjęte przez zamawiającego rozwiązania wynikają z wypracowanych przez wiele lat konsultacji społecznych i powinny być w toku realizacji zamówienia zachowane. Wskazanie linii rozgraniczających jako wiążących dla wykonawców jest dopuszczalne niezależnie od tego, że postępowanie prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj, która cechuje się dużą elastycznością w możliwości przyjęcia ostatecznych rozwiązań projektowych. Niezależnie od tego w PFU została przewidziana możliwość wyjścia poza linie rozgraniczające w uzasadnionych technicznie przypadkach, co umożliwi wykonawcom poprawne wykonanie sporządzanego przez nich projektu. Analogiczna argumentacja dotyczy zarzutu odnoszącego się do obiektów inżynierskich - wskazania przez Zamawiającego wiążącego parametru pokonania przeszkody. Zamawiający, zdaniem Izby, jako dysponent postępowania ma pełne prawo wskazać i wymagać przyjęcia konkretnego sposobu pokonania przeszkody, szczególnie jeśli sposób ten jest wynikiem wcześniejszych uzgodnień prowadzonych przez Zamawiającego na etapie przygotowania inwestycji. Ponadto nałożenie przez Zamawiającego w procedurze prowadzonej w formule „zaprojektuj i wybuduj” pewnych ograniczeń i wymagań nie narusza obowiązujących przepisów prawa.

5. Odwołanie w koncepcji projektowej do przyszłej decyzji środowiskowej -

W pkt 1.4.1.1. PFU „Zakres zasadniczych Robót Budowlanych przewidzianych do zaprojektowania i wykonania” na stronie 13, Zamawiający zawarł postanowienie: „Zamawiający udostępnia (w tom V SIWZ) dokumenty w części wiążące, stanowiące opis przedmiotu zamówienia i wiążące Wykonawcę w poniżej wskazanym zakresie: - koncepcja Programowa (KP) w zakresie: styku drogi S7 w węźle Lesznowola z nowym przebiegiem drogi wojewódzkiej nr 721 po stronie wschodniej - określonej granicą działek 498 i 501 obr. Nowa Wola po stronie zachodniej - określonej granicą działek 363 i 364 obr. Nowa Wola, przy czym decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach na obszar po stronie wschodniej pomiędzy dz. Nr 489 i granicą działek 498 i 501 obr. Nowa Wola oraz po stronie zachodniej pomiędzy działką 418 i granicą działek 363 i 364 obr. Nowa Wola dostarczy Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie w II kwartale 2017r.

Zasadnym jest w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że ww. postanowienie ma jedynie charakter informacyjny. Obowiązkiem wykonawców, sporządzających ofertę jest wycena prac w oparciu o dane wiążące podane przez Zamawiającego, natomiast w sytuacji, jeśli na skutek zmian wynikających z decyzji, o których mowa w przywołanym postanowieniu zmieni się zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę to wówczas będzie to podstawą do zastosowania postanowień Kontraktu, wynikających z subklauzuli 13.1.

6. Ciągi pieszo - rowerowe -

W ramach pkt 1.4.1.3.2. PFU („Węzły i łącznice, przejazdy, drogi dojazdowe obsługujące przyległy teren”) w części pn. „Infrastruktura dla pieszych i rowerzystów” (strona 23 PFU), Zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi rowerowe, należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach i o parametrach, które wynikają z koncepcji Programowej. Zamawiający dopuszcza nową lokalizację lub zmianę lokalizacji, parametrów ciągów pieszo rowerowych, chodników, ścieżek/dróg rowerowych w sytuacji, gdy będą wynikały z uzgodnień projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwagami audytu BRD. Wykonawca zobowiązany jest do pozostawienia rezerwy terenu pod wiaduktami na potrzeby chodników i ścieżek rowerowych w ciągu istniejących dróg nie przewidzianych do przebudowy”.

Modyfikacją z dnia 18.10.2016 r. ww. postanowienie otrzymało brzmienie: „Ciągi pieszo rowerowe, chodniki, ścieżki/drogi rowerowe, należy zaprojektować i wykonać zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach i o parametrach, które wynikają z koncepcji Programowej. Zamawiający dopuszcza nową lokalizację lub zmianę lokalizacji, parametrów ciągów pieszo rowerowych, chodników, ścieżek/dróg rowerowych w sytuacji, gdy będą wynikały z uzgodnień projektu budowlanego z jednostkami samorządowymi, zarządcami

dróg, wnioskami lokalnej społeczności oraz uwzględnionymi przez Zarządcę drogi uwagami audytu BRD. Wykonawca w liniach rozgraniczających projektowanej drogi ekspresowej zobowiązany jest do pozostawienia pod projektowanymi wiaduktami rezerwy terenu na potrzeby przyszłej realizacji obustronnych: chodników (szerokości min. 1,5 m) ścieżek rowerowych (szerokości min. 2m), w ciągu istniejących dróg nie przewidzianych do przebudowy.

Odwołujący przyznał w toku rozprawy, że dokonaną modyfikacją z dnia 18.10.2016 r. Zamawiający uszczegółowił informacje dotyczące rezerwy terenu pod wiaduktami na potrzeby przyszłej realizacji chodników i ścieżek rowerowych, podając szerokość ich rezerwy. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że opisany w tym zakresie przedmiot zamówienia jest nieprecyzyjny i niewyczerpujący. Wykonawcy, sporządzając ofertę mają zaprojektować i wykonać ciągi pieszo - rowerowe, chodniki, ścieżki rowerowe zgodnie z warunkami technicznymi oraz w miejscach i o parametrach wynikających z przedstawionej przez Zamawiającego Koncepcji Programowej. Zastrzeżenie dotyczące konieczności przeprowadzenia uzgodnień Projektu budowlanego z jednostkami samorządu, zarządami dróg, wnioskami społeczności lokalnej dotyczą wyłącznie sytuacji, dopuszczalnej przez Zamawiającego zmiany lub wskazania nowej lokalizacji, parametrów ciągów pieszo-rowerowych, chodników, ścieżek rowerowych.

7. Harmonogram prac archeologicznych –

W pkt 1.5.2.1 PFU na stronie 59 PFU, Zamawiający wskazał w odniesieniu do podpunktu dotyczącego Badań archeologicznych i innych działań przy zabytkach, że „W trakcie prowadzenia Robót ziemnych Zamawiający zapewni stały nadzór archeologiczny. Wykonawca winien współpracować z nadzorem archeologicznym, wyłonionym przez Zamawiającego, informując o terminach robót ziemnych oraz umożliwiając wstęp na plac budowy. Ponadto Wykonawca winien współpracować na etapie realizacji inwestycji z wykonawcami badań archeologicznych, w tym badań sondażowych i wykopaliskowych, wyłonionymi przez Zamawiającego, umożliwić im wstęp na plac budowy oraz dostosować harmonogram robót do terminów prac archeologicznych”.

Niezasadnym jest żądanie Odwołującego, aby z treści ww. postanowienia usunąć klauzulę dotyczącą dostosowania harmonogramu robót do terminów prac archeologicznych. Zobowiązanie wykonawców do udostępnienia placu budowy oraz dostosowania harmonogramu robót do terminów prac archeologicznych jest zobowiązaniem typowych w tego rodzaju inwestycjach, obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót i nie stanowi ono naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał w toku rozprawy, że w pkt. 1.5.2.1 PFU podał szczegółową lokalizację stanowisk archeologicznych

a dane te pozwalają na ocenę ryzyka związanego z pracami archeologicznymi i wycenę oferty. Na tym etapie postępowania niemożliwym jest podanie, jak oczekuje tego Odwołujący, szczegółowych informacji co do zakresu i terminu planowanych prac archeologicznych.

8. Uzgodnienia przebudowy drogi, uzgodnienia - przepusty zbiorniki oraz uzgodnienia umowy

W pkt 1.4.1.1. PFU („Zakres zasadniczych Robót budowlanych przewidywanych do zaprojektowania i wykonania”), Zamawiający wskazał: „Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty: - przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z drogą ekspresową, w tym uzgodnienie z ich zarządcami zakresu budowy lub przebudowy i ustalenie ich kategorii w zakresie wywołanym budową drogi ekspresowej (...)

W pkt 1.4.1.5 PFU - („Przepusty dla celów ekonomicznych i odwodnienia dróg”), na stronie 28 PFU, zawarty został zapis o następującej treści: „Ostateczne ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych przepustów będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków”

W pkt 1.4.1.6 PFU („Zbiorniki retencyjne i retencyjno-infiltracyjne”), na stronie 29 PFU, zawarty został zapis o następującej treści: „Ostateczna ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodno-prawnym), warunków wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków.

W pkt 1.4.1.7 PFU (Instalacje i infrastruktura), na stronie 32, zawarte zostało postanowienie: „W przypadku nałożenia przez właścicieli bądź zarządców infrastruktury technicznej obowiązku zawarcia umów, regulujących wzajemne zobowiązania z Inwestorem, należy uregulować wszelkie formalności z tym związane. Przedmiotowe umowy powinny uwzględniać uwarunkowania wynikające z obowiązującego prawa, rozwiązań projektowych oraz wydanych w sprawie budowy drogi krajowej decyzji administracyjnych. Wykonawca zobowiązany jest do zawarcia przedmiotowych umów z gestorem sieci (w tym umów na usunięcie kolizji i umów przyłączeniowych) oraz wykonania wszelkich zobowiązań, w szczególności finansowych i formalno-prawnych wynikających z tych umów. Zobowiązania umowne zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie”.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, co do tego, że ww. postanowienia wskazują na to, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny. Ponownie wskazać należy, że w tego typu formule „zaprojektuj i wybuduj” Zamawiający zobowiązany jest podać jedynie pewne, istotne dla niego wytyczne, które muszą odpowiadać wymaganiom programu funkcjonalno-użytkowego. Podanie szczegółowych rozwiązań, w tym sporządzenie projektu w uzgodnieniu z zarządcami dróg, gestorami sieci czy właścicielami bądź zarządcami cieków, należy do obowiązków wykonawcy. Wymagania dotyczące przeprowadzenia uzgodnień z zarządcami innych dróg, gestorami sieci czy zarządcami cieków są typowymi wymaganiami w zamówieniach, w których obowiązek sporządzenia projektu spoczywa na wykonawcy. Oczywistym jest, że na etapie sporządzenia programu funkcjonalno- użytkowego, który ze swej istoty zawiera jedynie kierunki i wytyczne nie jest możliwym przeprowadzenie i przewidzenie wszystkich niezbędnych do realizacji zamówienia uzgodnień. Należy mieć także na uwadze, że wszelkie ewentualne zmiany przedmiotu zamówienia, wykraczające poza zakres PFU i umowy będą oceniane przez Zamawiającego pod kątem ewentualnych zmian w oparciu o subklauzulę 13.1. Ponadto zawarcie umów z gestorami sieci oraz wykonanie wszelkich wynikających z tego tytułu zobowiązań jest standardowym obowiązkiem wykonawcy, sporządzającego projekt i realizującego inwestycję.

9. Krajowy System Poboru Opłat -

W pkt 1.4.1.11.1 PFU („Projekt stałej organizacji ruchu”), strona 47 PFU, Zamawiający wprowadził postanowienie o następującej treści: „W przypadku podjęcia decyzji o objęciu Krajowym Systemem Poboru Opłat odcinka drogi, będącego przedmiotem niniejszej inwestycji Zamawiający powiadomi Wykonawcę o takiej decyzji Wykonawcę”. Jednocześnie Zamawiający wymienił obowiązki, które we współpracy z Operatorem KSPO, będą spoczywały na wykonawcy.

Modyfikacją z dnia 18.10.2016r. Zamawiający wskazał także obowiązki spoczywające na wykonawcy w fazie przygotowawczej, przed przystąpieniem do prac.

W ocenie Izby, w związku z dokonaną modyfikacją PFU zakres przedmiotu zamówienia, który ma być ujęty w Zaakceptowanej Cenie Kontraktowej jest określony w sposób jednoznaczny. Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, zaistnienia konieczności wykonania dodatkowych prac projektowych, wynikających z ewentualnych kolizji zaproponowanych rozwiązań projektowych z budową Krajowego Systemu Poboru Opłat na projektowanym odcinku drogi, prace te będą oceniane przez pryzmat subklauzuli 13.1.

10. Infrastruktura techniczna niezwiązana z drogą -

W pkt 1.5.2.1 PFU („Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne”) na stronie 58PFU, Zamawiający zawarł postanowienie: „Za zgodą Zamawiającego, należy dokonać uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, a przebiegającej w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej, jeżeli zwrócą się o to inwestorzy tej infrastruktury”.

W ocenie Izby, tego typu zobowiązanie jest typowym w zamówieniach prowadzonych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, bowiem na etapie sporządzania projektu, w oparciu o który zostanie wydana decyzja ZRID, koniecznym może być dokonanie uzgodnień projektów dotyczących infrastruktury technicznej niezwiązanej z budową drogi ekspresowej i pozostałych dróg, przebiegających w obszarze realizowanego odcinka drogi ekspresowej. Na tym etapie postępowanie niemożliwym jest podanie przez Zamawiającego szczegółowych informacji o skali takich uzgodnień, stąd żądanie Odwołującego co do usunięcia tego postanowienia nie zasługuje na uznanie. Zbędnym jest także, w ocenie Izby, wprowadzenie postanowienia o ewentualnym zwiększeniu Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz wydłużeniu Czasu na Ukończenie. Zmiany, wynikające z dodatkowych uzgodnień, w związku z którymi na wykonawcę nałożone zostaną dodatkowe obowiązki będą oceniane przez pryzmat ogólnej klauzuli dotyczącej zmian umowy tj. subklauzuli 13.1.

11. Parametr szorstkości

W Tomie II SIWZ, Rozdział II „Gwarancja Jakości”, Część Szczegółowa, Pkt 1.1.3.1 „Szorstkość nawierzchni (miarodajny współczynnik tarcia)” - wymagane wartości miarodajnego współczynnika tarcia (tabela nr 2) oraz pkt. 1.2.2.1 „Miarodajny współczynnik tarcia” (tabela 8), Zamawiający wskazał, że w okresie Gwarancji Jakości, jakiej ma udzielić Wykonawca w zakresie warstwy ścieralnej nawierzchni na okres 5 lat, miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni dla pasów drogi klasy A i S musi wynosić odpowiednio:

- dla pasów ruchu zasadniczego, dodatkowego i awaryjnego: > 0,40;
- dla pasów ruchu włączania i wyłączania oraz na jezdniach łącznic: > 0,42.

Określone przez Zamawiającego dopuszczalne wartości wskaźnika podają wartości minimalne, poniżej których Wykonawca zobowiązany będzie do zastosowania programu naprawczego.

Izba uznała za niezasadne stanowisko Odwołującego, iż zakres i rodzaj zobowiązania gwarancyjnego wymaganego od wykonawców stanowi o niemożliwości świadczenia. Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że na moment oddania drogi do użytkowania możliwy jest do uzyskania miarodajny współczynnik tarcia nawierzchni (parametr szorstkości) na poziomie znacznie wyższym niż wymagany przez Zamawiającego w okresie gwarancji jakości. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się jedynie do kwestionowania możliwości utrzymania w okresie gwarancji współczynnika tarcia nawierzchni na wymaganym przez Zamawiającego poziomie. Jednak w tym zakresie Odwołujący, na którym spoczywał ciężar wykazania niemożliwości świadczenia, nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu który potwierdzałby stanowisko, że parametr ten jest w sposób obiektywny niemożliwy do osiągnięcia przez każdego z wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. Przeciwnie, przeprowadzona rozprawa wykazała, że są dostępne metody poprawiające „szorstkość” nawierzchni tzw. zabiegi „uszoszorstniające” (np. Slurry Seal), dzięki którym możliwe jest utrzymanie wymaganego poziomu miarodajnego współczynnika tarcia nawierzchni. Ewentualna potrzeba przeprowadzenia tychże zabiegów w okresie gwarancji jakości winna być uwzględniona przez wykonawców w cenie ryczałtowej i jest ona zwykłym świadczeniem gwarancyjnym.

W ocenie Izby, Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma prawo żądać od wykonawców wykonania przedmiotu zamówienia o jak najwyższych standardach i parametrach jakościowych. Oczywistym jest, że w przypadku parametru „szorstkości” nawierzchni znajduje on uzasadnienie w obiektywnych potrzebach nie tylko samego Zamawiającego, ale także wszystkich użytkowników dróg publicznych. Wartości przeciwpoślizgowe nawierzchni drogowych mają bowiem bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo wszystkich użytkowników dróg, co wynika z rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (tj. Dz.U. 2016, poz. 124). Stąd niezasadnym jest twierdzenie Odwołującego, że parametr ten nie jest poparty żadną realną potrzebą Zamawiającego i użytkowników dróg i nie przynosi on żadnej technicznej ani użytkowej korzyści. Okoliczność, na jaką powoływał się Odwołujący, że dotychczas w Polsce i Europie nie ma tego rodzaju dróg, które po okresie 5 lat cechowałyby się wymaganym parametrem „szorstkości” nie oznacza, że Zamawiający nie może dążyć do osiągnięcia lepszych niż dotychczas parametrów dróg, szczególnie w sytuacji, gdy nie zachodzi obiektywna niemożliwość takiego świadczenia. Należy mieć na uwadze także okoliczność, że zamówienie jest kierowane na rynek europejski a zatem uzasadnione jest dążenie do europejskich, jak najwyższych standardów i jakości dróg.

W złożonej do akt sprawy odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający przedstawił analizy i publikacje wykonane przez IBDiM (pod kier. prof. dr hab. inż. D. Sybilskiego), Raport z realizacji pracy TD-93 pt. „Aktualizacja zależności funkcyjnych w pomiarach urządzeniem SRT-3 między wartościami współczynnika tarcia uzyskiwanymi na oponach PIARC i Barum Bavuris” (pod kier. mgr inż., Tomasza Mechowskiego - Kierownika Zakładu Diagnostyki Nawierzchni IBDiM) oraz Wymagania techniczne rekomendowane przez Ministra Infrastruktury „Nawierzchnie asfaltowe na drogach publicznych WT-2 Nawierzchnie asfaltowe 2008”. Z wymienionych dokumentów wynika, że wymagania Zamawiającego znajdują oparcie w przywołanych analizach i nie zostały ukształtowane na maksymalnym, rekomendowanym poziomie. Raport z realizacji pracy TD-93 wskazuje, że na koniec okresu gwarancyjnego dla pasów ruchu zasadniczego, dodatkowego i awaryjnego współczynnik tarcia nawierzchni wynosił $\geq 0,42$ oraz dla pasów ruchu włączania i wyłączania oraz na jezdniach łącznic $\geq 0,42$. Również z załączonych do odpowiedzi na odwołanie wyników pomiarów niektórych inwestycji, przeprowadzonych przez własne laboratoria drogowe w okresie 2, 3, 4 i 5 lat użytkowania dróg wynika, że parametr „szorstkości” na wymaganym przez Zamawiającego poziomie jest możliwy do osiągnięcia. Dla przykładu spośród dróg klasy A i S oddanych w 2011 r. wymagany parametr współczynnika tarcia został spełniony dla odcinka SZ S3h budowa drogi ekspresowej S3 Szczecin- Gorzów Wielkopolski, odc. III. Z kolei spośród dróg klasy A i S oddanych w 2012r. za spełniające wartość wymaganego współczynnika tarcia wskazać należy odcinki: A2 Budowa Autostrady A2 Stryków – Konotopa, S7i Budowa drogi ekspresowej S7 odcinek Gdańsk (A1) -Koszwały.

Uwzględniając powyższe rozważania, Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego w zakresie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność wykazania obiektywnej niemożliwości świadczenia. W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również wyjaśnienia stron złożone do protokołu rozprawy pozwalają Izbie na wydanie orzeczenia w tym zakresie a wnioskowany dowód z opinii biegłego jest zbędny dla rozstrzygnięcia sporu i zmierzałby jedynie do przewlekłości postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....

.....