

Sygn. akt: KIO 1409/20

KIO 1411/20

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 25 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Słupecki,

B. w dniu 25 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Słupecki

orzeka:

1. oddala oba odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisów od odwołań (po 20 000 zł 00 gr od każdego z nich),
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i od wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Powiatu Słupeckiego kwotę 4 428 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę 2 214 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście czternaście złotych zero groszy) od wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i kwotę 2 214 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście czternaście złotych zero groszy) od wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zmianami) na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego we Koninie.

.....

Sygn. akt: KIO 1409/20

KIO 1411/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Powiat Słupecki wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Budowa nowego odcinka drogi powiatowej nr 3040P pomiędzy m. Powidz a m. Niezgodą oraz rozbudowa drogi powiatowej nr 3054P na odcinku Niezgodą - Kochowo, nr BZP.272.4.2020.

W dniu 15 czerwca 2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2020/S 114-275648.

W tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego zamieszczona została Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej SIWZ.

KIO 1409/20

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 25 czerwca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp lub pzp w zw. z art. 7 pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i przyjęcie, że termin na projektowanie, w którym wykonawcy winni wykonać dokumentację projektową i uzyskać prawomocną decyzję ZRID wynosi 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, gdy tymczasem, uwzględniając czas niezbędny na wykonanie wszystkich obowiązków wchodzących w zakres etapu prac projektowych termin ten jest nierealny - niemożliwy do dochowania,

2. naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 pzp w zw. z art. 7 pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i przyjęcie, że termin na zakończenie przedmiotu umowy możliwy jest do zrealizowania do dnia 15 grudnia 2021 roku, gdy tymczasem, zakończenie etapu prac projektowych należy oszacować na początek października 2021 roku, co oznacza, że na wykonanie wszystkich robót budowlanych wchodzących w zakres zamówienia pozostałoby ok 2,5 miesiąca, co jest okresem zdecydowanie zbyt krótkim i niemożliwym do dochowania, mając na względzie zakres robót budowlanych wchodzących w

zakres zamówienia.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonanie modyfikacji treści SIWZ tj. §6 pkt 1.1. wzoru Umowy i pkt V la IDW poprzez wydłużenie terminu wykonania dokumentacji projektowej i uzyskania prawomocnej decyzji ZRID do 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy,
2. dokonanie modyfikacji treści SIWZ tj. §6 pkt 1.2. wzoru Umowy i pkt V 1.b IDW poprzez zmianę daty zakończenia realizacji przedmiotu umowy z daty 15 grudnia 2021 roku na datę 15.09.2022 roku.

Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego cofnął zarzut nr 1 odwołania.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią SIWZ oraz wzoru umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, przedmiotem zamówienia jest wykonanie dokumentacji projektowej, w tym projektu budowlanego wraz z uzyskaniem prawomocnej stosownej decyzji ZRID na Etap I i Etap II. Zgodnie z SIWZ Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana i który podpisze z Zamawiającym Umowę na realizację zamówienia, zobowiązany będzie do wykonania:

- dokumentacji projektowej i przygotowania egzemplarzy w ilości niezbędnej do złożenia wniosku o wydanie stosownej decyzji na prowadzenie inwestycji drogowej według zakresu i w formie ustalonej w PFU, obejmującej m.in.:
 - a. opracowanie projektów budowlanych w tym projektu zagospodarowania terenu,
 - b. opracowania projektów wykonawczych wszystkich branż,
 - c. sporządzenie przedmiarów robót oraz szczegółowych specyfikacji technicznych,
 - d. opracowania dokumentacji geodezyjno-prawnej.

Ponadto, jak wskazane zostało powyżej, w ramach wykonania etapu prac projektowych, Wykonawca zobowiązany jest uzyskać prawomocną decyzję ZRID.

Zauważył również, że zgodnie z §6 pkt 1.1 wzoru Umowy będącej załącznikiem do SIWZ termin wykonania kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji ZRID określony został przez Zamawiającego na 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zgodnie natomiast z §6 pkt 1.2, zakończenie realizacji przedmiotu umowy przewidziane zostało na 15 grudnia 2021 roku.

Zdaniem Odwołującego - termin przewidziany przez Zamawiającego na wykonanie prac projektowych w zakresie określonym w SIWZ jest zbyt krótki i nierealny do dochowania przez Wykonawcę, co w konsekwencji doprowadziło również do wskazania niemożliwego do

dochowania terminu na realizację całego przedmiotu zamówienia.

Zakres prac projektowych określony przez Zamawiający w SIWZ wymaga - według Odwołującego - co najmniej rocznego okresu czasu, nie zaś jak wskazał Zamawiający 6 miesięcy.

Wyjaśnił, że dowód nr 1 zawiera Harmonogram prac projektowych, w którym wskazane zostały poszczególne etapy prac projektowych wraz z okresem czasu przewidywanym na wykonanie poszczególnych etapów.

W ocenie Odwołującego - zgodnie z przedmiotowym harmonogramem samo wykonanie mapy do celów projektowych wymaga co najmniej 5 miesięcy.

Odwołujący uzasadnił swoje stanowisko w tym zakresie faktem, że zgodnie z pkt 1.6.2.1. pkt 5 (str. 18) Programu Funkcjonalno - Użytkowego, Wykonawca zobowiązany jest do wykonania dokumentacji geodezyjno - prawnej, w tym aktualnej mapy do celów projektowych odzwierciedlającej aktualny stan prawny.

Dodatkowo, zauważył, że w przedmiotowym punkcie PFU wskazane zostało, że Wykonawca zobowiązany jest do ustalenia stanu prawnego nieruchomości objętych liniami rozgraniczającymi przedmiotu zamówienia.

Dalej, argumentował, że w praktyce wymaga to powiadomienia wszystkich właścicieli działek wchodzących w zakres zamówienia i podpisania z tymi właścicielami protokołów dot. potwierdzenia przebiegu granic działek.

Wyjaśnił, że wskazane protokoły muszą być podpisane przez obie strony tj. właścicieli sąsiadujących działek.

Wskazał przy tym, że podpisanie tych protokołów wymaga wcześniejszego powiadomienia właścicieli w trybie przepisów kodeksu postępowania administracyjnego.

Podkreślił, że mowa jest w tym przypadku o 250 działkach, z których prawie każda wymaga przeprowadzenia procedury o której mowa powyżej.

Zaznaczył, że przy takiej skali koniecznych uzgodnień z właścicielami działek spodziewać się, konieczności wykonania powtórnych powiadomień, czy też ewentualnych problemów z uzgodnieniem pomiędzy poszczególnymi właścicielami działek.

Zarzucił, że Zamawiający określając termin wykonania prac projektowych, zdaje się w ogóle nie zauważać wskazanych powyżej konsekwencji określenia w PFU wszystkich wymaganych czynności wchodzących w zakres wykonania dokumentacji geodezyjno - prawnej.

Dodał przy tym, że wskazany etap wykonania prac projektowych, wymaga oprócz przywołanych powyżej uzgodnień dokonanych z wszystkimi właścicielami działek, wykonania również szeregu innych czynności, jak chociażby samego wykonania map do celów projektowych, konieczności ich zatwierdzenia w Powiatowym Ośrodku Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej, co zajmuje co najmniej 30 dni.

Mając to na względzie wskazał, że już sam zakres prac związanych z wykonaniem kompletnej dokumentacji geodezyjno - prawnej, wyczerpuje wskazany przez Zamawiającego okres na wykonanie wszystkich prac projektowych.

Idąc dalej, stwierdził, że istotne jest to, że niektóre z etapów wchodzących w zakres prac projektowych wymagają wcześniejszego zakończenia prac związanych z wykonaniem dokumentacji geodezyjno - prawnej, tj. np. prace wskazane z pkt 15 harmonogramu, tj. akceptacja Zespołu Uzgodnienia Dokumentacji Projektowej w Starostowie przebiegu nowych projektowanych sieci, czy prace wskazane pkt 20 tj. wykonanie projektów podziałów działek ewidencyjnych.

Przypomniał, że Wykonawca musi po zakończeniu wykonania kompletnej dokumentacji projektowej uzyskać kolejno decyzję ZRID. Termin na wydanie decyzji ZRID do 90 dni (trzy miesiące) od dnia złożenia wniosku (art. 11a ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych), przy czym z doświadczeń Odwołującego wynika, że zazwyczaj jest to 4,5 miesiąca.

Podkreślił dodatkowo, że zgodnie z SIWZ, Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania decyzji prawomocnej, co wiąże się z koniecznością dodania do wskazanego terminu na wydanie decyzji ZRID ok 3 tygodni, czyli minimalnego czasu na doręczenie decyzji ZRID wszystkim stronom, oraz upływu 14 dni na wniesienie przez strony ewentualnego odwołania.

Mając powyższe na uwadze, według Odwołującego - należało przyjąć, że określony przez Zamawiającego termin na wykonanie dokumentacji projektowej jest obiektywnie zbyt krótki (nierealny) i z góry niemożliwy do dochowania, a tym samym, że Zamawiający dokonując takiego opisu przedmiotu zamówienia naruszył przepisy Pzp.

Podkreślił, że wskazane powyżej okoliczności mają bezpośrednie przełożenie na termin wykonania całego przedmiotu zamówienia, który określony został przez Zamawiającego na 15 grudnia 2021 roku.

W ocenie Odwołującego - realny termin na wykonanie wszystkich prac projektowych i uzyskanie decyzji ZRID to około 12 miesięcy.

Mając na względzie termin złożenia oferty (21.07.2020 roku) oraz termin związania ofertą tj. 60 dni, w przekonaniu Odwołującego - należało przyjąć, że około 21 września 2020 roku należy spodziewać się wyboru najkorzystniejszej oferty.

Doliczając do tej daty 10 - dniowy termin na złożenie odwołania, stwierdził, że możliwy i przewidywany termin na podpisanie umowy w przedmiotowym postępowaniu to początek października 2020 roku.

Tym samym mając na względzie wskazany powyżej co najmniej roczny termin na wykonanie prac projektowych, stwierdził, że pierwszy etap wykonania inwestycji tj. wykonanie prac projektowych zakończony zostałby na początku października 2021 roku, co oznacza, że Wykonawca dysponowałby okresem 2,5 miesiąca na wykonanie wszystkich robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, co jest oczywiście terminem nierealnym.

W tym zakresie wskazał, że sam Zamawiający przewidział około 8,5 miesięczny okres czasu na wykonanie wszystkich robót budowlanych (tj. biorąc pod uwagę przewidywany termin podpisania umowy oraz półroczny okres czasu na wykonanie prac projektowych oraz uzyskanie ZRID, który zakończyłby swój bieg z końcem marca 2021 roku).

Tym samym stanął na stanowisku, że konsekwencją określenia nierealnego terminu zakończenia prac projektowych, było określenie niemożliwego do dotrzymania terminu na realizację całego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdził, że należy przyjąć, że termin na realizację całego przedmiotu umowy możliwy byłby do zrealizowania do połowy czerwca 2022 roku (8,5 miesiąca od zakończenia fazy projektowej - początek października 2021 roku.).

Odwołujący wskazał, że określenie terminów realizacji zamówienia w sposób wnioskowany przez Wykonawcę, które - w jego ocenie – uwzględniają konieczny okres

czasu do realizacji wszystkich obowiązków umownych) powoduje jednocześnie konieczność realizacji robót budowlanych w okresie zimowym tj. grudzień 2021/marzec 2022 roku.

Stąd Odwołujący zadeklarował, że żąda zmiany terminu realizacji przedmiotu umowy na 15.09.2022 roku, który obejmuje niezbędny okres czasu na realizację wszystkich obowiązków umownych + 3 miesiące okresu zimowego.

Pismem z dnia 7 lipca 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania o w zakresie zarzutów Odwołującego nieuwzględnionych przez Zamawiającego i o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Swoje stanowisko uzasadnił okolicznością, że do dnia 3 lipca 2020 r. Zamawiający otrzymał łącznie 179 pytań od Wykonawców.

Zapowiedział również, że z uwagi na to, że część z nich dotyczy zakresu objętego zarzutami Odwołującego tj. dotyczy zmiany kar umownych, zmiany zasad odbiorów, a ponadto także zasad wypłaty wynagrodzenia i terminu realizacji przedmiotu umowy, oraz opisu przedmiotu zamówienia (PFU), Zamawiający po dokonaniu analizy poszczególnych pytań, przedstawi wyjaśnienia do treści SIWZ w tym zakresie i ewentualną modyfikację treści SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w dniu 3 lipca 2020 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ tj. zmiany wzoru umowy w zakresie postanowień dotyczących: kar umownych, odbiorów, a ponadto zmienił termin wykonania zamówienia w ten sposób, że usunął termin pośredni dot. przygotowania dokumentacji projektowej, które to okoliczności stanowiły przedmiot wniesionego odwołania.

Odnosząc się do zarzutów, dotyczących zmiany terminów realizacji przedmiotu umowy, Zamawiający wskazał na treść umowy, bowiem zgodnie z brzmieniem par. 19 wzoru umowy, przewidział możliwości zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy m.in. z przyczyn wystąpienia opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechania przez właściwe organy administracji publicznej, które nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, a ponadto z powodu wystąpienia opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.

W związku z powyższym, stwierdził, że wszelkie zarzuty Wykonawcy, dotyczące konieczności zmiany terminu realizacji przedmiotowej inwestycji z uwagi na terminy pozyskiwania decyzji ZRID, czy też w przypadku ewentualnego wystąpienia opóźnienia w wydawaniu innych decyzji, zgód i zezwoleń, niż wskazany przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Jednocześnie Zamawiający podał, że przedmiotowe zadanie jest finansowane w całości ze środków Funduszu Dróg Samorządowych dla zadań obronnych i nie ma on możliwości dokonania zmiany terminów realizacji przedmiotu zamówienia, wyznaczonych przez podmiot finansujący.

W związku z powyższym Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania Odwołującego w całości.

KIO 1411/20

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia i SIWZ Odwołujący: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 25 czerwca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu w Postępowaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia oraz ustaleniu niezgodnych z obowiązującymi przepisami prawa warunków umowy, tj. od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej jako SIWZ, które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił:

1) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez określenie niemożliwego do dochowania terminu na wykonanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnej, stosownej decyzji na realizację inwestycji tj. 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym zgodnie z zapisami Programu Funkcjonalno - Użytkowego (załącznik nr 1 do SIWZ, dalej jako „PFU”) na etapie projektowania wykonawca będzie musiał wykonać szereg obowiązków, dokonać szeregu uzgodnień, uwzględnić potencjalną konieczność uzyskania zmian w zakresie uzyskanych przez Zamawiającego decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji zamówienia (dalej jako „decyzja środowiskowa”) lub uzyskanie dodatkowych decyzji środowiskowych, a nadto, po wykonaniu projektów budowlanych, uzyskać prawomocną decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (dalej jako „ZRID”), co (uwzględniając czas niezbędny na wykonanie projektów

budowlanych oraz realne terminy na uzyskanie wskazanych decyzji administracyjnych, a także trwający stan epidemii związany z COVID-19) jest nierealne i jednoznacznie niemożliwe do wykonania przez wykonawców w okresie zaledwie 6 miesięcy, co z kolei skutkuje również niemożnością dochowania przez wykonawców także końcowego terminu realizacji przedmiotu umowy;

2) naruszenie przepisu art. 353¹ k.c., art. 483 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 Pzp i w zw. z art. 7 ust.1 Pzp poprzez:

a) nałożenie na wykonawcę obowiązku zapłaty kar umownych w przypadkach, gdy nienależyte świadczenie usługi przez wykonawcę będzie spowodowane zaistnieniem okoliczności niezależnych od wykonawcy,

b) zastrzeżenie przez Zamawiającego rażąco wygórowanych kar umownych,

c) nieokreślenie maksymalnych poziomów kar umownych, jakich Zamawiający będzie mógł dochodzić od wykonawcy;

co uniemożliwia wykonawcom należyłą ocenę ryzyka i prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej;

3) naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 31 ust. 3 Pzp w zw. z §15, §18 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 oraz §19 pkt 4 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 oraz w zw. z art. 7 Pzp poprzez niejednoznaczne, niewyczerpujące i nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez brak udostępnienia jednoznacznych informacji i dokumentów pozwalających na zapoznanie się przez wykonawców z warunkami geologicznymi terenu i ocenę składu materiałów, z jakich wykonana została droga powiatowa nr 3054P, której rozbudowy/ przebudowy dotyczyć mają planowane roboty budowlane, co z kolei uniemożliwia wykonawcy należyte skalkulowanie przez niego ceny ofertowej i co będzie prowadzić do nieporównywalności złożonych ofert. Taki opis przedmiotu zamówienia prowadzi do naruszenia zasady równej i uczciwej konkurencji, a nadto - w sposób całkowicie nieuzasadniony - przerzuca na wykonawców wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ poprzez:

1) zmianę w rozdziale V ust. 1 SIWZ poprzez:

a) wydłużenie czasu na wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem ostatecznej decyzji na realizację inwestycji z 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy do 16 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a w przypadku, gdy na etapie realizacji umowy zaistnieje konieczność uzyskania dodatkowych decyzji środowiskowych lub zmiany

dotychczasowych decyzji środowiskowych - do 22 miesięcy od dnia zawarcia umowy;

b) wydłużenie czasu na zakończenie realizacji przedmiotu umowy z 15 grudnia 2021 r. do 15 października 2022 r., a w przypadku, gdy na etapie realizacji umowy zaistnieje konieczność uzyskania dodatkowych decyzji środowiskowych lub zmiany dotychczasowych decyzji środowiskowych - do 15 kwietnia 2023 r.;

a w konsekwencji także:

2) wykreślenie z PFU (pkt. 1.6.2.1.8) zapisu: „Dokonane zmiany i uzupełnienia DSU nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie zawartej w Umowie” oraz:

a) dodanie w formularzu ofertowym odrębnej pozycji pozwalającej na wycenę kosztów uzyskania ewentualnych nowych lub zmienionych decyzji środowiskowych, alternatywnie

b) jednoznaczne wskazanie możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku konieczności uzyskania nowych lub zmienionych decyzji środowiskowych (wprowadzenie postanowienia umownego odnoszącego się do takiej możliwości w trybie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp);

3) zmianę przesłanek umożliwiających Zamawiającemu naliczenie wykonawcy kar umownych wskazanych w niniejszym odwołaniu poprzez:

a) jednoznaczne wyłączenie możliwości obciążania wykonawcy karami umownymi w sytuacjach, gdy z przyczyn niezależnych od wykonawcy nie mógł on wypełnić poszczególnych obowiązków, jakie nakłada na niego umowa (odpowiedzialność za zwłokę);

b) zmniejszenie zastrzeżonych na rzecz Zamawiającego kar umownych w ten sposób że:

- wysokość kar umownych wskazanych w §18 ust. 1 pkt 1,2,3,6 zostanie obniżona do 0,02% wynagrodzenia brutto określonego w wyżej wymienionych punktach §18 ust. 1 wzoru umowy,

- wysokość kar umownych wskazanych w §18 ust. 1 pkt 7,8,9, zostanie określona na poziomie 2000 zł za każdy stwierdzony przypadek,

c) wprowadzenie łącznego limitu kar umownych na poziomie 10% wartości łącznego wynagrodzenia wykonawcy, o którym mowa w §8 ust. 1 wzoru umowy.

4) doprecyzowanie OPZ w ten sposób, że:

a) Zamawiający jednoznacznie wskaże, że podstawą do oceny ryzyk i dokonania kalkulacji ceny ofertowej jest SIWZ wraz z załącznikami oraz że w przypadku stwierdzenia na etapie realizacji zamówienia (w szczególności wobec wyników przeprowadzonych badań geotechnicznych! odstępstw od warunków geologicznych terenu lub składu materiałów, z jakich wykonana została droga powiatowa nr 3054P, ustalonych przez Zamawiającego, możliwa będzie zmiana zawartej umowy w zakresie wynagrodzenia i/lub terminu realizacji zamówienia (wprowadzenie postanowienia umownego odnoszącego się do takiej możliwości

w trybie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp),

alternatywnie

b) wykreślenie obowiązku wykonania przez wykonawcę badań oraz dokumentacji geotechnicznej, zmianę terminu składania ofert i uzupełnienie przez Zamawiającego OPZ o szczegółowe informacje i dokumenty pozwalające na zapoznanie się przez wykonawców z warunkami geologicznymi terenu i ocenę składu materiałów, z jakich wykonana została droga powiatowa nr 3054P, której rozbudowy/ przebudowy dotyczy zamówienie, tj. co najmniej o następujące dokumenty: wyniki z badań FWD istniejącej nawierzchni drogi powiatowej nr 3054P, karty odwiertów z opisem poszczególnych warstw konstrukcyjnych z informacją o zastosowanym lepiszczu (smoła czy asfalt) istniejącej nawierzchni drogi powiatowej nr 3054P; co pozwoli zapewnić zachowanie reguł uczciwej konkurencji w Postępowaniu poprzez umożliwienie, w równym stopniu i na takich samym warunkach, wszystkim wykonawcom należytej oceny ryzyk i dokonania kalkulacji ceny ofertowej.

Odwołujący stwierdził, że opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SIWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy - tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Na posiedzeniu pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że cofa zarzut nr 2 i nr 3, a na rozprawie dodatkowo oświadczył, że cofa wniosek w zakresie zarzutu nr 1 odwołania o zmianę w rozdz. V ust. 1 SIWZ (pkt 1 lit. a wniosków odwołania).

Dla Odwołującego Zamawiający próbuje przerzucić wszelkie ryzyka związane z należyłą kalkulacją ceny ofertowej na wykonawcę. Jednakże szczegółowa analiza zapisów SIWZ i jej załączników prowadzi do wniosku, że dotychczasowy opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na zidentyfikowanie i wycenę wszystkich ryzyk w równym stopniu przez wszystkich wykonawców, co godzi w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzucił, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wymagając przy tym od wykonawcy z jednej strony konieczności kalkulowania w swojej ofercie choćby konieczności uzyskania dodatkowej decyzji środowiskowej, przeprowadzenia szczegółowych badań gruntów i wszelkich innych niezbędnych badań, wywozu bliżej nieokreślonej ilości odpadów w postaci destruktu smołowego (co przy postanowieniach OPZ jest niemożliwe), zakładając przy tym bardzo rygorystyczne terminy realizacji zamówienia i wyłączając jednocześnie możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, z czym nie sposób się zgodzić.

W zakresie zgłoszonego zarzutu odwołania powołał się na postanowienia SIWZ dotyczące terminów realizacji zamówienia, gdzie zgodnie z zapisami rozdziału II SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia, dalej jako „OPZ”):

1. Przedmiotem zamówienia jest realizacja w zakresie zaprojektowania i wybudowania, zadania

pn.: „ Budowa nowego odcinka drogi powiatowej nr 304OP pomiędzy m. Powidz a m. Niezgoda

oraz rozbudowa drogi powiatowej nr 3054P na odcinku Niezgoda- Kochowo ”.

2. Przedmiot zamówienia obejmuje 2 etapy;

a) Etap I: Rozbudowa drogi powiatowej nr 3054 na odcinku Niezgoda- Kochowo,

b) Etap II: Budowa nowego odcinka drogi powiatowej nr 3040P pomiędzy m.

Powidz a m. Niezgoda.

(...)

3. Zamówienie obejmuje:

a) Wykonanie dokumentacji projektowej — według zakresu ustalonego w PFU,

b) Wykonanie Projektu Czasowej i Stałej Organizacji Ruchu, Projektu Wykonawczego, Szczegółowych Specyfikacji Technicznych, wykonania i odbioru robót budowlanych, części przedmiarowo- kosztorysowej. Projekty czasowej organizacji ruchu muszą uwzględniać utrzymanie ciągłości ruch w trakcie realizacji robót,

c) Opracowanie wszystkich niezbędnych materiałów do uzyskania decyzji, postanowień i koniecznych uzgodnień, opinii itp.,

d) Uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzji administracyjnych w tym decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej w trybie ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2031 późn. zm.);

e) Wykonanie robót budowlanych w oparciu o zatwierdzoną dokumentację projektową, zatwierdzony przez Zamawiającego harmonogram rzeczowo - finansowy oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, normami oraz uwarunkowaniami wynikającymi z niniejszego zamówienia, uzyskanie stosownej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz oddanie do użytkowania.

j) Opracowanie dokumentacji powykonawczej

g) Opracowanie inwentaryzacji powykonawczej,

h) Uzyskanie, w imieniu Zamawiającego, skutecznego zgłoszenia o zakończeniu budowy oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, w przypadku konieczności,

i) Wykonanie opisu stanu zagospodarowania nieruchomości, które będą wykupywane pod przyszły pas drogowy.

Zwrócił przy tym uwagę, że dla tak określonego przedmiotu zamówienia, w rozdziale V SIWZ Zamawiający określił następujące terminy realizacji przedmiotu umowy:

- a) wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnej stosownej decyzji na realizację inwestycji: 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, - termin pośredni.
- b) zakończenie realizacji przedmiotu umowy: do 15 grudnia 2021 r.
- c) Termin zakończenia realizacji zamówienia jednoznaczny z datą złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, w przypadku, gdy będzie wymagane lub zgłoszenie zakończenia robót.

Zauważył, że Zamawiający swoje oczekiwania względem dokumentacji projektowej, jaką sporządzić ma wykonawca uszczegółowił w PFU, gdzie w pkt. 1.6.2.1. Zamawiający wskazując, że: nie wykluczając innych czynności niezbędnych do prawidłowego przygotowania dokumentacji projektowej, uzyskania wszelkich wymaganych prawem decyzji Wykonawca na etapie projektowania zobowiązany jest do:

- 1) opracowania projektów budowlanych w tym projektu zagospodarowania terenu,
- 2) opracowania projektów wykonawczych wszystkich branż,
- 3) sporządzenia przedmiarów robót oraz szczegółowych specyfikacji technicznych,
- 4) przygotowania materiałów (operatów) stanowiących załącznik do wniosku o uzyskanie pozwoleń wodnoprawnych na wykonanie urządzeń jak i korzystanie ze środowiska,
- 5) opracowanie dokumentacji geodezyjno- prawnej, w tym:
 - opracowania aktualnej mapy do celów projektowych, odzwierciedlającej faktyczny stan prawny, w skali 1:500 (w formie wstęgi) oraz wykonania niezbędnych pomiarów uzupełniających i sprawdzających aktualność podkładów geodezyjnych w miejscach charakterystycznych. Mapę należy wykonać w formie cyfrowej, której obiekty przedstawione są w formie obrazów wektorowych. Mapa powinna być wynikiem bezpośrednich pomiarów geodezyjnych, a nie digitalizacji map kreskowych. Wykonawca przekaże plik „txt” w wersji elektronicznej określający listę punktów lokalizujących obiekt w terenie z podaniem współrzędnych punktów pomiarowych oraz ich rzędne wysokościowe w odniesieniu do reperów niwelacji państwowej.
 - ustalenie stanu prawnego nieruchomości objętych liniami rozgraniczającymi przedmiotu zamówienia oraz wykonanie stosownej dokumentacji,
 - sporządzenie map (odrębny arkusz mapy dla każdej działki) zawierających projekty podziału nieruchomości oraz niezbędnych wykazów zmian gruntowych, zgodnie z przepisami odrębnymi. Jeśli zajdzie konieczność wykonania dodatkowych projektów podziału gruntów

Wykonawca wykona je w ramach ceny kontraktowej.

- wyznaczenia i wyniesienia nowych granic pasa drogowego na podstawie decyzji ZRID, (oznakowanie słupkami granicznymi oraz słupkami PD) oraz opracowanie dokumentacji geodezyjnej zgodnie z WWIORB D. 01.01.01.

- wyznaczenia nowej granicy pasa drogowego w obrębie lasów, która będzie wyznacznikiem wycinki drzew z tych terenów. Wyznaczenie granicy wycinki drzew oraz karczowanie pni i korzeni należy do Wykonawcy a samą wycinkę drzew przeprowadzi nadleśnictwo. Harmonogram prowadzony w ramach budowy powinien uwzględniać okres niezbędny do wycinki drzew przez Nadleśnictwo,

- przygotowanie materiałów - granice i współrzędne graniczników w formie numerycznej (granice pomiędzy gruntami nadleśnictwa a wydzielanymi gruntami) do przekazania Nadleśnictwu oraz kopii mapy przeglądowej Nadleśnictwa z uwidocznieniem na niej przekazywanych nieruchomości,

- Wykonawca opracuje projekt porozumienia z Lasami Państwowymi dotyczący drzew na terenach leśnych,

- Wykonania projektów podziałów wraz z pozyskaniem aktualnych wypisów z ewidencji gruntów, odpisy z księgi wieczystej, wykazy zmian ewidencyjnych — stanowiących załącznik do ZRID,

- inwentaryzacja nakładów rzeczowych na przejmowanych nieruchomościach (w tym dokumentacji fotograficznej na dzień wydania ZRID).

6) Wykonania badań oraz dokumentacji geotechnicznej:

a) pod obiekty drogowe:

- rozstaw otworów wzdłuż osi drogi powinien wynosić 100m, (rozstaw otworów nie powinien pokrywać się z otworami wykonanymi w Koncepcji), a w kierunku poprzecznym do osi drogi co 15 m, liczba otworów w kierunku poprzecznym do osi drogi 3 oraz w miejscach charakterystycznych,

b) pod obiekty inżynierskie:

- dla przepustów wykonać po dwa odwierty geotechniczne głębokości 6,0 m na obiekt (po jednym na wlocie i wylocie).

Na podstawie wykonanych badań geotechnicznych należy opracować opinię geotechniczną wraz z dokumentacją badań podłoża gruntowego i projektem geotechnicznym.

Jednakże, zaznaczył, że zgodnie z Rozporządzeniem MTBiGMz dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych, do Projektanta należy określenie kategorii geotechnicznej i wtedy na podstawie par. 6 w/w rozporządzenia Projektant określi zakres potrzebnych badań.

7) Wykonania wszelkich niezbędnych badań i pomiarów.

8) Jeżeli w wyniku przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań znajdzie konieczność wyjścia poza granice określone w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DSU) oraz gdy nie jest możliwe zaprojektowanie i wykonanie Robót w sposób umożliwiający niewychodzenie poza granice określone w DSU, należy uzyskać zmiany tej decyzji w koniecznym zakresie lub uzyskać dodatkowe decyzje środowiskowe. W tym celu należy opracować materiały do wniosku o zmianę decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub materiały do wniosku o dodatkowe decyzje wraz z niezbędnymi dokumentami oraz opracowaniami towarzyszącymi i uzyskać w imieniu Zamawiającego wystąpić z wnioskiem o wdanie tych decyzji do właściwych organów. Wykonawca przygotowuje odpowiednie dokumenty oraz pozyska decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia dla przedmiotu zamówienia, określonego w PFU w oparciu o obowiązujące przepisy, w szczególności Ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowisk oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. 2018 poz. 2081 późn. zm.) i Ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. 2018poz. 799 późn. zm.).

Dokonane zmiany i uzupełnienia DSU nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie zawartej w Umowie.

9) Uzgodnienia na wstępnym etapie projektowania z Konserwatorem Zabytków przebiegu planowanej inwestycji oraz warunków prowadzenia prac ziemnych.

10) Uzyskania w imieniu Zamawiającego i na jego rzecz:

- Wszystkich warunków technicznych przebudów, uzgodnień i zatwierdzeń wymaganych prawem,

- Wszystkich uzgodnień, opinii, pozwoleń, zezwoleń, decyzji i zgód niezbędnych do wykonania kontraktu,

- Odstępstwa od warunków technicznych (jeżeli znajdzie taka konieczność) na warunkach Zamawiającego i za jego zgodą.

11) Wykonania projektów spełniających obowiązujące przepisy i normy budowy, przebudowy lub likwidacji urządzeń infrastruktury technicznej nad i podziemnej (urządzenia teletechniczne, urządzenia energetyczne, sieci wodociągowe i gazowe, sieci kanalizacji deszczowej, urządzenia melioracyjne, system odprowadzania wód deszczowych, urządzenia i sieci kolejowe),

12) Opracowania projektów budowlanych i wykonawczych, dla wszystkich branż, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych, montażowych, dokładną lokalizację i uwarunkowania ich wykonania, z uwzględnieniem wymagań:

- obowiązujących ustaw i rozporządzeń,

- niniejszego programu funkcjonalno- użytkowego.

13) Przygotowanie w ramach zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej:

- materiałów do wniosków: ZR1D, pozwolenia wodno- prawne i innych decyzji,, na podstawie których Wykonawca wystąpi o uzyskanie niezbędnych decyzji w imieniu i na rzecz Zamawiającego,

- karty informacyjnej przedsięwzięcia w przypadku zmiany, decyzji środowiskowej oraz wszystkich dokumentów i opracowań (m.in. raport oddziaływania na środowisko, jeśli organ wydający decyzję nałoży obowiązek jego opracowania) niezbędne do uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach inwestycji, niezależnie czy przyczyny takiej konieczności będą wynikały z działań Wykonawcy, który wprowadzi zmiany rozwiązań projektowych niezgodnych z wydaną decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach inwestycji lub przyczyny wynikające nie z winy Wykonawcy,

14) Uwzględnienia dodatkowych wymagań wynikających z uzyskanych: warunków, decyzji oraz opinii uzyskiwanych na potrzeby wydania decyzji ZRID. Po uzyskaniu akceptacji Zamawiającego dla tych rozwiązań Wykonawca umieści je w projekcie i zrealizuje.

15) Opracowania i przedstawienia Zamawiającemu do zatwierdzenia Specyfikacji Technicznych na wszystkie elementy realizowanych robót oraz opracowania przedmiaru robót, uwzględniając wymagania Zamawiającego zawarte w WWiORB.

16) Opracowania projektów stałej, czasowej organizacji ruchu, uzyskania wymaganych opinii i zatwierdzenia tych projektów przez Organ Zarządzający Ruchem — zgodnie z obowiązującymi przepisami. Projekty czasowej organizacji ruchu muszą uwzględnia utrzymanie ciągłości ruchu w trakcie realizacji robót.

17) Pozyskania opinii konserwatorskiej i zwarcia w imieniu Zamawiającego umowy na badania ratunkowe (w przypadku zaistnienia takiej konieczności). W przypadku konieczności zabezpieczenia lub przeniesienia obiektów małej architektury, przeprowadzenia badań archeologicznych i zapewnienia nadzoru archeologicznego w rejonie prowadzonych robót — zgodnie z pozyskaną opinią konserwatorską.

18) zapewnienie badań archeologicznych w formie badań wykopaliskowych i nadzoru archeologicznego jak również konieczność wykonania programu badań archeologicznych poprzedzonego powierzchniowym rozpoznaniem trasy dróg,

19) Uzyskania pozwolenia od Konserwatora Zabytków na wszystkie badania.

20) Opracowania szacunku brakarskiego na etapie projektu z podziałem na lasy, drogi publiczne, inne nieruchomości.

21) Opracowania projektu zieleni.

22) Przeniesienia praw autorskich.

23) Sprawowania nadzoru autorskiego w trakcie realizowanych robót budowlanych.

Wykazując powyższy zakres obowiązków, jakie spoczywać będą na wykonawcy na etapie wykonywania przez niego prac projektowych stwierdził, że on jest niezwykle rozbudowany.

Zestawiając zatem zakres czynności i oczekiwania Zamawiającego względem działań Wykonawcy na tym etapie zamówienia z narzuconymi przez Zamawiającego terminami na ich wykonanie oraz z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, regulującymi procedurę i terminy uzyskiwania poszczególnych aktów administracyjnych, jednoznaczne jest dla Odwołującego, że nie jest możliwe dochowanie przez wykonawcę zakładanego przez Zamawiającego 6-miesięcznego terminu na wykonanie dokumentacji projektowej.

Celem zobrazowania powyższych twierdzeń Odwołujący dokonał zestawienia tylko tych głównych czynności, które będzie musiał wykonać na etapie projektowania i administracyjnych terminów, jakie przysługują poszczególnym organom na załatwienie sprawy zgodnie z właściwymi przepisami prawa np. w myśl przepisu art. 11a ust. 3 ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1474 j.t. ze zm.) ZRID wydaje się w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku, czyli jest to trzykrotnie dłuższy czas niż typowy, 30-dniowy termin na wydanie decyzji administracyjnej, jaki zakładają przepisy k.p.a.

Zwrócił uwagę, że w poniższym zestawieniu nie ujmuje się już jednak czasu niezbędnego na fizyczne wykonanie czynności projektowych.

Wyjaśnił, że na potrzeby tej symulacji pomija się także czas na podjęcie innych działań np. potencjalnej konieczności uzyskania nowej decyzji środowiskowej, których wykonania, z uwagi na jednoznaczne zapisy PFU, również nie można wykluczyć. Uwzględniając więc tylko proces pozyskiwania podstawowych aktów administracyjnych, należy zakładać co najmniej 10 miesięcy niezbędnych dla pozyskania poszczególnych aktów. Zamawiający tymczasem przewidział 6 miesięcy, zakładając w dodatku, że w tym czasie ZRID musi mieć charakter decyzji ostatecznej.

Oczywistym jest dla Odwołującego przy tym, że szacując czas niezbędny do wykonania dokumentacji projektowej nie sposób brać pod uwagę wyłącznie czasu, który przysługuje organom administracji publicznej na wydanie niezbędnych decyzji, warunków, zgód i innych czynności.

Wykonawca musi mieć bowiem także czas na przygotowanie odpowiednich wniosków, a zatem Zamawiający powinien był uwzględnić, formułując zapisy SIWZ

dotyczące terminów realizacji zamówienia, czas potrzebny projektantom na wykonanie właściwych czynności projektowych. Bazując na wieloletnim doświadczeniu w branży, jakim cieszy się Zamawiający, dysponujący również zespołem bardzo doświadczonych projektantów, minimalny czas, powinien zostać przewidziany na wykonanie dokumentacji projektowej wynosi 16 miesięcy.

Podniósł, że zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 10 z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (dalej: „u.i.o.ś.”) wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (decyzji środowiskowej) następuje przed uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej - wydawanej na podstawie ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1474 oraz z 2019 r. poz. 1716).

W przypadku konieczności uzyskania kolejnej lub zmienionej decyzji środowiskowej (a takie ryzyko wykonawcy również powinni kalkulować), czas na wykonanie dokumentacji projektowej ulegnie dalszemu wydłużeniu. Już uzyskanie decyzji środowiskowej zająć może do kilkunastu miesięcy. Na przykładzie choćby decyzji środowiskowych uzyskanych przez samego Zamawiającego, stanowiących załącznik nr 2 do SIWZ, należy przyjąć ok. 6-miesięczny okres czasu na jej uzyskanie (wniosek o wydanie 1 decyzji środowiskowej został złożony w dniu 7 listopada 2019 r., a decyzja została wydana w dniu 20 kwietnia 2020 r.; wniosek o wydanie 2 decyzji środowiskowej został złożony w dniu 8 stycznia 2020 r., a decyzja została wydana w dniu 8 czerwca 2020 r.), a wydanie decyzji poprzedzone było uzyskaniem opinii Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Poznaniu, opinii Państwowego Gospodarska Wodnego Wody Polskie i opinii Wielkopolskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w Poznaniu.

Zaznaczył przy tym, że na etapie składania oferty (i jej wyceny) wykonawca nie może samodzielnie ustalić, czy będzie konieczne pozyskanie nowej/dokonanie zmiany posiadanych już przez Zamawiającego decyzji środowiskowej.

Argumentował, że jak wynika z OPZ, wykonawca dopóki nie wykona badań geotechnicznych i nie sporządzi w tym zakresie opinii nie ma wiedzy, jaki będzie rzeczywisty zakres robót do wykonania. Dopiero po sporządzeniu ww. dokumentacji wykonawca będzie mógł przystąpić do wyboru rozwiązań projektowych i dopiero wtedy (a więc na etapie realizacji zamówienia) wiadome stanie się czy decyzja środowiskowa obecnie posiadana będzie wystarczająca. Jak już to zostało wskazane powyżej, czas na uzyskiwanie ewentualnej decyzji środowiskowej, co potwierdzają doświadczenia samego Zamawiającego

wynosi minimalnie ok. 6 miesięcy, choć okres ten może być też dłuższy np. w sytuacji gdy właściwe organy uznają za zassane przeprowadzenie dodatkowo oceny oddziaływania na środowisko, co również jest czasochłonną procedurą.

Formułując na potrzeby niniejszego odwołania swoje żądania Odwołujący wskazał, więc jedynie minimalne terminy, jakie są niezbędne do uzyskania odpowiednich dokumentów, zakładając w dodatku, że termin na wykonanie dokumentacji projektowej zostanie wydłużony do 22 miesięcy tylko w przypadku konieczności uzyskania nowej lub zmienionej decyzji środowiskowej, co z jednej strony zabezpiecza interesy wykonawcy, ale z drugiej nie wydłuża nadmiernie terminów realizacji całego przedsięwzięcia.

Oświadczył, że doświadczenie Odwołującego zdobyte podczas realizacji inwestycji wskazuje, że średni czas uzyskiwania ZRID na przestrzeni ostatnich kilku lat wynosi ok. 18 miesięcy. Nawet przy kontraktach, które wymagały znacznie mniejszego zakresu prac niezbędnego do wykonania na etapie przygotowania dokumentacji projektowej (np. w przypadku braku konieczności uzyskiwania uzgodnień z gestorami sieci) okres ten wynosił kilkanaście miesięcy a nie sześć, jak zakłada Zamawiający.

Mając na uwadze powyższe podniesiony na wstępie zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp jest – w ocenie Odwołującego - w pełni zasadny.

Z uwagi na fakt, że niemożność dochowania zakładanych przez Zamawiającego terminów na wykonanie dokumentacji projektowej automatycznie wpłynie na niemożność dochowania również terminów realizacji samych robót budowlanych, stanął na stanowisku, że zawartą w niniejszym punkcie odwołania argumentację należy także odnieść do wniosku Odwołującego o przesunięcie końcowego terminu realizacji umowy.

Pismem z dnia 7 lipca 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania o w zakresie zarzutów Odwołującego nieuwzględnionych przez Zamawiającego i o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Swoje stanowisko uzasadnił okolicznością, że do dnia 3 lipca 2020 r. Zamawiający otrzymał łącznie 179 pytań od Wykonawców.

Zapowiedział również, że z uwagi na to, że część z nich dotyczy zakresu objętego zarzutami Odwołującego tj. dotyczy zmiany kar umownych, zmiany zasad odbiorów, a

ponadto także zasad wypłaty wynagrodzenia i terminu realizacji przedmiotu umowy, oraz opisu przedmiotu zamówienia (PFU), Zamawiający po dokonaniu analizy poszczególnych pytań, przedstawi wyjaśnienia do treści SIWZ w tym zakresie i ewentualną modyfikację treści SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w dniu 3 lipca 2020 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ tj. zmiany wzoru umowy w zakresie postanowień dotyczących: kar umownych, odbiorów, a ponadto zmienił termin wykonania zamówienia w ten sposób, że usunął termin pośredni dot. przygotowania dokumentacji projektowej, które to okoliczności stanowiły przedmiot wniesionego odwołania.

Odnosząc się do zarzutów, dotyczących zmiany terminów realizacji przedmiotu umowy, Zamawiający wskazał na treść umowy, bowiem zgodnie z brzmieniem par. 19 wzoru umowy, przewidział możliwości zmiany terminu wykonania przedmiotu umowy m.in. z przyczyn wystąpienia opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechania przez właściwe organy administracji publicznej, które nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, a ponadto z powodu wystąpienia opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.

W związku z powyższym, stwierdził, że wszelkie zarzuty Wykonawcy, dotyczące konieczności zmiany terminu realizacji przedmiotowej inwestycji z uwagi na terminy pozyskiwania decyzji ZRID, czy też w przypadku ewentualnego wystąpienia opóźnienia w wydawaniu innych decyzji, zgód i zezwoleń, niż wskazany przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Jednocześnie Zamawiający podał, że przedmiotowe zadanie jest finansowane w całości ze środków Funduszu Dróg Samorządowych dla zadań obronnych i nie ma on możliwości dokonania zmiany terminów realizacji przedmiotu zamówienia, wyznaczonych przez podmiot finansujący.

Odnosząc się do zarzutów do PFU Zamawiający wskazał, że przebudowa drogi powiatowej nr 3054 P dotyczy drogi gruntowej, a nie bitumicznej jak twierdzi Odwołujący, w związku z tym badania FWD, czyli badania oceny konstrukcji nawierzchni nie są w takim przypadku przeprowadzane, Zamawiający nie widzi celu, dla którego przedmiotowe badanie miałyby zostać wykonane dla drogi gruntowej, przed wybudowaniem nawierzchni.

Zamawiający odsyła w tym zakresie do zapisów PFU, gdzie została opisana charakterystyka drogi, załączone zostały badania geotechniczne wraz z opinią geotechniczną.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z PFU, destrukcja częściowo jest przewidziana do ponownego wykorzystania. W związku z tym zakres utylizacji niewykorzystanego destruktu smołowego zostanie określony na etapie projektowania przez Wykonawcę.

Zamawiający zauważył, iż załączył badania geotechniczne do PFU i opinię geotechniczną która została przeprowadzona zgodnie z obowiązującymi normami, z której wynika, że w podłożu występują dobre warunki geotechniczne do budowy drogi. Zdanie Zamawiającego przedstawiona dokumentacja jest w pełni wystarczająca do skalkulowania ceny oferty.

Tym samym, stwierdził, że zarzut do SIWZ w tym zakresie należało uznać za niezasadny, bowiem Zamawiający nie oczekuje od Wykonawcy wykonania badań geotechnicznych dodatkowych. Badania takie w trybie zaprojektuj i wybuduj, mając na uwadze należyte wykonanie umowy, może określić projektant wykonawcy, przy czym Zamawiający wskazał, że takowe badania stanowią załącznik do PFU.

W związku z powyższym Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania Odwołującego w całości.

**Sygn. akt: KIO 1409/20
KIO 1411/20**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, złożonych odwołań, odpowiedzi Zamawiającego na odwołania z dnia 3 lipca 2020 r., pisma procesowego Zamawiającego z dnia 31 lipca 2020 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła oddalić oba odwołania.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpis został przez Odwołujących uiszczony, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

Na posiedzeniu pełnomocnik Odwołującego Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie cofnął zarzut nr 1 odwołania, zaś pełnomocnik Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oświadczył, że cofa zarzut nr 2 i nr 3, podczas gdy na rozprawie dodatkowo ten drugi pełnomocnik oświadczył, że cofa wniosek w zakresie zarzutu nr 1 odwołania o zmianę w rozdz. V ust. 1 SIWZ (pkt 1 lit. a wniosków odwołania).

W związku z powyższym rozstrzygnięcie o powyższych cofniętych zarzutach Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy w zakresie pozostałych zarzutów odwołań, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp w związku z art.7 ustawy Pzp .

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób objęty zaskarżonym odwołaniem, to jest utrzymania terminu realizacji przedmiotu umowy do dnia 15 grudnia 2021 roku, zamiast przyjęcia w opisie przedmiotu zamówienia daty realnej zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia pomiędzy 15 września 2022 r.(żądanie Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) a 15 października 2022 r. (żądanie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie).

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w sekcji 11.2.7) ogłoszenia wskazał, że okres obowiązywania zamówienia, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów Koniec: 15/12/2021, a w rozdziale V SIWZ - Termin wykonania zamówienia postanowił, co następuje:

1. Zamawiający określa następujące terminy realizacji przedmiotu umowy:
 - a) wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnej stosownej decyzji na realizację inwestycji: 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, - termin pośredni.
 - b) zakończenie realizacji przedmiotu umowy: do dnia 15 grudnia 2021 r.
 - c) Termin zakończenia realizacji zamówienia jednoznaczny jest z datą złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, w przypadku, gdy będzie wymagane lub zgłoszenie zakończenia robót.

Nadto, Izba stwierdziła, że Zamawiający w §6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 SIWZ wprowadził następujące postanowienia umowne:

1. Zamawiający określa następujące terminy realizacji przedmiotu umowy:

1) wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem prawomocnej stosownej decyzji na realizację inwestycji etap I oraz etap II: 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy,

2) zakończenie realizacji przedmiotu umowy: etap I oraz etap II – do dnia 15 grudnia 2021 r. Termin zakończenia realizacji zamówienia jednoznaczny jest z datą złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie, w przypadku, gdy będzie wymagane lub ze zgłoszeniem zakończenia robót.

2. Przed wystąpieniem o wydanie stosownej decyzji zezwalającej na realizację inwestycji, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu kompletną dokumentację projektową odpowiednio dla etapu I i/lub II wraz z załącznikami i projektem wniosku lub zgłoszenia do akceptacji. Złożenie wniosku o wydanie stosownej decyzji nastąpi po otrzymaniu pisemnej akceptacji Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów Odwoływających dotyczących zbyt krótkiego terminu realizacji zamówienia, Izba uznała, że przedłożone przez nich dowody, co najwyżej uprawdopodobniają możliwość niezakłóconej realizacji przedmiotu zamówienia we wnioskowanych przez Odwoływających terminach, jednak nie przesądzają o tym, że termin pożądaný przez Zamawiającego nie jest możliwy do spełnienia w określonych okolicznościach.

Oceniając wyciąg z harmonogramu prac projektowych projektanta przedłożony przez Odwoływającego Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, to w ocenie Izby – jako dokument prywatny stanowi on jedynie propozycję osoby działającej na zlecenie Odwoływającego wykonania poszczególnych elementów dokumentacji projektowej w terminach tam wskazanych.

Wymaga zauważenia, że Odwoływający ten już nie przedłożył innych dowodów na wykazanie realności wykonania samych robót budowlanych.

Podobnie przedstawia się ocena Izby dowodów nr 1 do nr 4 złożonych przez Odwoływającego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w tym również w odniesieniu do przedłożonych harmonogramów, jako dokumentów prywatnych Odwoływającego.

Na skutek złożenia tych dowodów, Izba nie poznała motywacji poszczególnych Zamawiających dotyczących wyboru akurat takiego, a nie innego terminu realizacji umowy.

W przekonaniu Izby - dowody te bez znajomości całej dokumentacji inwestorskiej – zdaniem Izby – są bezwartościowe i mogą, co najwyżej uprawdopodobniać twierdzenia Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, jednak nie przesądzają ostatecznie o realności terminów na spornym kontrakcie.

Zdaniem Izby – przyspieszona realizacja terminu wykonania umowy jest możliwa przy zaangażowaniu dodatkowych sił i środków z potencjału Odwołujących, co oczywiście może znacząco wpłynąć na ostateczną wartość kontraktu.

Jednakże, dokonując analizy przedmiotowej sprawy nie mogą pozostać bez znaczenia sygnały zasygnalizowane przez Zamawiającego uzasadnione jego potrzeby wynikające ze zobowiązań wobec organów administracji rządowej w zakresie rozbudowy infrastruktury drogowej umożliwiającej sprawne przyjęcie Sojuszniczych Sił Wzmocnienia NATO na terytorium RP, co przyczyni się do utrzymania i rozwoju zdolności operacyjnych Sił Zbrojnych RP do przeciwstawienia się zagrożeniom militarnym (vide: zadania realizowane w ramach Funduszu Dróg Samorządowych).

Według Izby – Zamawiający realizując, to szczególne zadanie inwestycyjne, mógł również zakładać, że procedury administracyjne zostaną maksymalnie skrócone, a sprawy te będą załatwiane bez zbędnej zwłoki.

Dodatkowo nie można nie zauważyć, że Zamawiający przewidział w §19 ust.3 powyższego wzoru umowy obszerny katalog sytuacji uzasadniających zmianę terminu umowy, gdzie strony przewidują możliwość zmiany terminu wykonania zamówienia, wyłącznie z przyczyn niezależnych od Wykonawcy i mających wpływ na wykonanie przedmiotu umowy, w następujących przypadkach:

1) działania siły wyższej, to znaczy niezależnego od Stron losowego zdarzenia zewnętrznego, które było niemożliwe do przewidzenia w momencie zawarcia umowy i któremu nie można było zapobiec mimo dochowania należytej staranności (np. klęski żywiołowe, strajki generalne lub lokalne, stan epidemii, pandemii), mającej bezpośredni wpływ na terminowość wykonania robót

2) wydłużenia procedur uzgadniania lub opiniowania projektu, w tym w przypadku wydłużenia procedury odbioru dokumentacji projektowej przez Zamawiającego o okres przekraczający termin odbioru wskazany w § 15 ust. 4 pkt. 1) umowy,

3) szczególnie uzasadnionych trudności w pozyskiwaniu materiałów wyjściowych niezbędnych dla prawidłowej realizacji umowy,

4) zmiany przepisów związanych z przedmiotem umowy,

5) objęcia ochroną zasobów, tworów i składników przyrody jedną z form przewidzianych w ustawie o ochronie przyrody, zmiana ich granic lub przedmiotu ochrony,

6) odkrycia zabytku lub wprowadzenia istotnej dla przedsięwzięcia zmiany formy jego ochrony,

7) przestojów i opóźnień zawinionych przez Zamawiającego,

8) wystąpienia niemożliwych do przewidzenia niekorzystnych warunków atmosferycznych uniemożliwiających prawidłowe wykonanie robót, w szczególności z powodu technologii realizacji prac określonych umową, normami lub innymi przepisami, wymagającej konkretnych warunków atmosferycznych, jeżeli konieczność wykonania prac w tym okresie nie jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność - fakt ten musi być potwierdzony w dzienniku budowy przez inspektora nadzoru/Inżyniera Kontraktu,

9) działań osób trzecich uniemożliwiających wykonanie prac, które to działania nie są konsekwencją winy którejkolwiek ze Stron,

10) wystąpienia opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechania przez właściwe organy administracji publicznej, które nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,

11) wystąpienia opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień, itp., do wydania których właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres, przewidziany w przepisach prawa, w którym ww. decyzje powinny zostać wydane oraz nie są następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność,

12) niemożności wykonywania robót z powodu braku dostępności do miejsc niezbędnych do ich wykonania z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę,

13) niemożności wykonywania robót, gdy uprawniony organ nie dopuszcza do wykonania robót lub nakazuje wstrzymanie robót z przyczyn niezawinionych przez Wykonawcę.

Ostatecznie, Izba wzięła również pod uwagę treść art.14 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, a w konsekwencji dyspozycję przepisu art. 353¹ kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Izba reprezentuje pogląd, że ustalony przez Zamawiającego termin końcowy realizacji przedmiotu zamówienia nie uchybia art.29 ust.1 ustawy Pzp, stosownie do którego przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, ani sprzeciwia się treści przepisu art.29 ust.2 ustawy Pzp przewidującego, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby - termin 15 grudnia 2021 r. jest określony dla wszystkich wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu na równych zasadach, jest dla nich zrozumiały, a dowody przedstawione przez Odwołujących nie są wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić oba odwołania.

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

Przewodniczący:.....